

LA ETAPA PRECONCURSAL Y SU EVENTUAL INCOMPATIBILIDAD CON EL CONVENIO ARBITRAL

JESÚS ROBERTO HERNÁNDEZ PEÑA*
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 28 de septiembre del 2021 / Aprobado: 29 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5450>

RESUMEN. ¿Una controversia cubierta por un convenio arbitral puede ser sometida a la competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por medio del procedimiento concursal, antes de iniciarse el arbitraje? Si bien la norma guarda silencio al respecto, lo cierto es que el efecto negativo del convenio arbitral nos permitiría concluir que las partes, al pactar tal cláusula, se excluyen de la competencia de jueces y entidades administrativas. De esta manera, las partes no podrían iniciar un procedimiento concursal si es que el crédito y lo que se discute en aquel procedimiento se encuentra cubierto por el convenio arbitral pactado y, además, la materia fuese arbitrable. Para demostrar lo anterior, revisaremos la naturaleza jurídica del convenio arbitral, así como sus efectos tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo para, finalmente, sustentar las razones concretas por las cuales consideramos que iniciar un procedimiento concursal, antes del arbitraje, es un incumplimiento del convenio arbitral, y cuáles serían las medidas que las partes pueden adoptar para remediar dicho incumplimiento.

PALABRAS CLAVE: etapa preconcursal / convenio arbitral / Indecopi / medidas antiproceso / arbitraje

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Cuenta con un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Austral de Buenos Aires y, actualmente, está cursando la Maestría en Derecho de la Empresa de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es abogado asociado del Área de Competencia y Arbitraje de BuenoLercari Consultores y ha sido autor de publicaciones relacionadas con temas contractuales y de arbitraje. Es miembro ordinario de Arbitraje Alumni y participante del programa ROAP LATAM de Delos Dispute Resolution.

PRE-BANKRUPTCY STAGE AND ITS EVENTUAL INCOMPATIBILITY WITH ARBITRATION AGREEMENTS

ABSTRACT. Can a dispute covered by an arbitration agreement be submitted to the jurisdiction of Indecopi through bankruptcy proceedings before the arbitration is initiated? Although the law is silent on the matter, the negative effect of the arbitration agreement would imply that the parties exclude themselves from the jurisdiction of judges and administrative entities. Thus, the parties would not be able to initiate an insolvency proceeding if the arbitration agreement covers the claim and what is being discussed in such proceeding and, in addition, the matter is arbitrable. We will review the legal nature of the arbitration agreement and its effects from an objective and a subjective point of view to underpin the reasons why we consider that initiating an insolvency proceeding prior to arbitration is a breach of the arbitration agreement and what measures can the parties adopt to remedy such breach.

KEYWORDS: pre-bankruptcy stage / arbitration agreement / Indecopi / anti-process measures / arbitration

1. INTRODUCCIÓN

Supongamos que las empresas “A” y “B” firman un contrato de obra donde el segundo se obliga a construir un edificio a favor del primero. Entre las múltiples cláusulas pactadas, las partes estipulan que la contraprestación será pagada en función del avance de la obra (hitos) y la valoración de esta. Adicionalmente, ambas partes pactan un convenio arbitral a fin de someter todas sus controversias, en forma exclusiva, a arbitraje.

Lamentablemente, durante la ejecución contractual, surge un conflicto entre “A” y “B” por el monto a pagarse como contraprestación. Mientras “A” dice que el valor de la obra es de 200 000 soles, “B” defiende que su obra vale 300 000 soles y, actuando en consecuencia, emite una factura por dicho monto a favor de “A”, quien se niega a pagarla por no ser acorde con la realidad.

Frente a esta situación, “B”, en lugar de iniciar un arbitraje conforme a lo pactado en el contrato, recurre al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y solicita el inicio de un procedimiento concursal por dicha factura impaga a efectos de coaccionar a “A” al pago de esta bajo apercibimiento de que se declare su situación de concurso y se despoje a sus accionistas del control de la empresa. Una vez notificada de la situación, “A” decide iniciar un arbitraje contra “B” y solicita una medida cautelar al tribunal arbitral para que suspenda el trámite del procedimiento concursal debido a que, a su criterio, la existencia de este es un incumplimiento del convenio arbitral.

¿Quién tiene la razón? ¿“B” está incumpliendo el convenio arbitral al recurrir al procedimiento arbitral en lugar de ir por la vía arbitral? ¿El tribunal arbitral tendría la competencia suficiente para ordenarle a Indecopi que suspenda el procedimiento concursal iniciado? ¿El inicio de un procedimiento concursal, del tipo del caso, es incompatible con el convenio arbitral?

Las respuestas a estas interrogantes, como veremos más adelante, no son de fácil construcción. Si bien el inicio de un procedimiento concursal, en sentido estricto, no suspende los arbitrajes ya iniciados¹, el hecho de que las partes puedan discutir la inexistencia, invalidez e ineficacia de un crédito ante Indecopi y que dicha entidad tenga la competencia para resolver este contradictorio nos hace cuestionarnos si aquello es incompatible con el convenio arbitral o si, por el contrario, es una herramienta de uso legal que no afectaría el normal desarrollo del arbitraje.

1 Según la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, los créditos que se encuentran sometidos a arbitrajes o procesos judiciales obtienen la calificación de contingentes y deben ser reconocidos como tales.

El presente trabajo, por lo tanto, se abocará a determinar si el inicio del procedimiento concursal —doctrinalmente conocido como la etapa preconcursal— es incompatible con un convenio arbitral y, si así lo fuese, qué remedios jurídicos asisten a las partes para encauzar la controversia al arbitraje.

2. EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO Y SU ENCUENTRO CON EL ARBITRAJE

Para entender mejor el supuesto bajo análisis, debemos partir del hecho de que el sistema concursal peruano es de naturaleza administrativa y tiene su base en la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante, la Ley Concursal). En efecto, según la referida ley, el procedimiento de insolvencia es tramitado ante Indecopi, quien tiene la competencia de conocer todos los procedimientos concursales regulados en la Ley Concursal, fiscalizar la actuación de los actores y participantes del procedimiento —acreedores, deudor, administrador temporal, liquidador, entre otros—, expedir directivas sobre la materia y, en general, conocer cualquier asunto vinculado a los procedimientos concursales hasta la declaración judicial de quiebra del deudor².

Ahora bien, en tanto la finalidad del sistema concursal es proteger el crédito de los acreedores frente a las crisis empresariales que pudiesen afectar y/o mermar las probabilidades de cobro (Del Águila, 2003, pp. 67-68), el procedimiento concursal está estructurado bajo una óptica proacrededor. De esta manera, los acreedores impagos no solo tienen la facultad de iniciar el procedimiento, también cuentan con la facultad de decidir el destino final del patrimonio concursado una vez declarada la situación de concurso del deudor.

Al girar en torno a un crédito de naturaleza patrimonial, el procedimiento concursal en general posee varios puntos de encuentro con el arbitraje cuyo estudio ha ameritado una amplia producción doctrinal³, y uno de estos es la etapa preconcursal. Para explicar mejor esto último, procederemos a graficar, en forma general, los principales hitos del procedimiento concursal peruano:

2 "Artículo 3.- Autoridades concursales

3.1 La Comisión de Procedimientos Concursales y las Comisiones desconcentradas de las Oficinas Regionales del INDECOPi son competentes para conocer los procedimientos concursales regulados en la presente Ley. El Tribunal es competente para conocer en última instancia administrativa.

3.2 Corresponde a las Comisiones señaladas fiscalizar la actuación de las entidades administradoras y liquidadoras, deudores y acreedores sujetos a los procedimientos concursales. La Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPi podrá expedir directivas de cumplimiento obligatorio para regular la actuación de las entidades administradoras y liquidadoras, así como de los deudores y acreedores antes señalados.

3.3 La competencia de la Comisión para conocer cualquier asunto vinculado a un procedimiento concursal se extiende hasta la fecha de declaración judicial de quiebra del deudor o conclusión del procedimiento, salvo en lo previsto en el numeral 125.4 del artículo 125".

3 Sobre el particular, véase Caivano (2013) y Alonso (2011).

Figura 1

Principales hitos del procedimiento concursal peruano



Como se puede advertir, tanto el acreedor como el deudor pueden dar inicio al procedimiento concursal; y será en la etapa preconcursal donde Indecopi resolverá si el crédito impago del acreedor amerita la declaración de concurso del deudor. Para ello, la entidad administrativa analizará los medios probatorios que cada una de las partes ha presentado a fin de dilucidar si estamos frente a un crédito (i) válido, (ii) exigible e (iii) impago. Esta forma de resolver el contradictorio hace que nos preguntemos si aquellos créditos nacidos de un contrato con un convenio arbitral pueden ser sometidos a concurso sin haber sometido la controversia previamente a arbitraje.

En efecto, conforme se establece en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Concursal, cuando un acreedor presenta una solicitud de inicio de procedimiento concursal, esta es trasladada al deudor para que aquel realice alguna de las siguientes acciones: (a) allanarse a la solicitud; (b) pagar el íntegro de los créditos objeto de la denuncia; (c) ofrecer el pago íntegro de los créditos, el cual estará supeditado a la aprobación del acreedor, o (d) oponerse a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos objeto de la solicitud. De esta manera, si el deudor denunciado se opone al inicio del procedimiento concursal, inevitablemente tendrá que cuestionar la existencia, validez, exigibilidad y/o cuantía del crédito concursado, e Indecopi tendrá la competencia de pronunciarse sobre esta controversia.

Respecto al alcance de las competencias de Indecopi en la etapa preconcursal, la tendencia ha sido extenderla en tal forma que permita la revisión íntegra de la validez, existencia, eficacia y cuantía de los créditos. Cuestiones que, de existir un convenio arbitral, estarían reservadas a la competencia del tribunal arbitral en principio. Un ejemplo de esto se verifica en la Resolución 0592-2018/SCO-INDECOPI:

Ello [la competencia de verificar la existencia, cuantía, exigibilidad y vencimiento] tiene por finalidad restringir el inicio del procedimiento concursal a aquellos casos en los que la cuantía y periodo de vencimiento de los créditos invocados por el acreedor solicitante reflejen ... que el deudor cuyo concurso se solicita enfrenta una situación de crisis patrimonial de tal magnitud que le imposibilita el pago oportuno de las obligaciones a su cargo.

Para tal efecto, la autoridad concursal debe verificar el origen, existencia, legitimidad, titularidad, cuantía y exigibilidad de los créditos invocados para emplazar al deudor. La verificación preliminar de tales elementos del crédito se justifica en el impacto que la eventual declaración de concurso del deudor producirá en este y sobre la colectividad de sus acreedores, quienes verán sometido el ejercicio de sus derechos de crédito al régimen excepcional del concurso.

Otro ejemplo se encuentra en las Resoluciones 0111-2019/SCO-INDECOPI y 0123-2019/SCO-INDECOPI, en cuyo contenido Indecopi dejó expreso el alcance de sus competencias para analizar los créditos sometidos a concurso:

Dada la importancia de la intervención de los acreedores en un procedimiento concursal, por cuanto este constituye un proceso colectivo de cobro en el que intervienen el deudor y los acreedores que hayan obtenido el reconocimiento de sus créditos en dicho procedimiento, la LGSC ha establecido que la autoridad concursal es la encargada, a través del mecanismo de reconocimiento de créditos, de evaluar las solicitudes presentadas por aquellos sujetos que se consideren titulares de derechos de crédito frente al deudor concursado ...

Para ello, la LGSC ha premunido al órgano resolutorio de primera instancia en materia concursal de amplias facultades de investigación respecto de los créditos invocados en el marco de un procedimiento concursal. De esta manera, el artículo 38.6 de la LGSC establece que, en los casos de créditos invocados por acreedores vinculados al deudor y en aquellos en los que surja alguna controversia o duda sobre la existencia de los mismos, la autoridad concursal deberá investigar su origen, existencia, legitimidad, titularidad y cuantía para todos los medios para proceder a su reconocimiento.

Si bien estas últimas resoluciones citadas provienen de una etapa del procedimiento concursal donde ya existe una situación de concurso, lo cierto es que secunda la posición administrativa de Indecopi sobre el alcance de sus competencias. De allí que la discusión respecto a la existencia, titularidad, cuantía y demás aspectos relacionados con el crédito cuyo incumplimiento motivó el inicio de la etapa preconcursal hace que,

inevitablemente, se genere un contradictorio cuya solución es encargada a Indecopi. En otras palabras, este contradictorio se resuelve por decisión de un tercero habilitado para ello, lo cual otorga a la etapa preconcursal características heterocompositivas similares a las de un tribunal arbitral.

De allí que esta situación nos devuelve a la pregunta con que iniciamos el presente artículo: ¿se incumple el convenio arbitral por someter la controversia a un procedimiento concursal en su etapa preconcursal antes del arbitraje? Y, si ese fuese el caso, ¿qué acciones tendrían las partes para encauzar el asunto al fuero arbitral? Estas interrogantes las responderemos a continuación.

3. EL CONVENIO ARBITRAL Y SUS EFECTOS ENTRE LAS PARTES

No es novedad el decir que el convenio arbitral plasma la voluntad de las partes de someter todas sus controversias, o alguna de ellas, a arbitraje, estableciendo las reglas procedimentales específicas para ello o delegando dicha regulación a un reglamento de arbitraje en específico. Tampoco es nuevo decir que dicho acuerdo es la base del arbitraje y le hereda su validez, su eficacia y, en algunos casos, sus patologías⁴.

De esta manera, al ser la pieza fundamental del arbitraje, importa revisar la naturaleza jurídica del convenio arbitral y cuáles serían sus efectos jurídicos para con las partes en la medida en que dichos elementos nos permitirán resolver las preguntas anteriormente planteadas.

3.1 Naturaleza jurídica del convenio arbitral

Respecto a la primera pregunta, debemos decir que hay debate respecto a la calificación jurídica del convenio arbitral. En efecto, si bien nadie cuestiona que dicho convenio es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, existe desacuerdo respecto a su calificación civil, en la medida en que algunos autores le atribuyen la noción de contrato, mientras que otros prefieren definirlo como un acuerdo privado que genera una relación jurídica entre las partes, la cual no necesariamente es una obligación. Cabe precisar que esta cuestión no es baladí, ya que los remedios frente al incumplimiento del convenio arbitral dependen directamente de la naturaleza jurídica de este.

Así pues, para Caivano, el convenio arbitral es un contrato en la medida en que, al ser autónomo y autosuficiente del contrato en el que se encuentra inmerso, crea derechos y obligaciones entre las partes. A fin de sustentar su posición, el autor argentino señala lo siguiente:

4 Véase Blackaby et al. (2020).

[El convenio arbitral] [s]e trata, en efecto, de un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones entre las partes. Podrá decirse que se trata de un contrato sui generis, dado que su objeto no es reglar derechos específicamente de contenido patrimonial (aunque tenga efectos patrimoniales) sino más bien establecer el modo en que se habrán de resolver las controversias que ya hayan surgido o que puedan surgir de una relación jurídica determinada. (2013b, p. 264-265)

En la misma línea, Fernández Rozas y Artuch Iriberry señalan que el convenio arbitral es un contrato que tiene efectos procesales entre las partes, en la medida en que determina la forma en que se solucionarán las controversias sometidas a arbitraje. De esta manera,

[e]sta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: materiales y procesales. Las primeras determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos; las segundas puntualizan los efectos procesales del acuerdo, esto es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros. (2011, p. 749)

En el plano nacional, Soto también considera al convenio arbitral como un contrato autosuficiente que genera deberes y derechos entre las partes, por lo que le son aplicables las normas del Código Civil sobre el particular. Lo anterior hace que el autor peruano deduzca hasta tres tipos de obligaciones que nacen a partir de la celebración del convenio arbitral (2011, p. 623):

- Someter las controversias a un proceso arbitral (obligación de hacer)
- Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación de hacer)
- No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias (obligación de no hacer)

Sin perjuicio de que un gran sector de la doctrina defina al convenio arbitral como un contrato, existen otros autores que le niegan dicha calificación y prefieren darle el título de negocio jurídico. Para Barchi, por ejemplo, no es posible afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio arbitral sea un contrato, debido a que no crea obligaciones o relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes. Para sustentar su posición, el autor peruano señala lo siguiente:

Pero las partes del Convenio Arbitral si bien crean una relación jurídica, más no crean una relación jurídica obligatoria ...

... Por lo general la situación pasiva denominada sujeción se contrapone a un derecho potestativo. El derecho potestativo atribuye al sujeto al poder de incidir en la esfera subjetiva ajena sin que éste pueda oponerse. En tal sentido,

basta la iniciativa de una de las partes del Convenio Arbitral (como titular de un derecho potestativo) para someter una controversia a arbitraje y la otra parte no podrá oponerse ...

Por lo expuesto, en nuestra opinión, en el ordenamiento jurídico peruano, dado que el Convenio Arbitral no crea una relación obligatoria entre las partes, no califica como contrato. (2011, p. 690-691)

En la misma línea, Huanco considera al convenio arbitral como un contrato, pero precisa que este genera una relación jurídica patrimonial compuesta por un derecho potestativo y un estado de sujeción. En ese sentido,

el propósito del convenio arbitral es que, en caso surja una controversia entre las partes, ésta sea resuelta mediante el arbitraje, y no que las partes se obliguen a comparecer ante el arbitraje iniciado por su contraparte, pues si fuera así, la parte que recibe la petición arbitral podría incumplir su obligación de acudir al arbitraje y el convenio arbitral no cumpliría el propósito por el que fue pactado. (2021)

Frente a estas propuestas teóricas, confesamos que somos afines a la noción de convenio arbitral propuesta por Caivano, Fernández Rozas y Artuch Iriberry, en la medida en que no podemos negar que el convenio arbitral le debe su génesis a la autonomía de la voluntad y genera relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes, pero también tiene efectos netamente procesales en la medida en que excluye del ámbito judicial aquellas controversias expresamente contenidas en aquel. Si bien resulta innegable lo señalado por Barchi respecto a que la noción de contrato, en nuestro Código Civil, lleva implícita la creación de obligaciones, consideramos que el convenio arbitral no solo crea una relación jurídica de derecho potestativo-sujeción entre las partes, sino que también tiene efectos procesales y patrimoniales adicionales que no pueden ser ignorados. Máxime si las cuestiones arbitrables son las de libre disponibilidad de las partes, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, situación que le brinda contenido patrimonial al convenio arbitral⁵. De esta manera, estaríamos frente a un contrato *sui generis*, el cual es regulado principalmente por la Ley de Arbitraje y, supletoriamente, por la normativa de obligaciones y contratos de nuestro Código Civil.

Cabe precisar que no sería la primera vez que la Ley de Arbitraje crea instituciones jurídicas cuya naturaleza es de difícil subsunción en nuestra normativa civil tradicional. Muestra de ello es que, a efectos de determinar el ámbito subjetivo del convenio arbitral y su extensión a terceros, las normas de arbitraje identifican el consentimiento a partir de determinados supuestos, como el desprender derechos o beneficios del contrato en el que está contenido el convenio arbitral, que no necesariamente coinciden con lo que tradicionalmente se conoce como voluntad tácita (Bullard, 2011, p.717).

5 Véase el concepto de patrimonialidad de Escobar (2014).

Dicho esto, vemos que el convenio arbitral es un contrato *sui generis* que alberga, en su composición, diversas relaciones y situaciones jurídicas que regulan las relaciones privadas de las partes, entre las cuales se encuentran, principalmente, las obligaciones, las relaciones jurídicas que vinculan al derecho potestativo con el estado de sujeción, entre otras.

3.2 Efectos y alcances del convenio arbitral

Habiendo dilucidado la naturaleza jurídica del convenio arbitral, corresponde analizar cuáles son sus principales efectos jurídicos. Dicha eficacia puede verse desde dos puntos de vista: (i) objetivo y (ii) subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, se dice que el convenio arbitral tiene un doble efecto. Uno positivo, que es investir de competencia a los árbitros para resolver las controversias que las partes han sometido a su jurisdicción, y otro negativo, que es excluir del fuero judicial las controversias que las partes han acordado someter a arbitrajes⁶. Respecto a esto último, importa tener en cuenta que la exclusión no solo alcanza a los jueces, sino también a cualquier otra entidad administrativa, ya que estos últimos, en algunos casos, también actúan como entidades que resuelven heterocompositivamente una controversia. Por ello, el efecto negativo del convenio arbitral les impide a las partes someter las controversias incluidas en dicho contrato a cualquier otro fuero que implique una solución heterocompositiva del conflicto, sea jurisdiccional o administrativa.

Esto último no es incompatible con el hecho de que las partes puedan resolver la controversia por medio de la conciliación y/o mediación en forma previa al arbitraje. Ciertamente, dichos métodos de solución de conflictos son autocompositivos en la medida en que son las mismas partes quienes zanján sus problemas a través del mutuo acuerdo sin que exista un tercero que les imponga una solución. El conciliador y/o mediador, en estos casos, no tiene competencia para imponer alguna decisión a las partes, y su labor es facilitar el acuerdo y la solución de la controversia.

Atendiendo a estos efectos jurídicos, el lector advertirá que es una tarea fundamental el determinar qué tipo de controversias se encuentran incluidas en el convenio arbitral. En efecto, si el arbitraje parte del consentimiento de las partes de someter sus controversias a dicho mecanismo, entonces tenemos que los efectos positivos y negativos del convenio arbitral únicamente cubrirán aquellas controversias que hayan sido incluidas en dicho contrato y, a su vez, sean arbitrables objetivamente según el ordenamiento jurídico peruano.

Respecto a las controversias incluidas en el convenio arbitral, debemos tener en cuenta que a este último, al ser un contrato *sui generis*, le son aplicables las reglas de

6 Sobre el particular, revisar Caivano y Sandler (2014).

interpretación de los contratos, las cuales son la común intención de las partes y la buena fe⁷, la interpretación sistemática⁸ y la interpretación funcional⁹. En ese sentido, la interpretación del convenio arbitral y las materias controvertidas incluidas en ella no pueden agotarse en una mera interpretación literal de aquel, ya que la constatación literal es solo el punto de partida en la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes. A decir de Fernández Cruz,

[e]l método interpretativo literal es el primer método que utiliza un intérprete respecto a un contrato específico, dado que el mismo nos ofrece la primera aproximación a lo que es el contrato en sí, el cual expresa la voluntad de las partes ...

... Una labor interpretativa deberá realizarse entonces, con mayor razón, cuando existan indicios externos que nos señalen que lo expresado en el contrato no basta por sí solo para determinar que la declaración de las partes ha sido suficiente para establecer un significado unívoco para el contrato que se busca interpretar, por lo que resultará indispensable complementar la interpretación literal de un contrato con la interpretación global del mismo, que pretenderá valorar el comportamiento general de las partes. (2002, pp. 152-153)

Estas técnicas interpretativas, sin embargo, no son una carta abierta para que el intérprete pueda incluir materias controvertidas en el convenio arbitral que no fueron acordadas expresa ni implícitamente por las partes. Así pues, el intérprete debe procurar que su interpretación no afecte el contenido esencial del convenio arbitral ni desdibuje la verdadera intención de las partes en su conformación, por lo que, si el contenido del contrato es claro, nadie puede pretender modificarlo recurriendo a la interpretación jurídica. Dicho de otra forma, la claridad del convenio arbitral puede estar en entredicho por ser incompleto o silencioso en determinados casos, pero ello no es justificativo suficiente para desdibujar arbitrariamente el verdadero sentido de la referida cláusula, más aún si esta debe analizarse bajo el principio de buena fe¹⁰.

Atendiendo a la compleja labor que significa interpretar un convenio arbitral, la tendencia nacional¹¹ e internacional es optar por una interpretación amplia del convenio arbitral a fin de favorecer el inicio del arbitraje. Es más, existen directrices

7 "Art. 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

8 "Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

9 "Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".

10 Véase Ferri (2004).

11 Véase Barchi (2011).

internacionales¹² que recomiendan una redacción y/o interpretación amplia de los convenios arbitrales a efectos de solucionar la mayor cantidad de controversias posible en arbitraje. Sobre el particular, Campos y Ossa señalan lo siguiente:

Los tribunales chilenos —tanto nacionales como arbitrales- al verse enfrentados a la alegación de existir un acuerdo de arbitraje tienden en la mayoría de los casos a interpretar la cláusula respectiva de conformidad al principio de la interpretación efectiva, rescatando de este modo la voluntad original de las partes en el sentido que la controversia sea sometida al conocimiento y decisión de un tribunal arbitral. Es decir, por la vía de la interpretación, la jurisprudencia ha salvado la aplicación de la cláusula arbitral patológica, siempre y cuando del contrato se desprenda la voluntad auténtica, inequívoca y coherente de las partes en orden a someter el conflicto actual o potencial a arbitraje. (2011, p. 304)

De esta manera, resulta claro que la interpretación del convenio arbitral es crucial para entender correctamente la voluntad de las partes y determinar qué controversias están cubiertas por dicho acuerdo y cuáles no.

Ahora bien, tal y como lo hemos adelantado, no basta con que la controversia esté incluida dentro del convenio arbitral, sino que debe ser arbitrable. Respecto al concepto de arbitrabilidad, esta puede ser vista desde dos puntos de vista: arbitrabilidad objetiva y subjetiva. Enfocándonos en la arbitrabilidad objetiva, Caivano (2013a, pp. 64-65) y Jiménez (2013, p. 122) la definen como aquella restricción a la voluntad de las partes que cada jurisdicción impone para determinar qué materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje y cuáles no. De esta manera, la práctica internacional nos muestra que la mayoría de las jurisdicciones permiten que las partes sometan a arbitraje únicamente aquellas controversias que versen sobre derechos disponibles. Esta tendencia es seguida por nuestra Ley de Arbitraje, en cuyo artículo 2.1 se establece expresamente que solo pueden ser arbitrables aquellas materias que versen sobre derechos disponibles y aquellas que la ley (por ejemplo, el arbitraje sucesorio, estatuario e, inclusive, el arbitraje en temas derivados de procedimientos concursales) o los tratados internacionales autoricen.

12 La Directriz 3 de las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, por ejemplo, establecen que lo recomendable es no limitar el alcance de los convenios arbitrales mediante la inclusión de palabras y texto que hagan pensar que determinadas controversias no han sido sometidas a arbitraje. Por otro lado, Blackaby et al. (2020) señalan lo siguiente: "Afortunadamente, la mayoría de tribunales judiciales consideran al arbitraje como una forma apropiada de resolver disputas comerciales internacionales y de acuerdo con ello buscan darle efecto a los acuerdos arbitrales en cuanto sea posible, en lugar de buscar de reducir el alcance del acuerdo con el objeto de preservar la jurisdicción del tribunal judicial. En consecuencia, la Corte de Apelación de Inglaterra se refiere a una presunción de arbitraje de una sola parada en la interpretación del acuerdo arbitral que se encuentra cada vez más reflejada en la teoría y práctica del arbitraje del mundo".

Atendiendo a la noción de arbitrabilidad aplicable a nuestro país, el operador jurídico deberá analizar en cada caso concreto si es que la controversia incluida en el convenio arbitral es arbitrable y solo si se pasa dicho filtro el tribunal arbitral podrá pronunciarse respecto al fondo de la controversia. Omitir este análisis puede generar, eventualmente, la nulidad del laudo emitido en el arbitraje y una pérdida de tiempo y dinero para las partes, quienes se verán obligadas a iniciar un proceso judicial para resolver su controversia en la medida en que el tribunal arbitral no sería competente para ello.

Por otro lado, respecto a los efectos subjetivos del convenio arbitral, este solo es vinculante para las partes que lo han suscrito, en tanto en cuanto estas han sido las únicas que han manifestado expresamente su voluntad en dicho acuerdo. No obstante lo anterior, hay casos en que terceros no signatarios pueden formar parte del convenio arbitral pese a no haberlo firmado expresamente, posibilidad que se regula en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Si bien no es nuestra intención explayarnos en este punto, basta con decir que, para que el convenio arbitral extienda sus efectos a estos terceros no signatarios, es necesario que se acredite, en los hechos, que estos últimos han manifestado su consentimiento de someterse al arbitraje.

Por lo tanto, dado que el convenio arbitral solo es vinculante para las partes signatarias y los terceros no signatarios que hayan dado su consentimiento para someterse a arbitraje, los efectos de las órdenes emanadas del tribunal arbitral solo podrán afectar directamente a las esferas jurídicas de las partes sometidas al arbitraje por el convenio arbitral, por lo que solo serían estas quienes estarían obligadas a cumplir dichas órdenes en forma directa.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha reconocido el principio de oponibilidad a terceros, el cual señala que todo pacto privado debe ser reconocido por los terceros ajenos a él. Bajo dicho principio, los terceros tienen un deber general de no intervención en las relaciones jurídicas privadas y deben abstenerse de realizar cualquier acto que perjudique la eficacia de estas. Sobre el particular, Ghestin ha señalado lo siguiente:

Buscando definir esta figura jurídica [principio de oponibilidad a terceros] podemos señalar que: la oponibilidad constituye un fenómeno general que busca hacer reconocer la existencia del contrato frente a terceros, ya que si éstos últimos estuviesen autorizados a desconocer dicho contrato éste no podría llegar a producir efectos [l'efficacité], ni siquiera frente a las partes. (2015, p. 82)

En ese sentido, es clara la diferencia entre vinculatoriedad y oponibilidad. Por un lado, la vinculatoriedad de un pacto privado hace referencia a que este solo pueda modificar la esfera jurídica de las partes que lo han acordado (eficacia *inter partes*); mientras que la oponibilidad obliga a los terceros a reconocer lo acordado en el pacto privado a fin de no realizar actos que impidan su eficacia.

Sobre este extremo, importa decir que el principio de oponibilidad no tiene su fuente directa en el pacto privado, ya que, bajo el principio de relatividad, estos pactos privados solo generan derechos y obligaciones para las partes de dicho pacto¹³. Todo lo contrario, es un principio que proviene del ordenamiento jurídico general, por lo que su incumplimiento, usualmente, solo generaría responsabilidad civil por los daños que se ocasione a las partes del contrato afectado.

Teniendo en cuenta lo anterior, los terceros no solamente deben reconocer la existencia del convenio arbitral que han suscrito las partes, sino que también deben reconocer los efectos jurídicos de las órdenes emitidas por el tribunal arbitral, absteniéndose de realizar cualquier acto que perjudique su eficacia o efectividad. Más aún si dichas órdenes están revestidas de jurisdicción y, por ende, todas las personas están obligadas a respetar sus efectos, tal y como lo establece el artículo 139, inciso 1, de la Constitución Política del Perú.

En conclusión, vemos que el convenio arbitral es un contrato por medio del cual las partes excluyen, del fuero judicial y administrativo todas o ciertas controversias que se generen o se vayan a generar entre ellas. De esta manera, su extensión viene determinada por las materias sometidas a arbitrajes (ámbito objetivo), las cuales deben ser identificadas a partir de los métodos de interpretación correspondiente y ser arbitrables, y por los sujetos vinculados a dicho convenio arbitral (ámbito subjetivo), y este resulta vinculante a sus partes signatarias y no signatarias, y oponible a cualquier tercero que conozca dicho pacto, obligándolo a no realizar actos que perjudiquen la correcta ejecución de las órdenes emanadas del tribunal arbitral.

3.3 El convenio arbitral y la etapa preconcursal

Como ya lo hemos explicado, el convenio arbitral es un contrato *sui generis* que genera obligaciones entre las partes que lo acuerdan, y una de estas obligaciones es no someter la controversia a una jurisdicción distinta a la del tribunal arbitral. En ese sentido, consideramos que, si una parte inicia un procedimiento concursal a fin de resolver una controversia cubierta por el convenio arbitral, sin antes ir a un arbitraje, dicha acción estaría yendo en contra del convenio arbitral, ya que se estaría sustrayendo ilegítimamente una pretensión del fuero arbitral.

El efecto negativo o excluyente del convenio arbitral no solo alcanza a jueces estatales, sino que también le quita competencia a cualquier otra autoridad que pretenda resolver una controversia cuya resolución se deba someter a un tribunal arbitral. Esta tesis es apoyada por Jorge Santistevan (como se citó en Bullard, 2013, p. 66), quien señala que

13 Véase Velásquez (2016).

el efecto negativo del convenio arbitral supone una renuncia a la jurisdicción estatal y la ausencia de competencia de los jueces y de las autoridades administrativas para conocer las materias sometidas por las partes al arbitraje, [siendo que] la nueva regulación peruana es particularmente clara en propiciar la inevitabilidad del arbitraje consagrando la no intromisión judicial.

De esta manera, consideramos que no es posible afirmar que las partes puedan iniciar un procedimiento concursal sobre la base de una controversia cuya resolución aún no ha sido sometida y/o resuelta por el tribunal arbitral, ya que ello afectaría la eficacia de dicho método de solución de controversias y, en última instancia, desconocería la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral. Esta conclusión, sin embargo, requiere de dos precisiones.

En primer lugar, no estamos diciendo que los efectos de una decisión de Indecopi en materia concursal se asemejen a un laudo expedido por el tribunal arbitral, ya que ello no es así. Efectivamente, mientras que un arbitraje culmina con un laudo que ordena un comportamiento determinado a las partes y/o declara una situación de derecho, el hecho de que Indecopi declare infundada la oposición del deudor al inicio del procedimiento concursal genera que aquel sufra las siguientes consecuencias jurídicas, las cuales no necesariamente coinciden con un laudo:

- El patrimonio del deudor se encontrará protegido frente a ejecuciones de garantías patrimoniales y medidas cautelares que impliquen desposesión de sus bienes (artículos 18 y 32 de la Ley Concursal).
- Se suspende la exigibilidad de cualquier deuda que tenga el deudor, esté o no vencida (artículo 17 de la Ley Concursal).
- Se inicia el plazo para que los acreedores se apersonen y soliciten el reconocimiento correspondiente (artículo 34 de la Ley Concursal).

En ese sentido, el hecho determinante que nos anima a concluir que se incumple el convenio arbitral al momento de iniciar un procedimiento concursal radica en que ambas autoridades (Indecopi y el tribunal arbitral) realizan la misma acción al momento de expedir sus resoluciones: solucionar una controversia. Para explicar mejor este punto, debemos recordar que controversia es todo aquel conflicto jurídicamente relevante que existe entre dos intereses legítimos que se contraponen.

Frente al surgimiento del conflicto, una forma de resolverlo es por medio de métodos heterocompositivos, los cuales se caracterizan por el hecho de que la solución es “calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia” (Ovalle, 1996, p. 25). De esta manera, basta con que la solución de la controversia sea impuesta por un tercero para que dicho método califique como uno heterocompositivo.

A la luz de lo anterior, vemos que Indecopi realmente actúa como un tercero imparcial que soluciona controversias o conflictos de intereses de determinada naturaleza. Efectivamente, cuando el acreedor solicita el inicio de un procedimiento concursal, no hace más que solicitarle a la autoridad administrativa que proteja su acreencia (interés jurídicamente tutelable) frente al incumplimiento del deudor, pretensión que va en sintonía con las finalidades del procedimiento concursal. Una vez recibida dicha solicitud, la Ley Concursal dispone que Indecopi deberá correr traslado de la solicitud al deudor para que este se resista a esta pretensión o, en su defecto, se allane en múltiples formas (pago de acreencia, compensación de deudas, ofrecimientos de pago y/o allanarse al inicio del procedimiento). Si en caso el deudor concursado decide oponerse a la pretensión del acreedor, la autoridad administrativa tendrá la competencia para determinar la existencia, validez, exigibilidad y cuantía del crédito controvertido en función de los medios probatorios presentados por ambas partes. En buena cuenta, lo que hace Indecopi es resolver, como tercero imparcial, la validez y eficacia del crédito en cuestión y si este ha sido incumplido en tal forma que amerite el inicio de un procedimiento concursal.

En síntesis, Indecopi resuelve una controversia entre las partes al momento de pronunciarse sobre la oposición del deudor concursado frente a la solicitud de inicio de un procedimiento concursal, situación que basta para alcanzarle los efectos negativos del convenio arbitral. Esta conclusión —naturaleza heterocompositiva de la etapa preconcursal— se ratifica por el hecho de que nuestro procedimiento concursal nació como un proceso judicial y no fue hasta 1992 que se convirtió en un proceso administrativo, tal y como lo expone Del Águila (2000, p.182):

Cuando el 28 de diciembre de 1992 se promulgó la Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, no sólo se derogó la antigua y caduca Ley N° 7566, Ley Procesal de Quiebras, sino que se transformó la visión que hasta ese entonces se tenía del derecho concursal ...

... De manera concreta, podemos señalar que las características básicas que impregnaron la norma en cuestión fueron: (i) la desjudicialización de los procedimientos concursales, (ii) la decisión sobre el destino de la empresa en manos de un colectivo de acreedores, (iii) el incentivo de la reestructuración económica financiera para las empresas viables y (iv) en defecto de lo anterior, la liquidación ordenada del patrimonio insolvente en un proceso extrajudicial.

En ese sentido, no cabe duda de que la labor heterocompositiva de Indecopi, al momento de solicitarse el inicio de un procedimiento concursal, hace que el someter la controversia arbitral a su competencia vulnere el convenio arbitral, contradiciendo así la voluntad genuina de las partes de excluir sus controversias de cualquier fuero (judicial y/o administrativo).

En segundo lugar, debemos precisar que el inicio del procedimiento concursal únicamente vulneraría el convenio arbitral en la medida en que la controversia sometida al fuero administrativo esté cubierta por dicho acuerdo y, además, tal materia fuese arbitrable. En efecto, tal y como hemos desarrollado anteriormente, el convenio arbitral extiende sus efectos positivos y negativos a aquellas controversias expresamente señaladas en su contenido; y la doctrina nacional e internacional aboga por la interpretación extensiva pero razonable del convenio arbitral a favor del inicio del arbitraje. Asimismo, dicha materia debe ser arbitrable en la medida en que debe versar, para el caso peruano, sobre derechos de libre disposición y los que la ley o los tratados internacionales autoricen.

Lo anterior hace que no todas las controversias sometidas al fuero administrativo de Indecopi estén contenidas en el convenio arbitral, por lo que pueden presentarse casos en que la autoridad concursal deviene en competente para resolver el conflicto. Un ejemplo de esto último ocurrió en el caso *Larsen Oil and Gas Pte Ltd v. Petroprod Ltd* del 2011.

En dicho caso, el liquidador de Petroprod (empresa que estaba sometida a un procedimiento concursal o de insolvencia) inició procedimientos contra Larsen a efectos de cuestionar una serie de pagos realizados a su favor por contravenir la Ley de Insolvencia (Bankruptcy Act) de Singapur. En respuesta, Larsen solicitó formalmente la suspensión de dichos procedimientos, ya que las pretensiones en cuestión, a su criterio, se encontraban cubiertas por el convenio arbitral firmado por las partes. Frente a esta controversia, la Corte de Apelaciones de Singapur la resolvió en dos partes. Primero, identificó cuál era la controversia que se estaba dilucidando entre las partes y concluyó que esta no tenía relación con el cumplimiento o no del contrato que era fuente de las acreencias de Larsen, sino que se centraba únicamente en un supuesto pago indebidamente realizado a la luz de la ley de insolvencia singapurense. Lo anterior se verifica a continuación:

We agreed with the Judge's characterization of Petroprod's claims against Larsen. Petroprod's Statement of Claim against Larsen revealed that Petroprod did not allege that Larsen had breached the MAD by causing Petroprod to make the payments to Larsen. Rather, all that Petroprod claimed was that it had made certain payments to Larsen within two years of its insolvency, and that the law presumed that the payments were made with an intention to prefer Larsen as a creditor because of Larsen's control over the management of Petroprod. Similarly, Petroprod's claims against Larsen based on an undervalued transaction and a fraudulent conveyance were entirely independent of the question of whether Larsen had breached the MA.

Una vez determinada la controversia, la Corte procedió a analizar si estaba cubierta por el convenio arbitral firmado por las partes y resolvió que, pese a realizar una interpretación extensiva de dicho acuerdo, el conflicto no era arbitrable:

20 The underlying basis for a generous approach towards construing the scope of an arbitration clause is the assumption that commercial parties, as rational business entities, are likely to prefer a dispute resolution system that can deal with all types of claims in a single forum. This assumption is reasonable in relation to private remedial claims, which may arise either before or during the period when a company becomes insolvent. It is conceivable that the company's pre-insolvency management would prefer all these claims to be dealt with in a single forum. However, this reasoning cannot be applied to avoidance claims pursued during insolvency proceedings. The commencement of insolvency proceedings results in the company's management being displaced by a liquidator or judicial manager. Since avoidance claims can only be pursued by the liquidators or judicial managers of insolvent companies, there is no reason to objectively believe that a company's pre-insolvency management would ordinarily contemplate including avoidance claims within the scope of an arbitration agreement.

21 For the reasons stated above, it makes sense to draw a line between private remedial claims (either common law or statutory), which the company's pre-insolvency management have good reason to be concerned about and claims that can only be made by a liquidator/judicial manager of an insolvent company, to which they are completely indifferent. We therefore hold that arbitration clauses should not ordinarily be construed to cover avoidance claims in the absence of express language to the contrary ... and that the Arbitration Clause did not cover Petroprod's claims against Larsen.

Cabe acotar que la autoridad singapurense estableció que, aun si la controversia hubiese estado dentro del convenio arbitral celebrado por Larsen y Petroprod, dicho conflicto no sería arbitrable en la medida en que versaba sobre materias concursales de interés público. En ese sentido, la Corte determinó que aquellos litigios vinculados a los derechos y las obligaciones contractuales de las empresas, en forma previa a su insolvencia, serían arbitrables siempre y cuando no afectaran los derechos sustanciales de los demás acreedores involucrados en el procedimiento de insolvencia.

Por otro lado, un ejemplo de cómo las acciones iniciadas en materia concursal o de insolvencia sí estarían dentro del alcance del convenio arbitral es el caso *Riverrock Securities Limited v. International Bank of Petersburg* del 2020. En dicho caso, International Bank of Petersburg (IBSP) inició varios procedimientos en San Petersburgo a fin de invadir ciertos contratos que mantenía con Riverrock (RSL) por supuestamente vulnerar ciertas disposiciones de la ley de quiebras de dicha jurisdicción. Dichos contratos contenían convenios arbitrales que vinculaban a RSL e IBSP. En respuesta, RSL solicitó una medida antiproceto (*anti-suit injunction*), a fin de suspender dichos procedimientos debido a que las reclamaciones realizadas en ellos estaban cubiertas por un convenio arbitral. En respuesta, el Tribunal Superior de Justicia Comercial y Propiedades de Inglaterra y Gales otorgó la medida en cuestión y suspendió los procedimientos iniciados por IBSP debido a que la materia controvertida sí estaba dentro del alcance del convenio arbitral.

Así, dicha instancia judicial resolvió lo siguiente:

66. In this case, I am satisfied to the requisite high degree of assurance that the claims being advanced in the St Petersburg Action are, as a matter of substance, claims which are contractual in nature and fall within the arbitration clause, whether or not it would be open to IBSP as a matter of choice of law analysis to advance those claims in any LCIA arbitration. There is a claim by one party to the Contracts (IBSP acting through its official receiver, the DIA) against its counterparty to invalidate the Contracts and seek to recover the amounts paid, on the basis that the consideration under the Contracts was at an undervalue and/or the Contracts were concluded by those purporting to act on IBSP's behalf with the purpose of prejudicing IBSP's creditors. The choice of law in any arbitration is ultimately a matter to be determined in accordance with s.46 of the Arbitration Act 1996 supplemented in the present context by Article 22.3 of the LCIA Rules. If, for any reason, the Bankruptcy Law causes of action cannot be asserted under the applicable choice of law rules, then that is a consequence of the parties' agreement rather than because those claims fall outside the scope of the LCIA Arbitration Agreements.

A diferencia del caso Larsen, en este se estableció que una disputa puede no ser arbitrable *per se* (de manera que la reclamación completa no sea arbitrable, aunque su determinación involucre elementos que, considerados de forma aislada o en otros contextos, serían arbitrables) o puede ser que solo una parte de ella no lo sea —por ejemplo, la decisión de otorgar una forma particular de reparación—. En ese sentido, en la medida en que las reclamaciones amparadas en la ley de quiebras o de insolvencia busquen una reparación que el tribunal arbitral pueda otorgar y no comprometan los intereses de terceros, salvo para beneficiar a cualquier acreedor de una empresa insolvente, aquellas serán arbitrables.

Como vemos, no siempre la materia controvertida en un procedimiento concursal o de insolvencia estará dentro del alcance del convenio arbitral y, dependiendo del caso, puede ser o no arbitrable, por lo que corresponderá analizar cada caso en concreto.

En síntesis, el hecho de someter una controversia al procedimiento concursal de Indecopi antes de un arbitraje, en la medida en que esté cubierta por un convenio arbitral y sea arbitrable, es un incumplimiento de dicho acuerdo en tanto en cuanto se está sustituyendo la competencia del tribunal arbitral sin el consentimiento integral de las partes.

4. LAS MEDIDAS ANTIPROCESO Y SU EFICACIA CONTRA EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ARBITRAL

Estando claros respecto a lo anterior, corresponde analizar cuál sería el remedio adecuado que las partes tendrían para solucionar el incumplimiento del convenio

arbitral acaecido por el inicio de la etapa preconcursal. Al respecto, consideramos que la respuesta se encuentra en las *anti-suit injunctions* o “medidas antiproceso”.

En efecto, estas medidas son dictadas por las cortes y/o tribunales arbitrales y tienen la finalidad de evitar que cualquiera de las partes inicie, o mantenga en trámite, un proceso paralelo al arbitraje. De esta manera, no solo se salvaguarda la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje, sino que también evita que dos fueros distintos emitan decisiones contradictorias que agraven más la controversia. Estas medidas, tal y como lo exponen Reggiardo y Cuba,

[b]ajo los términos de la Ley Arbitraje peruana, atendiendo a sus similitudes con la redacción del art. 17.2.b de la Ley Modelo CNUDMI ... podría[n] ser entendida[s] como una medida cautelar. Se trataría de una medida temporal previa a la emisión del laudo final, y servirá para impedir a una de las partes generar algún daño al proceso arbitral. (2020, p. 236)

Atendiendo a su naturaleza cautelar, el otorgamiento de las medidas antiproceso en nuestro país procedería en caso de que la parte afectada por el incumplimiento acreditara el riesgo de daño sustancial —*periculum in mora*—, la probabilidad de éxito sobre el fondo —*fumus bonis iuris*— y la razonabilidad¹⁴ de la medida. Sin embargo, somos conscientes de que trasladar esta figura a nuestro país, de tradición *civil law*, no está exento de problemas. Muestra de ello es que algunos requisitos tradicionalmente reconocidos a las medidas antiproceso, como que al demandado le corresponda acreditar una “razón sólida” por la que la medida no debiera ser otorgada¹⁵, no necesariamente pueden ser acogidos en nuestro ordenamiento jurídico por su falta de legislación.

Por otro lado, es importante resaltar que la práctica y la doctrina internacional señalan que los destinatarios de las medidas antiproceso no serían los jueces —o, en este caso, los funcionarios de Indecopi— que ven la controversia cubierta por el convenio arbitral, sino que ello estaría dirigido a la parte que incumple el convenio arbitral. De allí que las medidas antiproceso sean *in personam* y únicamente generen efectos en su esfera jurídica privada¹⁶.

Lo anterior hace que se simplifiquen muchas de las cuestiones relacionadas con la eficacia jurídica de las medidas antiproceso. Ciertamente, alegar que las medidas antiproceso son órdenes directas a los jueces o a Indecopi sería afirmar indirectamente que aquellas son partes del convenio arbitral, lo cual abriría múltiples cuestionamientos al

14 En la práctica arbitral nacional e internacional, los tribunales arbitrales analizan estos elementos como requisitos necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar en un arbitraje, sin perjuicio de que también están contenidas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

15 Véase el caso Riverrock.

16 Véase Beltrán (2016).

alcance de la competencia del tribunal arbitral y si los destinatarios en cuestión realmente tienen la obligación jurídica de cumplir semejante orden. En ese sentido, alegar que la medida es vinculante a la parte “rebelde” hace que este tipo de cuestionamientos no sean óbice para la efectividad de dichas providencias cautelares. Sin embargo, esto no quiere decir que los jueces e Indecopi son libres de actuar en contra de una orden emitida por un tribunal arbitral, por no serles vinculante. Como ya lo hemos explicado, ello sería desconocer el principio de oponibilidad y su deber de no actuar en forma tal que perjudique la eficacia de las resoluciones.

Finalmente, importa resaltar que las órdenes que comúnmente se emiten en una medida antiproceto son las siguientes: (i) prohibir a la parte potencialmente incumplidora que inicie el procedimiento en otro fuero (orden preventiva); (ii) ordenar a la parte incumplidora que interponga remedios específicos en el procedimiento paralelo en aras de salvaguardar la integridad del arbitraje (orden correctora), y (iii) ordenar a la parte incumplidora que culmine la acción en el procedimiento paralelo o, de no ser posible, le informe al tribunal arbitral respecto a los actos procedimentales que allí ocurran¹⁷. De esta manera, comprobamos que las medidas antiproceto son adecuadas para remediar el incumplimiento del convenio arbitral que se haya originado por el inicio de un procedimiento concursal ante Indecopi, ya que permiten culminar y/o evitar el inicio de un procedimiento paralelo al arbitral. Conclusión que, sin embargo, merece dos acotaciones.

En primer lugar, y en sintonía con lo explicado anteriormente respecto al incumplimiento del convenio arbitral, el otorgamiento de una medida antiproceto debe siempre valorarse en cada caso concreto y en firme entendimiento de las consecuencias que puede ocasionar en la esfera jurídica de la parte afectada por la medida. Ciertamente, el inicio de un procedimiento concursal no siempre es un incumplimiento del convenio arbitral y no necesariamente genera un perjuicio al correcto desarrollo del arbitraje. De esta manera, un pedido y otorgamiento abusivo de las medidas antiproceto podría llevarnos a situaciones en que la parte afectada por dicha medida se vea imposibilitada de recurrir a un procedimiento concursal pese a que, en los hechos, está debidamente legitimada para ello.

Véase el caso, por ejemplo, de una empresa insolvente que, ante la demanda arbitral de su acreedora respecto al cobro de una deuda de 400 000 soles, presenta una reconvencción en dicho proceso a fin de solicitar la inexigibilidad de dicha deuda —utilizando para ello argumentos de difícil asidero legal— y, en caso de que sea exigible, la compensación de dicha deuda con otras deudas que el demandante mantiene en su favor por un monto de 100 000 soles. El demandante, consciente de que el pedido de

17 Véase Levy (2005).

inexigibilidad del demandado no será acogido por el tribunal arbitral y que la deuda, compensada o no, no podrá ser pagada por la empresa por ser insolvente, presenta una solicitud de inicio de procedimiento concursal a fin de resguardar su crédito. Sin embargo, ante esta situación, el demandado insolvente solicita una medida antiproceso a fin de suspender dicho procedimiento concursal alegando que vulnera el convenio arbitral y, por consiguiente, el arbitraje. En este caso, un análisis adecuado del caso nos haría concluir que esta medida no procedería debido a que el demandado no ha sabido probar en qué forma el procedimiento concursal afecta la integridad del arbitraje. Lo contrario sería permitir el uso abusivo de las medidas antiproceso a fin de perjudicar el derecho que tiene el demandante de resguardar, bajo las formas legales pertinentes, la integridad de su crédito ante el evidente estado de insolvencia de su deudor.

Por lo tanto, habrá casos en que las partes abusen de las medidas antiproceso para su beneficio, por lo que resulta importante que el tribunal arbitral tenga el suficiente conocimiento de los alcances de dicha medida y su real impacto en cada caso concreto. De allí que Levy señale lo siguiente:

First of all, there is a risk that the requested measures be ordered without the arbitrators having fully taken into account their impact. For example, prohibiting the initiation of proceedings before another court or arbitral tribunal may prevent a party from tolling a limitations period and may cause the loss of a party's rights. Furthermore, the star of an action may result in a party being prevented from offsetting its claim if such claims remain disputed and the arbitral tribunal issues and award affirming that the other party's claim is due. (2005, p. 125)

En segundo lugar, las medidas antiproceso únicamente serán eficaces fácticamente si es que son solicitadas y emitidas antes que Indecopi declare la situación de concurso y que ello sea publicado en *El Peruano*. En efecto, el artículo 26 de la Ley Concursal señala que, en caso de que el procedimiento concursal sea iniciado por varios acreedores, el desistimiento de uno de ellos no impedirá la continuación del procedimiento, disposición que también es aplicable cuando la situación de concurso es declarada y publicada, ya que en dicho momento se inicia el plazo para que todos los acreedores del concursado se apersonen al procedimiento a fin de conformar la junta general de acreedores, y cada acreedor es responsable por la suerte de su crédito.

De esta manera, si una medida antiproceso es otorgada en forma posterior a la declaración de situación de concurso de la parte afectada en dicho procedimiento, tal medida no logrará la culminación del concurso, ya que, como hemos visto, el desistimiento del acreedor cuyo crédito dio inicio al procedimiento no afectará en nada el común trámite del concurso y, para ese entonces, Indecopi ya se habría pronunciado respecto al pedido concursal de la parte incumplidora, situación que, precisamente, se busca evitar.

Por lo tanto, resulta importante que el pedido y el otorgamiento de la medida anti-proceso ocurra antes de que Indecopi declare la situación de concurso correspondiente.

5. CONCLUSIONES

Como hemos podido advertir, el inicio de un procedimiento concursal en aras de discutir, en su etapa preconcursal, una controversia arbitrable cubierta por un convenio arbitral es un incumplimiento de este último, ya que se someten a consideración de Indecopi materias cuya solución es de exclusiva competencia del tribunal arbitral. Ciertamente, la práctica administrativa y la Ley Concursal demuestran que los órganos concursales de Indecopi tienen la competencia administrativa de pronunciarse respecto a la existencia, validez y/o exigibilidad de los créditos que dan inicio al procedimiento concursal, por lo que, en buena cuenta, estamos frente a una suerte de método heterocompositivo de solución de controversias. Si entendemos que la razón de ser de los efectos negativos del convenio arbitral es excluir las controversias de cualquier otra jurisdicción a fin de evitar que las partes empleen otros medios heterocompositivos en desmedro del arbitraje, entonces podemos válidamente concluir que el inicio del procedimiento concursal es una vulneración del convenio arbitral. Esta conclusión, sin embargo, no es absoluta, ya que el inicio de un procedimiento concursal no siempre será un incumplimiento del convenio arbitral y, además, la existencia de dicho procedimiento administrativo no siempre afectará la integridad del arbitraje. De allí que el análisis debe hacerse en cada caso concreto y a la luz de los hechos acontecidos.

Finalmente, de comprobarse el incumplimiento del convenio arbitral, la parte afectada podría solicitar una medida antiproceso al tribunal arbitral en la forma de una medida cautelar, a fin de que dicha autoridad le ordene a la parte incumplidora que se desista y/o termine el procedimiento concursal ilegítimamente iniciado. Sin embargo, debemos ser cautelosos en el uso de este remedio, ya que un uso abusivo puede limitar ilegítimamente el derecho de las partes a proteger la integridad de su crédito amenazado por la insolvencia del deudor. Adicionalmente, las medidas antiproceso solo serán eficaces si es que son pedidas y otorgadas antes de que Indecopi haya declarado la situación de concurso del deudor concursado, ya que, una vez ocurrido ello, un eventual desistimiento de la parte incumplidora del convenio arbitral poco podrá hacer para terminar y/o parar el procedimiento.

REFERENCIAS

Alonso, J. (2011). Efectos de la declaración de concurso sobre el convenio y el procedimiento arbitral en derecho español. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. I, pp. 595-609). Instituto Peruano de Arbitraje.

- Barchi, L. (2011). Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. II, pp. 681-700). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Beltrán, J. (2016). Controlando al litigante rebelde: las *anti-suit injunctions* en los tribunales españoles. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (32), 75-98. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6436>
- Blackaby, N., Partasides C., Redfern, A., & Hunter, M. (2020) *Arbitraje internacional* (N. A. López Novoa & R. E. Saavedra Velazco, Trads.). Fogueras. (Obra original publicada en el 2009).
- Bullard, A. (2011). ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. II, pp. 709-738). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Bullard, A. (2013). ¿Quién fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. *Revista Internacional de Arbitraje*, (19), 55-93. https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_e87e272918910236e0430a0101510236/revista-internacional-de-arbitraje/%c2%bfque-fue-primero%3a-el-huevo-o-la-gallina%3f-el-caracter-contractual-del-recurso-de-anulacion
- Caivano, R. (2013a). Arbitrabilidad y orden público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>
- Caivano, R. (2013b). El efecto del concurso o quiebra de una de las partes sobre el arbitraje. *Revista ED*, (2013-250), 820-843. <http://biblioteca.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=103361#YpmaXqjMI2w>
- Caivano, R., & Sandler, V. (2014). Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral. En E. Picand (Ed.), *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (2.ª ed., pp. 263-287). Thomson Reuters.
- Campos, J., & Ossa, F. (2011). El acuerdo de arbitraje: la experiencia chilena. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. I, pp. 299-312). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Del Águila, P. (2000). Más vale prevenir que lamentar. El concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana. *Ius et Veritas*, 10(20), 182-198. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15933>.
- Del Águila, P. (2003). Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal. *Foro Jurídico*, (2), 64-72. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18283>

- Escobar, F. (2014). La ofrenda de Ulpiano: el valor subjetivo de la patrimonialidad del contrato. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (66), 245-261. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12700>
- Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17249>
- Fernández Rozas, J., & Artuch Iriberry, E. (2011). Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. I, pp. 745-786). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil* (N. Carreteros Torres, Trad.; presentación, notas y edición por R. Morales Hervias y L. León). Grijley. (Obra original publicada en el 2004).
- Ghestin, J. (2015). La fuerza obligatoria del contrato. *Ius et Veritas*, 24(50), 72-84. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14806>
- High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales Commercial Court. (2020, 23 de septiembre). Case CL-2020-000283. https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=5522
- Huanco, H. (2021). *¿El convenio arbitral es un contrato con efectos obligatorios?* Agnitio. <http://agnitio.pe/articulo/el-convenio-arbitral-es-un-contrato-con-efectos-obligatorios/>
- Jiménez, R. (2013). La arbitrabilidad de las obras adicionales en la contratación pública. *Advocatus*, (28), 121-143. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4197/4147>
- Levy, L. (2005). Anti-suit injunctions issued by arbitrators. *IAI International Arbitration Series. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, (2), 115-129. <https://lk-k.com/wp-content/uploads/L%C3%A9vy-Anti-suit-Injunctions-Issued-by-Arbitrators.pdf>
- Ovalle, J. (1996). *Teoría general del proceso*. Harla.
- Reggiardo, M., & Cuba, A. (2020). Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (77), 233-252. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.012>
- Singapore Court Appeal. (2011, 11 de mayo). Civil Appeal 122 of 2010.
- Soto, C. (2011). El convenio arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje de 2008. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. II, pp. 618-659). Instituto Peruano de Arbitraje.

Velásquez, R. (2016). Partes y terceros en los contratos y los arbitrajes (primera parte: el principio de relatividad contractual y los terceros). *Ius et Veritas*, 24(52), 214-226. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16381>