



Sociedades

Boletín Jurídico Enfoque Multidisciplinario

Marzo 2022

Comentario

- La educación universitaria en la carrera de derecho en el 2022

p. 3

Noticia del mes

- ¿Qué repercusiones ocasiona el conflicto Rusia-Ucrania en el Perú y a nivel internacional?

p. 4

Artículos

- La tasa de la incertidumbre, el adiós a la LIBOR y breves reflexiones sobre los contratos swaps

p. 7

- La existencia de patrimonios y créditos excluidos del procedimiento concursal

p. 13

Espacio procesal

- La “prueba diabólica” en el arbitraje

p. 18



blogs.upn.edu.pe



Ius et Iustitia

ociedades

Boletín Jurídico Enfoque Multidisciplinario

Contenido

Comentario

- La educación universitaria en la carrera de derecho en el 2022
José ESPINOZA CUADROS..... p. 3

Noticia del mes

- ¿Qué repercusiones ocasiona el conflicto Rusia-Ucrania en el Perú
y a nivel internacional?
Freddy Alexander CARHUALLA LÓPEZ..... p. 4

Artículos

- La tasa de la incertidumbre, el adiós a la LIBOR y breves reflexiones
sobre los contratos swaps
Daniel Wignard CÁCERES MONTAÑO..... p. 7

- La existencia de patrimonios y créditos excluidos del procedimiento
concursal
Kenny Roger MECHAN HUAPAYA..... p. 13

Espacio procesal

- La “prueba diabólica” en el arbitraje
Gianella LEZAMA COAGUILA..... p. 18

Colaboradores permanentes del Boletín Sociedades: Grupo de Estudios Sociedades - GES

Miembros del Grupo de Estudios Sociedades - GES de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos reconocido por Resolución de Decanato N° 994-D-FD-2013 de fecha 14 de noviembre de 2013.



MIEMBROS PRINCIPALES

Ángeles Nuñez Christian
Alarcón Paucar Giampieer Jorge
Alva Lopez, Milagros
Abregú Diestra, Ayrton
Cáceres Montaño, Daniel W.
Chacón Borja, Mario Eduardo
Carhualla Lopez, Freddy
Carrasco Rodríguez Jessica
Cisneros Palomino, Yesenia Hermelinda
De la Torre Barrientos, Jimmy
Evangelista Romero, Dayana Deisy
Grimaldo Sánchez, Carol Alexandra
Gutiérrez Ramírez, Noemí Lizbeth
Gutarra Sánchez, Kevin Anthony
Inga Tarazona, Brucelee
Lezama Coaguilla, Gianella
Livia Valverde, Jaritza Pilar
Lizarme Coronado, Leidy Lisset
Machaca Alosilla, Aracelly
Olórtegui Leyva, Jasmín Olenka
Obregon Palacios, Heydy Cristel
Palacios Céspedes , Bryan Augusto
Pinguz Gonzales, Anwar Aram David
Quispialaya Espinoza Diana Carolina
Ramos Caparachin,Marilú Danissa
Rivera Gonzales Fabio
Rivera Rojas Adanaí Sharon
Santillan Linares, Clever Daniel

Salizar Sulca, Alvaro Gonzalo
Yparraguirre Rivera, Lesly

MIEMBROS HONORARIOS

Alfaro Ponce, Moisés Gonzalo
Acosta Delgado, Manuel de Jesús
Ccenco Condori, Mariela
Cervantes Villacorta Carla
Córdova Quispe, Erik
Cuya Fiestas, Manuel Humberto
Espinoza Cuadros , José Eduardo
González Ibargüen, Ayrton Alexis
Landeo Huamán, Xiomara Sussel
Laurente Bellido, Daisy Judith
Mestanza García, Omar
Mechan Huapaya, Kenny Roger
Mogollón Calderón Astrid Antonieta
Peña Ormeño, Romina Milagros
Romero Huamantupa, Jordan Dayson
Rojas Hidalgo, Nahomy Raquel
Pinedo Valentín, Richard Alexander
Sernaqué Uracahua, Jorge Luís
Torres Romani, Hernan
Valencia Lulo, Silene Emperatriz
Varillas Castillo, Cristina Mishel

DOCENTE DEL GRUPO DE ESTUDIOS

Dra. J. María Elena Guerra Cerrón

La educación universitaria en la carrera de derecho en el 2022



Escribe: José ESPINOZA CUADROS
Miembro honorario del Grupo de Estudios Sociedades - GES

Como es bien sabido, la pandemia generada por el COVID-19 afectó no solo a la salud y la economía de las personas sino también al sistema educativo. La educación universitaria de la carrera de derecho no fue la excepción, las clases tuvieron que realizarse de manera virtual, significando un nuevo reto para los docentes y para los estudiantes de derecho pues tuvieron que reinventarse para continuar con la enseñanza y el aprendizaje de la carrera.

Sin embargo, todas las consecuencias generadas por el COVID-19 no fueron negativas, los estudiantes pudieron tomar pasantías internacionales sin la necesidad de viajar e incluso participar de concursos internacionales en los que antes no lo podían hacer. En conclusión, a raíz de la educación virtual, los estudiantes de derecho pudieron tomar más oportunidades de enseñanzas y acceder a espacios académicos internacionales.

Pese a ello, soy de la opinión que la educación presencial será irremplazable en ciertos puntos. Por ejemplo, no cabe duda que educar a un futuro médico de manera virtual no es lo ideal, al igual que educar a un ingeniero de manera virtual. Seguramente podrán existir mecanismos virtuales y en 3D que pueden recrear un ambiente casi real de cómo realizar una operación o cómo diseñar un puente. Sin embargo, el aprendizaje con "contacto físico" en estos puntos medulares será irremplazable.

En el caso de la carrera de derecho estamos frente a una educación social en la que las clases son impartidas principalmente en base a libros, casos prácticos y la experiencia que pueda transmitir un docente. A mi consideración, esta enseñanza puede ser correctamente transmitida a través de mecanismos digitales, todo dependerá de la pedagogía que maneje el profesor y el nivel de interés que tenga el estudiante.

Es importante precisar que existen algunos momentos que resultan irremplazables en la enseñanza presencial de la carrera de derecho, como por ejemplo lo son la simulación de audiencia, análisis grupales de sentencias, enseñanza de técnicas de litigación, entre otros.

De igual manera, considero importante destacar que muchos estudiantes encuentran en sus profesores o compañeros de aula una fuente de inspiración para seguir aprendiendo y superándose. Me explico. En la educación virtual uno toma la lección y luego apaga la cámara de la laptop y continua con sus labores, probablemente se reúna con los compañeros de aula para conversar sobre alguna tarea pendiente pero el contacto se limitará a ello.

En el caso de la educación presencial, los estudiantes forman grupos de estudios, acuden a las bibliotecas en grupos, debaten en los pasillos acerca de temas de comentaron en clase, incluso "acosan" (en el buen sentido de la palabra) a los profesores respecto a alguna duda que les quedó de la clase impartida. Muchos estudiantes encuentran en ese espacio "post clase" una oportunidad para continuar con el aprendizaje.

Es por ello que representa un reto para las universidades diseñar un nuevo sistema híbrido en la educación universitaria de la carrera de derecho.



peru-retail.com

¿Qué repercusiones ocasiona el conflicto Rusia-Ucrania en el Perú y a nivel internacional?

Escribe: **Freddy Alexander CARHUALLA LÓPEZ**

Estudiante de 4to año de Derecho de la UNMSM

Miembro principal del Grupo de Estudios Sociedades - GES



I. Introducción

Al Este encontramos a Rusia, al Oeste encontramos a la Unión Europea y al centro a un país azotado por una guerra que ha dejado una gran cantidad de víctimas. Esa es la situación por la cual se encuentra hoy en día Ucrania. Sin embargo, esta vez daremos a conocer sus efectos económicos.

II. Contexto histórico

En el año 1991, un año después de la desintegración de la URSS, Ucrania adquiere su independencia; sin embargo, su población se encontraba dividida. Una parte era étnicamente rusa y la otra ucraniana. Ese es uno de los motivos por el cual surgen las futuras disputas de hoy en día entre los mismos ucranianos.

En el gobierno de Yanukóvich, la adhesión al tratado de la Unión Europea fue suspendida por la presión que ejercía Rusia al no querer que Ucrania se encuentre bajo la influencia de la Unión Europea.

Es por este conflicto interno que surgen sectores separatistas que buscan independizarse de Ucrania lo cual Rusia apoya y hoy en día es uno de sus motivos para su actuar mencionando que la independencia de Ucrania es un accidente histórico y su estado lógico es que forme parte de su territorio.

III. Repercusiones a nivel internacional

3.1. Bolsa de valores

Uno de los afectados fue la bolsa de valores a nivel internacional; sin embargo, su recuperación

fue dándose a inicios del presente mes de marzo. En Nueva York, los índices Dow Jones y Standard & Poor's 500 de Wall Street subieron debido al discurso del presidente de la Reserva Federal, Jerome Powell, y el anuncio de nuevos diálogos entre Rusia y Ucrania señalando así Powell que propondrá un aumento de las tasas de referencia de un cuarto de punto porcentual.

El conflicto afectó definitivamente al precio del barril de petróleo, del que Rusia es el segundo productor mundial. Es así que, a finales de febrero, el barril de Brent se encareció un 3,5% colocándose así por los 100 dólares. El West Texas Intermediate ha aumentado un 4,6% hasta algo más de 96 dólares, el mayor nivel desde agosto de 2014.

3.2. Materias primas

Con relación a las materias primas, estas continuaron con el alza en medio de una incertidumbre por el abastecimiento mundial, ello debido a que Rusia y Ucrania figuran entre los mayores productores mundiales de fertilizantes y metales como níquel, titanio y paladio. Tal es el caso del barril de petróleo como el Brent del mar del Norte quien dio un salto de 7,58% ascendiendo así a 112 dólares con 93 centavos, el barril de West Texas intermediate obtuvo una alza de 6,95% dando un valor de 110.6 dólares.

Por último se destaca que situaciones similares se observaron en los precios del gas natural, aluminio, níquel y metales en general que dependen en gran medida de las exportaciones rusas.

IV. Repercusiones a nivel nacional

El Perú no escapa de los efectos del conflicto Rusia-Ucrania. Es así que presenciamos la decaída en la bolsa de valores y en el aumento del precio de los minerales.

4.1. Bolsa de Valores de Lima

El lunes 7 de marzo la Bolsa de Valores de Lima (BVL) finalizó con todos sus índices en terreno negativo. Sin embargo, en el miércoles 16 de marzo, el índice SP/BVL Peru General terminó con 24,581.75 puntos lo cual significa un avance de 16.44 % en soles y una variación de 24.91% en dólares. En el caso del índice SP/BVL Peru Selectivo, concluyó el mismo día con 640.20 puntos que representa un avance de 13.60% en soles y una variación de 21.87% en dólares.

4.2. Materias primas

En cuanto al cobre, su precio se situó el 16 de marzo en 4.49 dólares la libra evidenciando así un avance de 3.11% en lo que va del año, el oro se cotizó en 1,929.30 dólares la onza (4.56%), la plata en 25.12 dólares la onza (7.92%), y el zinc en 3,781 dólares la tonelada métrica (6.04%) en los mercados internacionales.

4.3. A nivel empresarial

Fernando Portilla, gerente comercial de Manuchar Peru, nos menciona que, debido al conflicto entre Rusia y Ucrania, muchas empresas se encontraron obligadas a replantear sus estrategias logísticas y comerciales, principalmente en la búsqueda del reemplazo del productos provenientes de Rusia.

En cuanto al último punto, los embarques que provenían de Rusia y Ucrania fueron postergados o cancelados, ello originó una gran incertidumbre en las salidas de los buques generando así un incremento del flete marítimo. Esto tuvo como consecuencia que las pequeñas y medianas empresas sean las más perjudicadas.

V. Referencias

Barría, Cecilia. 2022. «Rusia y Ucrania: qué efectos puede tener la invasión rusa en las economías de América Latina». BBCNEWS, 15 de marzo. Acceso el 18 de marzo de 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-60741690>

De la Vega, Miguel. 2022. «BVL avanza más de 16% en lo que va del año por mayores precios de metales». Andina, 16 de marzo. Acceso el 18 de marzo de 2022. <https://andina.pe/agencia/noticias-metales-885068.aspx>

Mizokami, Kyle. 2022. «¿Por qué Rusia ha declarado la guerra a Ucrania?». Gestión, 16 de marzo. Acceso el 18 de marzo del 2022. <https://www.esquire.com/es/tecnologia/a38474372/por-que-rusia-invadir-ucrania-guerra/>

Redacción Gestión. 2022. «Bolsas se recuperan y materias primas se disparan por la guerra en Ucrania». Gestión, 3 de marzo. Acceso el 15 de marzo de 2022. <https://gestion.pe/videos/mundo/bolsas-se-recuperan-y-materias-primas-se-disparan-por-la-guerra-en-ucrania-nnav-video-agafp-noticia/?ref=gesr>

Redacción Gestión. 2022. «¿Cómo la guerra entre Rusia y Ucrania afecta a las empresas que operan en Perú?». Gestión, 19 de marzo. Acceso el 19 de marzo de 2022. <https://gestion.pe/economia/como-la-guerra-entre-rusia-y-ucrania-afecta-a-las-empresas-que-operan-en-peru-noticia/?ref=gesr>

Robichon, Franck. 2022. «El ataque de Rusia a Ucra-

nia hunde las Bolsas asiáticas y dispara el precio del petróleo». El País, 24 de febrero. Acceso el 3 de marzo del 2022. <https://elpais.com/economia/2022-02-24/el-ataque-de-rusia-a-ucrania-hunde-las-bolsas-asiaticas-y-dispara-el-precio-del-petroleo.html>

**ANTEPROYECTO
DE LA LEY
GENERAL DE
SOCIEDADES**

Análisis de las principales propuestas de modificación a la Ley General de Sociedades



Lunes 4 de abril
Víctor Toro Llanos
Hernando Montoya Alberti
María Elena Guerra Cerrón

Miércoles 6 de abril
Oswaldo Hundskopf Exebio
Alix Godos García
Sergio García Long

Viernes 8 de abril
César Ramos Padilla
Max Salazar Gallegos
Joe Navarrete Pérez

CoMercial II
E
G



Certificación gratuita

Ingreso libre

Colaborador:

InSociedades

Instituto Sociedades



Shutterstock para EF

La tasa de la incertidumbre, el adiós a la LIBOR y breves reflexiones sobre los contratos swaps

Escribe: Daniel Wignard CÁCERES MONTAÑO

Estudiante de 5to año de Derecho de la UNMSM
Miembro principal de Grupo de Estudios Sociedades- GES



I. Introducción

“Sírvete de lo aparente como indicio de lo inaparente” frase atribuida a Solón de Atenas. Esta locución resume el escándalo suscitado sobre la manipulación a la tasa interbancaria LIBOR iniciado allá por el año 2003. A raíz de la crisis subprime del 2008, los mercados financieros estadounidenses se vieron afectados. Naturalmente, esas afectaciones replicaron y repercutieron en mercados de otros países a través de la subida de las tasas; sin embargo, eso no sucedió en el mercado londinense lo que hizo pensar en un mercado con buen respaldo. Posteriormente, se hizo entrever que las tasas fueron alteradas para demostrar un mayor respaldo financiero, es así que los bancos manipulaban las tasas (a favor o en contra) a fin de satisfacer mayores beneficios económicos, a partir de este suceso conllevó a varios cuestionamientos sobre la elaboración de la tasa LIBOR. Como consecuencia, los mercados y

en específico los actores financieros se encontraron circunscritos en un lúgubre e incertidumbre panorama ante los pronunciamientos de la Financial Conduct Authority (FCA) en la no continuidad de la LIBOR en las transacciones comerciales posteriores al 31 de diciembre del 2021.

La tasa LIBOR es aquella tasa que constituye los préstamos interbancarios, asimismo, es el costo del dinero en el tiempo. Así como las empresas desean invertir (v.gr. para la generación de activos, apertura de nuevos segmentos de operación o expansión de negocios), solicitan préstamos a los bancos para cumplir dichos objetivos. A su vez, estos préstamos están enmarcados con una tasa de rendimiento que es la tasa de interés que se debe pagar. De igual manera, sucede en los préstamos entre los bancos que

necesitan, en términos financieros, fondearse para mantener una solidez financiera que permita continuar realizar operaciones comerciales con sus clientes; por esta razón, la tasa LIBOR es de vital importancia ya que constituye como aquel precio de referencia en el crédito interbancario.

Esta incertidumbre sobre la no continuidad de la LIBOR tiene incidencia en diferentes productos financieros como las tasas hipotecarias, préstamos de consumo, leasing, tarjetas de crédito y sobre todo en los contratos swaps, ya que la tasa LIBOR es un elemento constitutivo e indispensable en este tipo de contratos. El mercado peruano no es ajeno a dichas transacciones porque varias empresas realizan estas operaciones tanto con bancos locales como internacionales. La continuidad de la LIBOR estará vigente hasta diciembre del 2021 y un grupo menor de transacciones; hasta el 2023.

II. Conceptos generales sobre la tasa LIBOR

The London Interbank Offered Rate o más conocida con el acrónimo de la tasa LIBOR se puede definir como aquel precio establecido que deben pagar los bancos para pedir un préstamo a las demás entidades financieras en el llamado crédito interbancario. El Banco de la República de Colombia lo define como una tasa de interés determinada por las tasas que los bancos, que participan en el mercado de Londres, se ofrecen entre ellos para depósitos a corto plazo. La LIBOR se utiliza para determinar el precio de instrumentos financieros como por ejemplo los derivados. La LIBOR ha sido relevante para el cálculo de los swaps y otros productos financieros complejos (1).

La metodología de la LIBOR está diseñada en la confección de una tasa promedio que es representativa a las tasas en que los grandes bancos con acceso al mercado de financiamiento no garantizado podían financiarse; para tal fin, la LIBOR utiliza datos de entrada proporcionados por los bancos del panel LIBOR (2).

María Olga Rivera, asociada del estudio jurídico Barros & Errazuriz, explica que el cálculo de la tasa LIBOR responde a una simple pregunta que los miembros del panel de bancos se formulan diariamente (3):

¿A qué tasa podrías endeudarte si lo hicieras mediante la aceptación de ofertas de otros bancos, en un mercado de un tamaño razonable antes de las 11:00

a.m. de Londres?

Para responder esta pregunta, los bancos deben tener en cuenta la capacidad crediticia de sus prestatarios lo que implica un otorgamiento de una tasa alta en caso haya riesgos, y una tasa baja si cuenta con buen respaldo. Para tal fin, cada banco del panel LIBOR elabora una tasa LIBOR por cada divisa y tenor (tiempo) diferente.

Es menester mencionar que la tasa LIBOR se calcula actualmente para cinco divisas (dólar estadounidense, franco suizo, libra esterlina, euro y el yen japonés), y para siete tiempos por cada divisa (overnight/spot next, one week, one month, two months, three months, six months, 12 months).

III. El ocaso de la LIBOR

El declive de la LIBOR inicia con una investigación en el año 2012 donde se reveló que diversos bancos entre ellas: Deutsche Bank, Barclays, UBS, Rabobank y el Royal Bank of Scotland manipularon esta tasa de interés con fines lucrativos desde el 2003. Los diferentes reguladores financieros de Estados Unidos y del Reino Unido han multado a estos bancos por casi 9 mil millones de dólares (4).

Respecto a Barclays representado por su CEO Robert Diamond fueron los primeros en alterar la tasa libor para que sus operadores pudieran obtener ganancias con derivados. Según Sebastián Mallaby (5), se puede destacar dos aprendizajes respecto al caso Barclays:

1) Conflictos de intereses dentro de los bancos: Los informes distorsionados de Barclays sobre las tasas de endeudamiento demuestran el fracaso del sistema para prevenir el daño de los conflictos de intereses entre los bancos y sus operadores.

2) El papel de los reguladores: La colusión entre el Banco de Inglaterra y Barclays indica un desafío crítico en la gobernanza de los mercados financieros. Los reguladores se ven obligados a desacatar las reglas para proteger a los bancos, con la finalidad de no hacer un daño incalculable a la economía.

Ante este acontecimiento suscitado, en el año 2017, el gobierno londinense facultó a la Financial Conduct Authority- FCA (autoridad reguladora de conductas financieras en el mercado financiero del Reino Unido) para iniciar investigaciones contra los

responsables. Posteriormente a las investigaciones respectivas, la UK Financial Conduct Authority (6) manifestó públicamente la liquidación progresiva de la LIBOR como también la indicación imperativa a las empresas a tomar las medidas respectivas para la transición a tasas alternativas. Asimismo, la FCA ha confirmado que todas las configuraciones de la LIBOR dejarán de ser proporcionados por los respectivos administradores y ya no serán representativas. Por lo cual la FCA ha establecido estas fechas inamovibles (7):

- 1) Inmediatamente después del 31 de diciembre de 2021, en el caso de todos los ajustes en libras esterlinas, euros, francos suizos y yenes japoneses, y los ajustes en dólares estadounidenses a 1 semana y 2 meses; y
- 2) Inmediatamente después del 30 de junio de 2023, en el caso de la configuración restante en dólares estadounidenses.

Hasta aquí, hemos visto que la tasa LIBOR es una construcción subjetiva por parte de los bancos donde impusieron sus beneficios lucrativos sobre el resto del mercado. La subjetividad que hacemos referencia se ve materializada en la construcción del panel LIBOR en base a transacciones no reales; es decir, no había un respaldo empírico que justificaba la cuantificación de la tasa promedio; por ello podemos concluir que la tasa LIBOR era una tasa irreal que ha sido utilizada arbitrariamente.

Asimismo, debemos afirmar que la confianza es la base estructural del funcionamiento en los mercados financieros. Una vez que la confianza se pierda a través de acontecimientos fraudulentos como lo mencionado líneas superiores, los agentes financieros se ven envueltos de cierta incertidumbre ya que muchos de ellos tienen trazados operaciones de corto, mediano y sobre todo largo plazo. Es por ello, para recuperar la seguridad en los mercados, la FCA comunicó a todos los participantes del mercado tomar medidas para eliminar la dependencia de la LIBOR y realizar la transacción a otras tasas.

La FCA no indica qué tasa se debe utilizar ya que no es su competencia brindar dicha solución, deja a la libertad a los actores del mercado elegir correctamente y tomando como experiencia de aprendizaje a la tasa LIBOR.

IV. Mecanismos de salida

Si bien es cierto que la tasa LIBOR dejará de ser

tomada en cuenta por los acontecimientos fraudulentos en su mayoría a finales del 2021 y el resto en el 2023. ¿Cuál sería la tasa de reemplazo?

Para responder la pregunta, Diego Peralta (8), socio de Carey, indica que la tasa de reemplazo sería la Risk free Rate (tasa libre de riesgo) la cual puede ser utilizada como tasa de referencia para operaciones de dinero y derivados ya que dicha tasa emana de transacciones reales en mercados activos, constituye una fiel representación de las tasas de interés del mercado, y a su vez, la tasa RFR está sujeto a mecanismo de supervisión y control evitando su manipulación. Un ejemplo de la RFR es la tasa SOFR (Secured Overnight Financing Rate) (9) cuyo administrador es el banco de la reserva federal de Nueva York. Esta tasa SOFR aplicaría solo para operaciones financieras en dólares estadounidenses.

Según el estudio de PWC (10), menciona la existencia de otras tasas alternativas que pueden ser de reemplazo:

JURISDICCIÓN	ASA ALTERNATIVA	REGULADOR	GARANTIA
Estados Unidos	SOFR	Banco de Reserva Federal de Nueva York	Con garantía
Gran Bretaña	SONIA	Banco de Inglaterra	Sin garantía
Unión Europea	ESTER	Banco central europeo	Sin garantía
Suiza	SARON	Banco Nacional de Suiza	Con garantía
Japón	TONAR	Banco de Japón	Sin garantía

Por otro lado, la Alternative Reference Rates Committee (ARRC) (11) recomienda la tasa de SOFR como una tasa alternativa para la transición (12). Dicha tasa reflejaría el costo real del préstamo interbancario pues está garantizado con instrumentos de deuda emitidos por el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos. Asimismo, la ARRC ha recomendado adicionar a la tasa SOFR, un margen de ajuste.

Lo visto hasta ahora se puede inferir que estas operaciones aplicarán solo para los préstamos entre bancos. Sin embargo, estas transacciones también afectan en última instancia al usuario de un préstamo, al arrendatario de un leasing financiero o cualquier persona que haya contraído una obligación en moneda extranjera. Incluso a los usuarios que hayan participado en un contrato swap debido a que la tasa LIBOR es usado en la tasa variable.

Lo mencionado anteriormente es razonable, tomemos como ejemplo un préstamo que realiza un banco internacional a favor de un banco local, y

para ello se estipula el pago de los intereses en base a una tasa libor. Desde la perspectiva del banco local, este cuenta con sus clientes que vienen transando diferentes operaciones financieras como leasing, crédito hipotecario, bonos, préstamos, etc. Si la tasa interbancaria aumenta, lo cual implicaría un costo adicional para el banco local prestatario como resultado, naturalmente, este costo sería trasladado al usuario final.

V. Apuntes financieros sobre los contratos swaps

En términos financieros, el swap es un tipo de derivado financiero (13) que tiene como finalidad mitigar riesgos inherentes del mercado; por lo tanto, sirve de cobertura para no afectar el resultado económico de las empresas. Un ejemplo clásico es cuando una empresa importadora se ve afectada por el incremento del tipo de cambio ya que una subida de la divisa del dólar implicaría usar mayor cantidad de soles para cumplir con la obligación. De igual forma, una empresa exportadora se vería afectada si el tipo de cambio disminuye porque obtendría menos soles por cada dólar. Por ello, los swaps de intercambio de divisas sería uno de los tantos derivados financieros para afrontar este fenómeno macroeconómico. Los swaps también aplican para las tasas de interés sobre todo en el intercambio de tasa fija por tasa variable y/o viceversa.

La clasificación tradicional de los swaps o contratos swaps se clasifican en tres tipos:

- 1) Swaps de intercambio de divisas.
- 2) Swaps de incumplimiento crediticio.
- 3) Swaps de tasas de intereses.

Para efectos del presente artículo, nos enfocaremos a los swaps de las tasas de intereses. Esto se debe ya que en estos swaps son calculados en base a la tasa LIBOR, y como ya hemos definido previamente, la tasa LIBOR es una tasa variable debido a que su cálculo es diario.

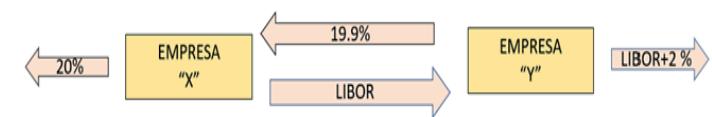
En una operación de swaps pueden intervenir los bancos actuando como un agente intermediario; y en otros casos, solo dos partes (dos empresas) sin intermediarios como en la casuística que daremos a plantear a continuación:

Casuística:

Imaginemos que las siguientes empresas "X" y "Y" enfrentan los siguientes tipos de interés en el mercado de tipo variable y fijo.

	Tasa Fijo	Tasa Variable
Empresa X	20.00%	Libor a 12 meses + 0.60 %
Empresa Y	22.40%	Libor a 12 meses + 2%

Sin embargo, la empresa "X" necesita un préstamo de tipo variable y la empresa "Y" necesita un préstamo a tipo fijo. Ambas empresas realizan un acuerdo swap. La empresa "X" pide a un prestamista externo a una tasa del 20%; mientras la empresa "Y" pide a una tasa del LIBOR +2%. La empresa "X" se compromete a pagar un LIBOR a la empresa "Y", y esta debe pagar un 19.9% a la empresa "X". Se grafica a continuación:



Fuente: Elaboración propia. Gráfico N°1: Swaps de tipo de intereses

De la casuística planteada se deduce lo siguiente:

1) Para la empresa "X":

- Realiza un pago del 20% al prestamista externo.
- Recibe de la empresa "Y" un 19.9%.
- Realiza un pago de tasa LIBOR a la empresa "Y".

Por lo tanto, La empresa "X" realiza un pago de LIBOR+ 0.1% anual (20%-19.9%).

2) Para la empresa "Y":

- Realiza un pago de LIBOR+ 2% a un prestamista externo.
- Recibe de la empresa "X" una tasa LIBOR.
- Realiza un pago a la empresa "X" un 19.9%.

Por lo tanto, la empresa "Y" realiza un pago de LIBOR + 21.9% anual (19.9%+ 2%).

Entonces, ambas empresas mejoran su posición en un 0.5%. Por la empresa "Y" se obtiene de la resta de la tasa fija de 22.4% y el desembolso de 21.9%; por la empresa "X" se obtiene de la sustracción de la tasa variable libor+ 0.60% y del desembolso de la LIBOR+ 0.1%. Lo que implica que el beneficio neto del swap es de 1%, este beneficio se obtiene de la siguiente formulación: tasa fija (22.4%-20%)- tasa variable (LIBOR 2%- LIBOR 0.60%).

Podemos concluir que el uso del swap usando la tasa LIBOR es conveniente siempre y cuando la

liquidación neta de las tasas no tenga efectos negativos que impacten el resultado de la empresa. Hay que mencionar que el uso de las transacciones con swap ya de por sí son riesgosas porque su valor se encuentra supeditado a variaciones de la tasa a futuro. Adicionalmente, a este riesgo inherente del mercado, considerar una sustitución o reemplazo por una tasa alternativa en dichas transacciones swap, acrecentaría los posibles riesgos para la contraparte

VI. Comentarios jurídicos respecto a los contratos swaps

Los contratos swaps son aquellos contratos financieros que pueden tranzarse entre bancos como también entre un banco y una empresa-cliente. Para dar una definición más robusta sobre el contrato swap o simplemente swap tomenos primero de la perspectiva financiera y luego de la posición jurídica.

Para los financieros como Ross, Westerfield y Jaffe (14), los swaps son acuerdos entre dos partes para intercambiar flujos de efectivo con el tiempo. Por su lado, el jurista Bravo Melgar (15) lo define como una modalidad moderna de intercambio financiero de divisas, ídem de sus intereses, contraído por dos empresas internacionales. Asimismo, el objeto esencial de los contratos de swap son los tipos de intereses.

Continuando con el estudio efectuado por Bravo Melgar, el contrato swap reúne las siguientes características:

- a) Es un contrato atípico: no cuenta con una regulación propia en la legislación peruana.
- b) Es un contrato principal: no depende de otro contrato. El contrato swap tiene sus propios fines.
- c) Es un contrato oneroso: es oneroso para ambas partes por lo cual existe un equilibrio entre prestación y contraprestación.
- d) Es un contrato sinalagmático: genera derechos y obligaciones para ambas partes.
- e) Es un contrato mercantil: propio del derecho económico internacional.

Retomando la duda inicial, frente al escenario incierto de una nueva tasa que remplazaría la tasa LIBOR, quedaría preguntarse: ¿Cuál sería la real magnitud que afectaría la sustitución por otra tasa

interbancaria?; y, ¿cuál sería el impacto jurídico en los contratos swaps?

En el caso de la primera interrogante, afirmamos que aún, en el Perú, no hay un efecto cuantitativo. Solo podemos sugerir que tanto las entidades financieras como los usuarios finales deberán analizar la magnitud de sus operaciones por cada moneda extranjera; es decir, si manejan operaciones en dólares estadounidenses, se deberán evaluar el impacto con la tasa alternativa SOFR; si, por el contrario, se tiene transacciones con euros, se deberá realizar el análisis con la tasa ESTER; y así sucesivamente con las demás divisas. Asimismo, exhortamos al BCRP del Perú a realizar un pronunciamiento en el análisis referido a la tasa alternativa y prever los posibles impactos.

Respecto a la segunda interrogante, las operaciones swaps que se realizan en nuestro territorio, se encuentran enmarcados bajo el régimen privado, y, por lo tanto, es de aplicación el principio de la autonomía privada; es decir, las partes pueden establecer, definir o redefinir las cláusulas convenientes. Lo más seguro es que si cualquier variación en el monto de la tasa variable, se deberá reajustar el cronograma para reflejar el saldo final; por lo tanto, deberán plasmar dichos cambios en cláusulas en dichos contratos. Somos de la idea que estas cláusulas no constituirían cláusulas abusivas debido a que no causarían perjuicio importante y desequilibrio en los derechos y obligaciones que derivan del acuerdo inicial.

VII. Conclusiones

7.1. La tasa LIBOR es una tasa hipotética e irreal, además no contaba con garantías, ni tenía respaldo gubernamental. La manipulación por ganancias y la manipulación por razones reputacionales fueron las principales razones que motivaron que los bancos alteraran la tasa LIBOR desde hace años atrás, y se hizo notorio en la época de la crisis subprime del 2008.

7.2. La transición no solo será exclusivamente para las entidades financieras sino también para personas jurídicas o naturales que hayan contraído obligaciones indexadas por LIBOR; es decir, las personas que se encuentran enmarcadas en operaciones financieras como leasing, crédito de hipotecas, bonos corporativos, contratos swaps con entidades financieras, también deberán tener cierta consideración en la nueva tasa de referencia inter-

bancaria.

7.3. Los contratos swaps de tasas en intereses es un ejemplo claro sobre la aplicación de la tasa LIBOR, ya que, en dichas transacciones financieras, la tasa LIBOR al ser una tasa variable es usada para el cálculo de los flujos de intercambio. He aquí, la importancia que deben tomar los futuros contratantes de este producto financiero debido a que, en esencia, los swaps de por sí son muy riesgosos, ello aunado a una tasa de reemplazo podría incrementar las posibilidades de pérdidas económicas.

7.4. El reemplazo de una nueva tasa de referencia en las transacciones de swaps y demás contratos financieros no tendrán impacto relevante en las relaciones contractuales entre bancos y clientes. En nuestra opinión, el cambio de la tasa LIBOR por una tasa aún no definida en nuestro país solo tendrá incidencia en un reajuste en el cálculo de las tasas de interés que será plasmado en un ligero incremento en las cuotas pendiente de pago o extensión de las cuotas, mas no constituirá un perjuicio para el usuario o contraparte del contrato swap.

VIII. Notas

(1) Definición de la tasa LIBOR tomada del Banco de la República de Colombia- Somos el banco central de Colombia. Extraída desde el siguiente link: <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/libor>

(2) Los bancos del panel LIBOR son aquellos bancos que se prestaban entre sí. En cada panel se establecía entre 8 a 16 bancos por cada divisa. Estos bancos son considerados claves en esa divisa en el mercado de Londres.

(3) Conferencia sobre el fin de la tasa LIBOR: Desafíos para la transición en el mercado local. Extraído desde: <https://www.youtube.com/watch?v=YTXOqF1BL8U>

(4) Council on foreign relations. Understanding the libor scandal, James McBride. Extraído desde: <https://www.cfr.org/backgrounder/understanding-libor-scandal>

(5) Council on foreign relations. The Libor Scandal: Three Things to Know (Video). Sebastian Mallaby. Extraído desde: <https://www.cfr.org/video/libor-scandal-three-things-know>

(6) La UK Financial Conduct Authority es un ente regulador de conductas financieras en el mercado del Reino Unido. Extraído desde: <https://www.fca.org.uk/news-press-releases/announcements-end-libor>

(7) Cronograma sobre la desaparición del uso de la

LIBOR. Extraída desde la página: <https://www.fca.org.uk/markets/libor-transition>

(8) Conferencia sobre el fin de la tasa LIBOR: Desafíos para la transición en el mercado local. Extraído desde: <https://www.youtube.com/watch?v=YTXOqF1BL8U>

(9) La tasa SOFR es una tasa garantizada interdiaria en operaciones financieras. Dicha tasa para cualquier día hábil se determina al día hábil siguiente, basándose en los intereses pagados el día anterior en operaciones de repos celebrados sobre instrumentos de deuda emitidos por el Departamento del Tesoro Público de los Estados Unidos. He aquí la diferencia con la tasa LIBOR, ya que la constitución de la tasa SOFR está respaldado o garantizado por la entidad gubernamental; mientras, la LIBOR es constituido al libre albedrío de los bancos del Panel británico por ello se prestó para la manipulación subjetiva de los bancos administradores.

(10) La reforma de la LIBOR y su impacto contable en los instrumentos financieros. Extraído desde: <https://desafios.pwc.pe/la-reforma-de-la-libor-y-su-impacto-contable-en-los-instrumentos-financieros/>

(11) La Alternative Reference Rates Committee (ARRC) es un comité conformado por la Junta de Reserva Federal y la FED de Nueva York con la finalidad de apoyar a la transición exitosa de la LIBOR respecto a la divisa del dólar estadounidense. La ARRC está compuesto por entidades del sector privado, sector público, incluidos los reguladores del sector bancario y financiero.

(12) Buckley. Infobytes Blog. ARRC recommends SOFR fallbacks for one-week, two-month LIBOR contracts. Extraído desde: <https://buckleyfirm.com/blog/2021-12-10/arrc-recommends-sofr-fallbacks-one-week-two-month-libor-contracts>

(13) El derivado financiero es un producto financiero o activo híbrido cuyo valor depende del valor de otro activo. La esencia de este derivado financiero es mitigar los riesgos inherentes del mercado por la subida o caída abrupta. Ese otro activo es el activo subyacente puede ser una divisa, una tasa de interés, commodities, incluso una acción. En el caso swap, tiene como activo subyacente a la tasa de interés que puede variar de acuerdo si es la tasa LIBOR.

(14) Stephen A. Ross, Randolph W. Westerfield, Jeffrey F.Jaffe. Finanzas corporativas. 9 ed. Editorial Mc Graw Hill.

(15) Sidney Alex Bravo Melgar. Contratos modernos. Contratos atípicos e innominados. Editorial San Marcos.



La existencia de patrimonios y créditos excluidos del procedimiento concursal

Escribe: Kenny Roger MECHAN HUAPAYA

Bachiller de Derecho de la UNMSM

Miembro honorario del Grupo de Estudios Sociedades – GES



I. Introducción

La empresa AGRIN S.A.C. debido a sus pocos ingresos no ha podido cumplir con sus obligaciones (sus trabajadores, proveedores y entidades financieras). Por ello, sus acreedores han iniciado el procedimiento concursal tratando de ejecutar de manera colectiva todo el patrimonio del insolvente. Al tener este inconveniente el deudor se realiza los siguientes cuestionamientos ¿Existirá algún patrimonio que los acreedores no puedan ejecutar o créditos que no ingresen al concurso? ¿Los fundamentos para excluir patrimonios y créditos del deudor son los mismos?

El derecho concursal peruano ha evolucionado conforme el Estado ha ido desarrollando políticas económicas para enfrentar el problema de la crisis empresarial con mayor eficacia. Sin embargo, hasta la dación de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante Ley

concursal), el legislador peruano no había considerado necesario establecer principios sobre los cuales se erigiera el sistema concursal.

De ese modo, en este artículo describiremos el principio de universalidad regulado en el Título Preliminar de la Ley concursal, abordaremos un tipo de clasificación de los créditos en el procedimiento concursal y trataremos los fundamentos de exclusión del procedimiento concursal de algunos patrimonios del deudor y exclusión de créditos.

II. El procedimiento concursal y el papel de los acreedores

El concurso puede entenderse como un procedimiento de realización o ejecución colectiva de los derechos de crédito; ya que sustituye las acciones individuales de los acreedores, que

tratarán de canibalizar el patrimonio del insolvente de manera individual, por un procedimiento colectivo para tratar de satisfacerlos en la medida de lo posible.

La función de la Ley concursal es disminuir o mitigar los costos de transacción; es decir, teniendo conocimiento de una colectividad de acreedores disconformes con su crédito frente a un solo deudor, en donde ocurre que la incertidumbre de la intangibilidad del patrimonio del deudor en crisis genera altos costos de transacción. Para ello la Ley concursal ha establecido qué derecho le asiste a cada acreedor y proporcionar claridad de alternativas que pudiera tener el acuerdo en tal reunión mediante el acceso a la información relevante (Sánchez, 2000).

En ese mismo orden de ideas, la Ley concursal establece pautas para llevar a cabo una mejor satisfacción de sus créditos, de manera adecuada, ya sea mediante la reestructuración patrimonial o la disolución y liquidación; logrando el acuerdo colectivo sin generar costos que empeoren la situación. Sin la disciplina del Derecho Concursal y de los otros institutos conexos, es manifiesto que el ordenamiento jurídico (derecho mercantil o derecho de la empresa) sufriría una grave laguna (Satta, 1951).

Una característica relevante de nuestro sistema concursal, propia de los modelos privados es la actuación que tiene el acreedor, puesto que asume un rol principal en el procedimiento, ya que se asume que son los acreedores los verdaderos interesados en velar por el desarrollo y obtener los resultados más beneficiosos en el procedimiento (Álvarez, 2005). En ese sentido, los acreedores cuentan con la potestad de decidir, el modo más acorde de llegar a cobrarle y satisfacer de manera colectiva los créditos adeudados por la empresa en concurso.

Esta postura adjudica el deber al Estado de poner a disposición de los ciudadanos un sistema de ejecución que efectivamente logre la satisfacción del crédito y garantice la seguridad del tráfico; sin embargo, debemos detallar que la intervención estatal es mínima, pues la facultad de decisión se les otorga a los acreedores (Schwartzmann, 1994).

Ahora bien, la Ley concursal incorporó un título preliminar y en su artículo I indica que el objetivo del derecho concursal está referido a la protección del crédito. De ese modo, el fin es recuperar el crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promueven la asignación eficiente

de recursos y conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

Debemos aclarar que el sistema concursal su fin no es proteger empresas, salvar puestos de trabajo, ni paliar la crisis económica, pero, a través de la protección del crédito, se genera un sistema efectivo de cobro, lo que hace que el costo del crédito sea menor. Llegar al bienestar social significa tener conscientes a los acreedores del patrimonio escaso que se tiene frente a las demandas de créditos existentes. Por ello, corresponde a los acreedores analizar la viabilidad o no de la deudora (Pinkas, 2009).

De ese modo, en la Ley concursal se plasman principios, para nuestro artículo solo nos enfocaremos en el principio de universalidad y en su excepción.

2.1. Ejecución universal. La doctrina tradicional suele distinguir entre ejecución singular y ejecución universal. Esta última es la que recae sobre todo su patrimonio en los casos de insuficiencia del mismo para satisfacer las múltiples deudas que pesan sobre este (Flors, 2012). Lo expresado, presupone un desapoderamiento de aquellos bienes del deudor, el presupuesto objetivo se sujeta a que el deudor, no debe disponer de su patrimonio, una vez que se encuentre inmerso en un determinado procedimiento concursal.

Además, el principio no solo satisface el interés individual de los sujetos de la relación jurídica, sino también el interés de la comunidad en general. Es decir, el Estado, mediante su actividad, restablece en la medida de lo posible el equilibrio económico-jurídico alterado por la situación de quebranto del deudor común.

En principio la regla general en los procedimientos concursales es producir sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor. No obstante, existen excepciones establecidas por ley.

III. Patrimonios no comprendidos en el concurso

La Ley concursal en su artículo VI del Título Preliminar nos indica que los acreedores cuentan con todo el patrimonio del deudor insolvente para ejercer las acciones que crean convenientes. No obstante, existe una excepción, los bienes excluidos por ley calificados como inembargables.

En ese sentido, es importante revisar el concepto de patrimonio con la finalidad de entender el carácter de inembargable de algunos bienes en

todo el ordenamiento jurídico (incluido la excepción al principio de universalidad).

3.1. Breve noción del patrimonio

Según Ihering, los derechos subjetivos de una persona, intereses jurídicamente protegidos, son de tres categorías: los personalísimos, los de familia y los derechos reales y crediticios.

Estos últimos, tienen un valor económico, constituyen el patrimonio de una persona. En cambio, los derechos de familia y los personalísimos, son derechos extrapatrimoniales.

En tal sentido, el patrimonio está compuesto por el conjunto de bienes de una persona y de las cargas que lo gravan. La palabra "bienes" está tomada con un alcance limitado, pues se refiere al resultado luego de deducir las cargas.

Luego de la breve noción de patrimonio, observamos en el procedimiento concursal un desapoderamiento de aquellos bienes del deudor, permitidos por norma expresa. El presupuesto objetivo se sujeta a que el deudor, no debe disponer de su patrimonio, una vez, inmerso en el procedimiento concursal y debe someterse a las decisiones que adopten sus acreedores en las reuniones o asambleas.

El numeral 14.1 del artículo de la Ley concursal, recoge el principio de universalidad, referido a comprender en la masa concursal, la totalidad del patrimonio del deudor, el cual se sujetará a lo establecido para todos los procedimientos concursales, a excepción de aquellos bienes considerados por ley, como inembargables.

3.2 La razón de ser del carácter inembargable de algunos bienes

Al señalarse bienes del patrimonio del deudor no pasibles de embargo se remarca una excepción al principio de responsabilidad patrimonial, toda vez que según este principio los deudores responden con su patrimonio ante el incumplimiento de sus créditos.

Para Montero (2004) los bienes y derechos carentes de las cualidades esenciales que permitan su enajenación forzosa para obtener dinero con qué satisfacer el crédito del ejecutante son absolutamente inembargables. Si un bien es inalienable por disposición legal entonces no es factible de enajenación y, por tanto, no tendría razón de ser

que sea posible de embargo porque al finalizar el proceso no podrá ser vendido forzadamente, y en consecuencia no cumplirá la finalidad del embargo.

El legislador también ha considerado el criterio de subsistencia y dignidad de la persona para lo cual se toma como punto de partida que no proceden los embargos contra los bienes que puedan afectar el normal desarrollo de la persona dentro de una sociedad. Ejemplo de estos bienes inembargables los encontramos en los incisos 3, 6 y 7 del artículo 648 del Código Procesal Civil, toda vez que las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia importan para el desarrollo de la persona dentro de la sociedad.

Ademas, existe un criterio moral y ético que el legislador ha tomado en consideración para señalar ciertos bienes como inembargables, dentro de los cuales están los bienes señalados en los incisos 8 y 9 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, entendemos que también el legislador ha considerado como criterio para declarar como inembargables, el valor afectivo que se puede tener a estos, lo que en nuestra opinión no es un criterio objetivo y razonable para establecer que un bien es inembargable ya que por ejemplo las insignias con decorativas tienen un valor sentimental para la persona condecorada pero evidentemente pueden ser objeto de enajenación y, por tanto, deberían poder ser embargadas, en cuanto a los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, consideramos que son bienes muebles del Estado y de uso público por tanto no pueden ser embargadas.

Como último criterio utilizado por el legislador para declarar inembargable un bien, tenemos al de utilidad, por ello que son inembargables los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado, por tanto, el requisito de la indispensabilidad de los bienes para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del

obligado se acentúa, si una persona tiene un vehículo que usa de transporte para su traslado diario, el mismo si puede ser embargado porque no es indispensable para su profesión u oficio, en sentido contrario, si el vehículo fuera su herramienta de trabajo no procedería el embargo (Percy Howell Sevilla Agurto, 2016).

En todo procedimiento concursal la preocupación central que embarga a los acreedores se relaciona con las posibilidades reales de cobro de su crédito y, para tal efecto, se interesan en los mecanismos provistos por la legislación concursal para una salvaguarda o protección eficaz del mismo.

IV. Los créditos en el derecho concursal

Como segundo punto a tratar en este artículo es la exclusión de créditos en el procedimiento concursal; sin embargo, esta exclusión será parcial o temporal. Es decir, existe la posibilidad de insertarlos dentro del procedimiento concursal (cuando se decide la disolución y liquidación) o cobrarlos a la fecha de su vencimiento (si se opta por la reestructuración).

4.1. Créditos y acreedores

En el artículo 1 del título primero de la Ley concursal se define que el acreedor es una persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones individuales y otros patrimonios autónomos que sean titulares de un crédito. Asimismo, nos indica que el crédito es el derecho del acreedor a obtener una prestación asumida por el deudor como consecuencia de una relación jurídica obligatoria.

Es menester enunciar que en este glosario se obvian algunos términos o palabras que merecen figurar en dicho conjunto de definiciones. No obstante, existen dos definiciones incorporadas: crédito concursal y el crédito post-concursal.

4.2. Los créditos concursales

Conocidos como créditos estructurales, forman parte de los procedimientos concursales por cuanto se originaron hasta la fecha de la publicación señalada en el artículo 32 de la Ley concursal, esto es, la "fecha de corte" o de difusión del proceso. Conviene precisar que lo que interesa para determinar la "concursalidad" del crédito es el devengo del mismo. En ese sentido, es indistinto para fijar su incorporación al concurso, que a la "fecha de corte" dicho crédito se halle o no vencido.

4.3. Los créditos post concursales

Conocidos como créditos corrientes, estos créditos se devengan con posterioridad a la "fecha de corte", prevista en el artículo 32 de la Ley concursal. Es decir, son aquellos que no se encuentran comprendidos en el procedimiento concursal porque fueron originados después de la fecha de publicación del concurso en el Boletín Concursal del Indecopi.

A estos créditos no se les aplica la suspensión de exigibilidad de obligaciones y marco de protección legal del patrimonial del deudor, efectos fundamentales acaecidos con la apertura del concurso. En ese sentido, los créditos post concursales deben ser asumidos y pagados según lo acordado entre deudor y acreedor en los contratos. De ese modo, los créditos post concursales gozan de total exigibilidad y ejecutabilidad (Águila Ruiz de Somocurcio, 2004).

Además, se restringe la facultad de reconocimiento del Indecopi respecto de este tipo de créditos (exclusión de créditos al concurso), motivo por el cual ante la presentación de pedidos de dicha naturaleza éstos deben ser declarados improcedentes, indubitablemente.

En virtud de ello, el acreedor post concursal puede exigir, cuando corresponda según lo pactado, el cumplimiento de la obligación y, de no ocurrir esto último, puede iniciar las acciones legales pertinentes para su cobro, llegando incluso hasta la ejecución del patrimonio concursal.

La distinción entre créditos concursal y post concursal, radica en el origen de los créditos mas no en el vencimiento, por ejemplo, la obligación se generó una semana antes de la publicación del concurso en el Boletín Concursal y la factura contemplaba un crédito de 60 días después de emitida. Entonces al día de la publicación la deuda no sería exigible si el deudor no se encontrara en concurso, pero en el supuesto de encontrarse se tiene que evaluar el origen de los créditos, por lo que pese a que el vencimiento de los créditos del ejemplo sea posterior al concurso no tendrían la condición de post concursales, sino que, debido a que se originaron antes de la publicación del concurso, tendrían la condición de concursales y por ende se encontrarían dentro del procedimiento concursal (Lizárraga, 2021).

Frente a esta realidad, el deudor no puede antepor su estado concursado para suspender sus pagos o proteger su patrimonio del crédito post concursal, por cuanto los efectos de tal estado no son oponibles a los acreedores post concursales

V. Conclusiones

5.1. Los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo excepciones como los frutos del patrimonio familiar (art. 492 Código Civil), los bienes inembargables (art. 648 Código Procesal Civil) y los créditos post concursales (art. 16 Ley concursal).

5.2. Solo los bienes señalados por ley como inembargables no son pasibles de embargo, por tanto, los bienes inembargables son solo aquellos expresamente señalados por ley (principio de reserva legal).

5.3. A fin de establecer los bienes que tendrán la característica de inembargables, el legislador no los determina de manera arbitraria, sino aplicando criterios razonables y objetivos.

5.4. Es de vital importancia conocer el origen de los créditos y no solo evaluar la fecha de vencimiento, para entender si es un crédito concursal o post concursal y no incurrir en error.

5.5. Podemos afirmar que la Ley concursal otorga al crédito post concursal un súper privilegio imprescindible, dando al inversionista la señal clara que, si presta y apuesta por la reestructuración o refinanciamiento, cualquier incumplimiento en el pago de sus créditos será tratado fuera del concurso.

VI. Referencias

Alvarez San, Josemaría. 2005. El poder de decisión de los acreedores en el concurso. España: Editorial Civitas.

Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo. 2004. "Créditos concursales vs. créditos post-concursales. Apuntes sobre el fuero de atracción y su incidencia en la formación del concurso". *Ius et veritas* 14 (28), 12-28. Acceso el 31 de marzo de 2022. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16043>.

Flors Matíes, José. 2012. Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal, Volumen II (Temas 30 a

56). Editorial Tirant Lo Blanch.

Lizárraga Vera-Portocarrero, Anthony. 2021. Créditos concursales y post concursales en el marco de la Ley General del Sistema Concursal. Acceso el 31 de marzo de 2022. <https://ius360.com/creditos-co-ncursales-y-post-concursales-en-el-marco-de-la-ley-general-del-sistema-concursal-anthony-lizarraga/>

Montero Aroca, Juan. 2004. Tratado de proceso de ejecución civil, vol. 2. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.

Pinkas Flint, Blanck. 2009. Eficiencia y racionalidad en el sistema concursal peruano. *Advocatus*, (021), 301-340. <https://doi.org/10.26439/advocatus2009.n021.3100>

Sánchez Calero, Fernando. 2000. Instituciones de Derecho Mercantil. II. Madrid: McGraw-Hill.

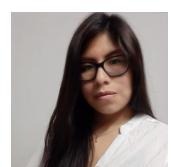
Satta, Salvatore. 1951. Instituciones del Derecho de Quiebra. Buenos Aires: Editora Ediciones Jurídicas.

Sevilla Agurto, Percy. 2016. Código procesal civil comentado por los mejores especialistas Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.

Schwartz Mann, Larco, Víctor Carlos. 1994. La junta de acreedores en el régimen de reestructuración empresarial. *IUS ET VERITAS*, 5(9), 93-98. Acceso el 31 de marzo de 2022. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15450>

Espacio procesal

La “prueba diabólica” en el arbitraje



Escribe: Gianella LEZAMA COAGUILA (*)

La llamada prueba diabólica es una situación que también se presenta en el arbitraje y muchas veces, los árbitros temen aplicar la solución a esta situación, la carga dinámica de la prueba, por temor a la imparcialidad que puede aparentarse al romper con la máxima de “quien alega los hechos es quien debe probarlos”.

La prueba es el elemento esencial de todo proceso, ya sea judicial o arbitral, pues toma un papel sumamente relevante al momento de elaborar el laudo o la sentencia, y es el de crear convicción razonable en el juzgador.

La carga de la prueba constituye una regla de juzgamiento en sede arbitral y judicial y se encuentra recogida en el artículo 196 del Código Procesal Civil. Como sabemos, la carga de la prueba implica que quien afirme los hechos debe probarlos; sin embargo, ¿qué sucede cuando la parte que afirma el hecho no se encuentra en la posición de probarlo?, ¿es razonable exigirle que acredite un hecho del cual solo su contraparte tiene constancia?

Es muy interesante conocer alegaciones en sede arbitral en las que la “prueba

diabólica” es la protagonista, pero ¿Qué es? Se entiende como tal a la situación que se produce cuando quien alega un derecho o una situación se encuentra imposibilitado de poder probarlo, ya que está en la mano de la otra parte acreditar lo señalado por la contraria.

Por ejemplo, considero que el hecho de solicitar el contradocumento a la parte que alega simulación es claramente un caso de prueba diabólica; sin embargo, y como siempre, no debemos quedarnos en el problema, sino que la idea debe ser buscar alternativas de solución para no colocar en una situación de desventaja a ninguna de las partes.

La situación en la que nos coloca la prueba diabólica abre paso a un concepto más interesante aun y es el de la carga dinámica de la prueba, la cual constituye una regla de juicio probatoria vigente en nuestro ordenamiento jurídico que consiste en asignar la carga de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo.

Entonces, si bien parece haber un remedio, no son pocos los juzgadores que se muestran temerosos de invertir la carga probatoria, y más aún en sede arbitral, en donde sabemos que siempre se encuentra latente la amenaza del recurso de anulación que es por demás aprovechado por la parte vencida.

El inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje, regula el “estirado” argumento del derecho de defensa como causal de anulación de laudo y, a decir verdades, el “temor” de cualquier árbitro es que un laudo suyo sea anulado, por ello no es de extrañar que tomen con pinzas cada actuación del procedimiento; sin embargo, actuar con cuidado puede significar no actuar con justicia, me explico: Evitar promover la carga dinámica de la prueba puede significar que aun cuando exista un derecho merecedor de tutela, justamente, por la falta de esa prueba que el árbitro se niega a solicitar a la otra parte, este deje de ser tutelado.

Para concluir, existe un problema y una solución para el mismo. Ser imparciales puede no garantizar ser justos y ser justos, lamentablemente, puede dar la apariencia de que no somos imparciales.

Referencia

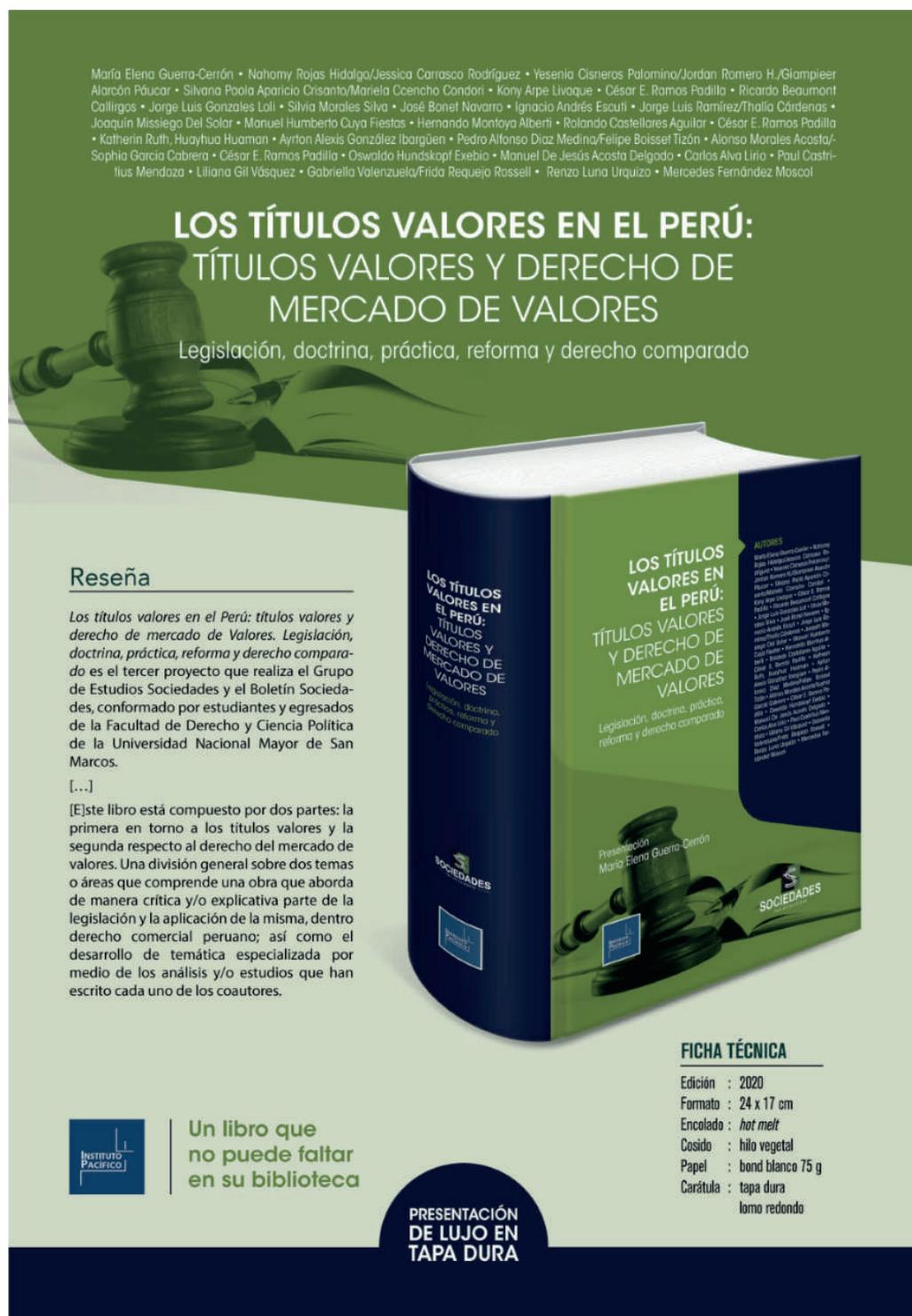
RIVAS, Gino. 2017. La motivación de las decisiones arbitrales. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre. Pp. 310-311.

(*) Estudiante de 6to año de Derecho de la UNMSM. Directora general del Grupo de Estudios Sociedades – GES



Jurídica

Tercer proyecto realizado



María Elena Guerra-Cerrón • Nahomy Rojas Hidalgo/Jessica Carrasco Rodríguez • Yesenia Cisneros Palomino/Jordan Romero H./Giampieper Alarcón Púcar • Silvana Paola Aparicio Crisanto/Mariela Ccencho Condor • Kony Arpe Livaque • César E. Ramos Padilla • Ricardo Beaumont Calligros • Jorge Luis Gonzales Loli • Silvia Morales Silva • José Bonet Navarro • Ignacio Andrés Escutti • Jorge Luis Ramírez/Thalia Cárdenas • Joaquín Missiego Del Solar • Manuel Humberto Cuya Fiestas • Hernando Montoya Alberti • Rolando Castellares Aguilar • César E. Ramos Padilla • Katherin Ruth Huayhu Huaman • Ayrton Alexis González Ibarquén • Pedro Alfonso Díaz Medina/Felipe Boisset Tizón • Alonso Morales Acosta/Sophia García Cabera • César E. Ramos Padilla • Oswaldo Hundskopf Exebio • Manuel De Jesús Acosta Delgado • Carlos Alva Lirio • Paul Castrillo Mendoza • Liliana Gil Vásquez • Gabriella Valenzuela/Frida Requejo Rossell • Renzo Luna Urquiza • Mercedes Fernández Moscol

**LOS TÍTULOS VALORES EN EL PERÚ:
TÍTULOS VALORES Y DERECHO DE
MERCADO DE VALORES**

Legislación, doctrina, práctica, reforma y derecho comparado

Reseña

Los títulos valores en el Perú: títulos valores y derecho de mercado de Valores. Legislación, doctrina, práctica, reforma y derecho comparado es el tercer proyecto que realiza el Grupo de Estudios Sociedades y el Boletín Sociedades, conformado por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[...]

[E]ste libro está compuesto por dos partes: la primera en torno a los títulos valores y la segunda respecto al derecho del mercado de valores. Una división general sobre dos temas o áreas que comprende una obra que aborda de manera crítica y/o explicativa parte de la legislación y la aplicación de la misma, dentro derecho comercial peruano; así como el desarrollo de temática especializada por medio de los análisis y/o estudios que han escrito cada uno de los coautores.

Un libro que no puede faltar en su biblioteca

PRESENTACIÓN DE LUJO EN TAPA DURA

FICHA TÉCNICA

Edición : 2020
Formato : 24 x 17 cm
Encolado : *hot melt*
Cosido : hilo vegetal
Papel : bond blanco 75 g
Carátula : tapa dura
lomo redondo



Teléfono: (+51) (01) 376-5192
e-mail: sociedades.peru@gmail.com
Facebook: "Boletín sociedades"
Blog: www.boletinsociedades.com
Perú - 2022

Docente - asesora:
Dra. María Elena Guerra Cerrón

Editor general:
Manuel de Jesús Acosta Delgado

Equipo Especial:
Nahomy Rojas Hidalgo

Colaborador permanente:
Grupo de Estudios Sociedades

