

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS
A INVERSIONES
-CIADI-**

(CASO CIADI No. ARB/10/17)

**RENÉE ROSE LEVY
(DEMANDANTE)**

vs.

**LA REPÚBLICA DEL PERÚ
(DEMANDADA)**

MEMORIAL DE MÉRITOS

25 de Agosto de 2011

**Estudio Paitán & Abogados
Calle Mártir Olaya No. 129, oficina 1702-1703
Torre “A”, Centro Empresarial José Pardo
Miraflores
Lima 18 – Perú**

TABLA DE CONTENIDOS

GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIATURAS	6
DECLARACION PRELIMINAR	8
PRIMERA PARTE: COMPONENTES DEL CASO	10
I. DE LOS ACTORES PRINCIPALES	10
1.1 La Demandante: Sra. Renée Rose Levy	10
1.2 El Banco Nuevo Mundo (BNM)	11
1.3 De las “Empresas-Vehículo” en la Estructura Corporativa de Control del BNM	12
1.3.1 Corporación XXI Ltd. (Bahamas)	12
1.3.2 Burley Holding S.A.	12
1.3.3 Nuevo Mundo Holding S.A.	12
1.3.4 Holding XXI S.A.	13
1.3.5 Corporación XXI Ltda. S.A. (Panamá)	13
1.4 El Demandado: El Estado Peruano	14
1.4.1 El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)	14
1.4.2 La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)	15
1.4.3 Banco Central de Reserva del Perú (BCR)	17
1.4.4 Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE)	17
1.4.5 Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE	19
1.4.6 Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores – CONASEV	19
II. DE LA INVERSIÓN PROTEGIDA	22
2.1 COMPOSICIÓN, ACCIONARIADO Y ROL DE LAS EMPRESAS VEHÍCULO EN EL BNM	23
2.1.1 Accionariado Al Momento De La Fundación Del Banco	23
2.1.2 El Ingreso De Corporación XXI Ltd. Al BNM	25
a) Elementos de control directo de Corporación XXI Ltd. en el BNM	25
2.1.3 El Ingreso De Burley Holding S.A. Al BNM	26
2.1.4 El Ingreso De Nuevo Mundo Holding S.A. Al BNM	28
b) Elementos de control indirecto de Corporación XXI Ltd. en el BNM	29
2.1.5 El Ingreso De Las Compañías NMB Limited E Inversiones NMB SAC Al BNM	31
a) Respecto del ingreso de NMB Limited en NMH	31
b) Respecto del Accionista Controlante en NMB Limited	32
c) Respecto del Ingreso de Inversiones NMB SAC en NMH	32
d) Respecto de los Accionistas en Inversiones NMB SAC	33
e) Elemento de control Indirecto en el BNM:	34
2.1.6 El Ingreso De Holding XXI S.A. Al BNM	34
a) Elementos de control indirecto de Holding XXI SA en el BNM:	36
b) De la Ratificación de la Cesión de Derechos Políticos a favor de Renée Rose Levy	37
c) De la Titularidad de los Derechos Políticos en la Totalidad de los Negocios del Grupo Levy a favor de Renée Rose Levy	38
2.1.7 El Ingreso de Corporación XXI Ltda. S.A. (Panamá) al BNM	38
III. LEGITIMIDAD DE LA DEMANDANTE EN BASE AL APPRI PERÚ – FRANCIA	39
3.1.1 Requisito Subjetivo o <i>Ratione Personae</i> – La Nacionalidad De La Inversionista	39
3.1.2 Requisito Objetivo o <i>Ratione Materiae</i> – Inversión Protegida	42
3.1.3 Requisito <i>Ratione Temporis</i> – Surgimiento de la Controversia y momento de la inversión	44
3.2 <i>Jus Standi</i> de Renée Rose Levy en defensa de los derechos del BNM en calidad de inversionista controlante	46

IV. LEY APLICABLE	49
SEGUNDA PARTE: ANTECEDENTES DE HECHO DE LA CONTROVERSID	62
I. INTRODUCCIÓN	62
II. EVOLUCIÓN DEL BNM EN EL MERCADO BANCARIO PERUANO HASTA EL MOMENTO DE SU INTERVENCIÓN ESTATAL	63
2.1 La Constitución y el Proceso de Consolidación del BNM	63
2.2 Fundamentos Comerciales, Económicos y Financieros de la Viabilidad del BNM Previos a su Intervención por la SBS	65
2.2.1 Situación Patrimonial e Indicadores Financieros y de Riesgo del BNM Antes de su Intervención por la SBS	65
2.2.2 Exitosa Fusión por Absorción de Tres Entidades Financieras en el Año 1999	67
2.2.3 Clasificaciones de Nivel de Riesgo Positivas por Dos Prestigiosas Empresas Clasificadoras en Junio y Setiembre de 2000	69
a) Informe de la Sociedad Clasificadora de Riesgo Class & Asociados	70
b) Informe de la Sociedad Clasificadora de Riesgo Apoyo y Asociados Internacionales	72
c) Informe de la Firma Consultora Apoyo Consultoría	74
2.2.4 Aumento de Capital Por US\$7.5 Millones en Septiembre de 2000	76
2.2.5 Operación de Compra y Absorción del <i>Banco Financiero</i> Frustrada por la SBS	76
2.2.6 Autorización de CONASEV para listar en la Bolsa de Valores de Lima en Diciembre de 2000	80
III. LA SECUENCIA DE ACTOS HACIA LA INTERVENCIÓN ESTATAL DEL BNM	81
3.1 El Contexto de Crisis Político-económica Generada por el Estado Peruano y su Impacto en el Sistema Financiero en 1999 - 2000	82
3.2 Los Indicadores de Liquidez Comparativos en el Sistema Bancario Durante el Año 2000	86
3.3 El Objetivo del Ministerio de Economía y Finanzas Expresado en el Servicio de Inteligencia Nacional Sobre el Destino de la Denominada “Banca Chica” en el Perú en Noviembre de 1999	87
3.4 Las Dos Visitas De Inspección Ordenadas Por la SBS al BNM En El Año 2000	89
3.4.1 La Primera Visita De Inspección De Enero de 2000	89
3.4.2 La Prolongada Segunda Visita de Inspección de Agosto de 2000	90
3.5 El Retiro Abrupto de los Depósitos Estatales en el BNM Efectuado por el Ministerio de Economía y Finanzas en el Año 2000	93
3.6 La Promulgación del “Programa de Consolidación del Sistema Financiero” en Noviembre de 2000	100
3.6.1 La Exclusión del BNM en la Estructuración del “Programa de Consolidación del Sistema Financiero”	100
3.6.2 La Tendencia del Programa de Consolidación del Sistema Financiero que Forzaba la Absorción de Bancos Chicos	102
3.7 El Incumplimiento del Rol Estabilizador del Estado Frente al Pánico Financiero Desatado en Octubre de 2000 en Perjuicio del BNM	104
3.7.1 La Fuga de Depósitos Privados en el BNM por el Pánico Financiero Desatado por su Supuesta Inestabilidad	104
3.7.2 El Incumplimiento de la SBS de su Rol Estabilizador del Sistema Bancario Frente al Pánico Financiero Desatado	108
3.7.3 La Actuación Diferenciada de la SBS Frente a Rumores Que Afectaron a Otros Bancos Locales	112
3.8 La Negativa Injustificada del BCR a Conceder el Crédito de Regulación Monetaria Solicitado por el BNM en Diciembre de 2000	115
3.8.1 El Deber del BCR de actuar como Prestamista en Situaciones de Crisis de Liquidez	115
3.8.2 El Rechazo del BCR a la Solicitud de Crédito de Regulación Monetaria del BNM el 5 de Diciembre de 2000	118
IV. LA INTERVENCIÓN ESTATAL DEL BNM Y SU DEFICIENTE ADMINISTRACIÓN POR LA SBS	122
4.1 La Intervención Estatal del BNM por Falta de Liquidez en Diciembre de 2000	124
4.2 La Deficiente Gestión Financiera a Cargo de los Interventores de la SBS y el Deterioro de la Cartera del BNM Desde Diciembre de 2000	126

4.3	La Arbitraria Sobrecarga de Provisiones en la Contabilidad del BNM durante su Intervención	134
4.3.1	La Regulación Sobre Clasificación de Riesgo de Cartera y Constitución de Provisiones Contables	134
4.3.2	La Reclasificación de Cartera y Sobre-exigencia de Provisiones en el BNM por parte de la SBS	136
4.4	El Registro Contable Retroactivo de Provisiones y de Otros Ajustes Efectuado Por La SBS en el BNM	141
4.4	La Eliminación de los Derechos de los Accionistas del BNM Mediante la Reducción De Su Capital Social A Cero Ordenada Por La SBS En Junio de 2001	144
V.	LA DISOLUCIÓN DEL BNM DECRETADA POR LA SBS EN OCTUBRE DE 2001	148
5.1	El Rechazo Estatal a la Propuesta de Solución Planteada por NMH en Septiembre de 2001	149
5.2	La Ilegal Aplicación de Una Evaluación Contable Parcial Por Parte de la SBS Como Fundamento Para Decretar la Disolución del BNM	151
VI.	LA GRAVE INTERFERENCIA DE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO EN LA ACCIÓN JUDICIAL INTERPUESTA POR NMH CONTRA LA DISOLUCION DEL BNM	159
6.1	La Impugnación Judicial de NMH en Primera Instancia	159
6.2	La Serie de Advertencias del Presidente de la República Hacia la Corte Suprema Para Fallar en Contra de NMH	161
6.3	El Resultado de la Ilegal Presión Contra la Corte Suprema: El Fallo en Contra de NMH en Segunda Instancia	163
	TERCERA PARTE: ANTECEDENTES DE DERECHO DE LA CONTROVERSIA	165
I.	VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE “TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO”	165
1.1	Garantía de no Afectación de las Legítimas Expectativas de la Inversión y de una Conducta Transparente y Previsible por parte de los Órganos Estatales	168
1.2	Garantía de estabilidad jurídica y de un marco normativo transparente	183
1.3	Garantía contra actos estatales arbitrarios o discriminatorios y contra el abuso de los poderes gubernamentales	190
1.4	Garantía contra actos estatales que impliquen mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento contra el inversionista o la inversión	200
1.5	Garantía contra procedimientos judiciales y administrativos violatorios del debido proceso y del derecho de defensa	203
II.	VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE “TRATO NACIONAL”	205
2.1	Identificación del comparador y concepto de circunstancias similares	206
2.2	Existencia de un trato diferenciado y ausencia de una justificación razonable	208
2.3	Irrelevancia de la intención estatal	209
2.4	Comparación del tratamiento recibido por la Demandante y por los comparadores – determinación de la violación del estándar de “trato nacional” - discriminación	210
2.4.1	Conducta de los órganos estatales competentes ante el pánico financiero - trato más favorable a los bancos nacionales Banco de Crédito del Perú y Banco Wiese Sudameris	210
2.4.2	Aplicación de programas de salvataje y capitalización a favor de bancos nacionales – Banco Wiese y Banco Latino	211
2.4.3	Situación de iliquidez de banco nacional - Banco de Comercio	213
III.	NEGATIVA A BRINDAR “PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS”	214
3.1	Agotamiento de recursos locales	219
3.2	De la conducta ilícita atribuible al sistema judicial y al Estado	219
IV.	DECLARACIÓN DEL ACTO ILEGAL DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA	224
4.1	La Conducta de la SBS configura un supuesto de Expropiación Indirecta sancionado por el Artículo 5 del APPRI; <i>Test de los Componentes del Taking</i>	225
4.1.1	Aplicación de la Sole Effect Doctrine	229
a)	Privación Sustancial	230
b)	Pérdida de Control: Elemento Cualitativo de la Medida	232
c)	Impacto Económico Sustancial; Elemento Cuantitativo de la Medida	236

4.1.2	Arbitrariedad de la Medida Expropiatoria	239
4.1.3	Afectación de la Medida con Efectos de Carácter Permanente	242
4.2	Afectación de las Legítimas Expectativas de la Inversión	245
4.3	El Propósito de la Acción Gubernamental del Estado Receptor	249
4.4	Determinación de Ilegalidad del Acto Expropiatorio	258
4.4.1	Utilidad Pública de la Medida	260
	<i>El supuesto objetivo: Utilidad o Necesidad pública aplicable para el caso concreto del mercado bancario y financiero</i>	262
	<i>La Acción del Poder Ejecutivo, del BCR y de la SBS no constituye un Acto Regulatorio No Compensable por el Derecho Internacional</i>	264
	<i>Perspectiva del Derecho Internacional: Inconsistencias en la Actuación del Estado para Proteger la Utilidad Pública</i>	269
4.4.2	Arbitrariedad de la Medida	271
4.4.3	Test de Proporcionalidad de la Medida	274
4.5	“En virtud de un procedimiento legal interno”	281
4.6	“Sin discriminación”	286
4.7	“A Cambio de Compensación”	288
4.8	Actuación Diligente del Inversionista - Mitigación del Daño	291
 CUARTA PARTE: ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PERUANO		 296
I. INVERSION PROTEGIDA: LA OBLIGACION DEL ESTADO COMO PRIMER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL		299
 II. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES E IMPUTABILIDAD AL ESTADO PERUANO		 301
2.1	La regla de atribución al Estado peruano	301
2.2	La violación de obligaciones establecidas en el APPRI que conlleva responsabilidad internacional del Estado Peruano	304
2.3	Del Nexo Causal	307
2.4	Del Perjuicio del Acto	310
 QUINTA PARTE: DETERMINACION DE LOS DAÑOS (QUANTUM)		 311
	<i>El Valor Justo de Mercado de la Inversión en el Perú</i>	317
	<i>Daño Moral</i>	320

GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIATURAS

APPRI	Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
Arthur Andersen	Arthur Andersen LLP
BCP	Banco de Crédito del Perú
BCR	Banco Central de Reserva del Perú
BNM	Banco Nuevo Mundo
Banco Wiese	Banco Wiese Sudameris
BF	Banco Financiero
BIF	Banco Interamericano de Finanzas
Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
CEPRE	Comisión Especial de Promoción para la Reorganización Societaria
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
CNMF	Cláusula de la Nación Más Favorecida
Cofide	Corporación Financiera de Desarrollo S.A.
Conasev	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (hoy Superintendencia de Mercado de Valores – SMV)
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
Demandada	La República del Perú en su condición de Estado Receptor de Inversiones
Demandante	Sra. Renée Rose Levy de Levi
ECH	Sr. Edgard Choque de la Cruz
FONAFE	Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado

Forsyth	Sr. Albert Forsyth, Perito Experto Legal
Grant Thornton	GRANT THORTON LLP, Perito Experto Valorizador
Inversor/Inversionista	Sra. Renée Rose Levy de Levi
JL	Sr. Jacques Levy Calvo
Ley de Banca	Ley 26702, Ley General del Sistema Bancario, Financiero y de Seguros
LGS	Ley 26887, Ley General de Sociedades
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas del Perú
NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
NMH	Nuevo Mundo Holding S.A.
Perú	República del Perú
PS	Sr. Pablo Seminario Olortegui
PwC	PricewaterhouseCoopers
Reglas de Arbitraje CIADI	Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje de Abril de 2006
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y AFP
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

DECLARACION PRELIMINAR

La Demandante, Sra. Renée Rose Levy de Levi presenta este Memorial de Méritos en virtud de las reglas y plazos establecidos para este proceso. En apoyo a su Memorial de Méritos, la Demandante presenta las siguientes declaraciones testimoniales:

- Declaración Testimonial del ex Presidente Ejecutivo del Banco Nuevo Mundo, Jacques Levy Calvo, de fecha 20 de agosto de 2011, relativa a la trayectoria del banco en el mercado bancario y a los hechos previos a su intervención estatal. Las referencias a la Declaración Testimonial del Sr. Jacques Levy se harán a “(JLevy ¶__)”, y las referencias a los anexos insertos en su declaración se harán a “(ANEXO JL-__)”.
- Declaración Testimonial del ex Contador General del Banco Nuevo Mundo, Edgar Choque de la Cruz, de fecha 20 de agosto de 2011, relativa a la práctica contable ordenada por el Comité de Intervención que se hizo cargo del banco luego de su intervención estatal. Las referencias a la Declaración Testimonial del Sr. Edgar Choque se harán a “(Choque ¶__)”, y las referencias a los anexos insertos en su declaración se harán a “(ANEXO ECh-__)”.
- Declaración Testimonial del ex Jefe de Revisión de Créditos del Banco Nuevo Mundo, Edgar Choque de la Cruz, de fecha 19 de agosto de 2011, relativa a la práctica de cálculo y registro de provisiones ordenada por el Comité de Intervención que se hizo cargo del banco luego de su intervención estatal. Las referencias a la Declaración Testimonial del Sr. Pablo Seminario se harán a “(Seminario ¶__)”, y las referencias a los anexos insertos en su declaración se harán a “(ANEXO PS-__)”.

Asimismo, en apoyo a su Memorial de Méritos, la Demandante presenta las siguientes opiniones de peritos expertos:

- Opinión de Testigo Experto en Derecho Bancario y Regulatorio de Albert Forsyth, de la firma legal Jorge Avendaño & Forsyth Abogados. Las referencias al informe pericial experto del Dr. Forsyth se harán a “(Forsyth ¶__)”, y las referencias a los anexos insertos en su informe se harán a “(ANEXO FORSYTH-__)”.
- Opinión de Testigo Valorizador Experto de Neil J. Beaton, de la firma Grand Thorton LLP. Las referencias al informe de valorización del Sr. Neil J. Beaton se harán a “(Grant Thorton ¶__)”, y las referencias a los anexos insertos en su informe se harán a “(ANEXO GT-__)”.

PRIMERA PARTE: COMPONENTES DEL CASO

I. DE LOS ACTORES PRINCIPALES

1.1 La Demandante: Sra. Renée Rose Levy

1. La Sra. Huguette Renée Rose Levy, nació el 13 de agosto de 1949 en Neuilly sur Seine, Hauts de Seine, Francia conforme partida de nacimiento (ANEXO VIII-1), de la unión matrimonial del Sr. David Levy Pessa con la Sra. Estrella Calvo y Pessa. Es por tanto de nacionalidad francesa, identificada con Cédula de Identidad Francesa *NUMIC* N° 02069181 del *Registre des Français établis hors de France* y con Pasaporte Francés N° 3767/2001. La Sra. Renée Levy Pessa no ha renunciado a su nacionalidad francesa, tampoco ha tramitado un expediente migratorio, ni tiene y ni ha tenido la nacionalidad peruana.

2. Del mismo modo, su padre Don David Levy Pessa, nacido en Turquía cuenta con la nacionalidad francesa desde el año 1932 al haberla obtenida por filiación paterna (ANEXO VIII-6), ejercida de manera plena conforme es de apreciar de los certificados emitidos por la Embajada de Francia en la República del Perú (ANEXO VIII-10) y el servicio militar prestado en el ejército francés durante la Guerra Mundial (ANEXO VIII-11). El Sr. David Levy Pessa durante su existencia nunca renunció a su nacionalidad francesa, tampoco tramitó algún expediente inmigratorio, ni obtuvo la nacionalidad peruana.

3. La Sra. Renée Rose Levy es titular de los derechos societarios que conceden el control indirecto sobre la inversión en el Banco Nuevo Mundo en virtud al endoso de parte de su padre, don David Levy Pessa y Cesión de Derechos de fecha 12 de julio de 2005 (§115, *infra*), efectuados respecto de las acciones que le otorgaba el control sobre la empresa Holding XXI SA, empresa controlante directo de Nuevo Mundo Holding S.A y por ello, derechos de control indirecto del Banco Nuevo Mundo.

4. La actuación en el presente proceso de la Sra. Renée Rose Levy, se ejerce vía representación a través del Sr. Jacques Simon Levy Calvo y/o Sr. Isy Ralph Levy Calvo, identificados con D.N.I. N° 08253898 y con D.N.I. N° 08223268, respectivamente, conforme al Poder Especial otorgado por Escritura Pública N° 904 del 12/11/2009 ante el Consulado General de la República del Perú en la ciudad de Nueva York, USA, y que obra inscrito en la Partida N° 12414397 del Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima, Perú. (ANEXO II-48)

1.2 El Banco Nuevo Mundo (BNM)

5. Es una persona jurídica constituida en la República del Perú, por Escritura Pública de fecha 31 de enero de 1992 ante el Notario Público de Lima Eugenio Cisneros Ferreyros, controlada indirectamente por el Sr. David Levy Pessa, de nacionalidad francesa. El Banco inicia operaciones el 25 de enero de 1993.

6. La estructura corporativa del Banco Nuevo Mundo (BNM), según lo dispuesto por los Estatutos, contaba con un Directorio y una Gerencia General, así como de Gerencias por áreas correspondientes a las operaciones del Banco, estando principalmente orientadas a otorgar financiamiento a clientes corporativos, aceptar y negociar títulos mobiliarios mediante avales y fianzas, inclusive a otras empresas e instituciones del sistema financiero, realizar operaciones de crédito con bancos y financieras del país y del exterior, y todas las demás operaciones bancarias que autorice la Superintendencia de Banca y Seguros.

7. Estas operaciones las pudo realizar el BNM a partir de la autorización obtenida por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada mediante Resolución SBS No. 818-91 del 20 de diciembre de 1991 mediante la cual se concede la Autorización de Organización y Autorización de Funcionamiento del

BNM y mediante la Resolución SBS No. 1185-92 de fecha 02 de octubre de 1992, donde se aprueba la modificación estatutaria del Banco.

1.3 De las “Empresas-Vehículo” en la Estructura Corporativa de Control del BNM

1.3.1 Corporación XXI Ltd. (Bahamas)

8. Empresa constituida en las Islas de la Mancomunidad de las Bahamas según la *International Business Companies Act 1989* (No. 2 of 1990) el 27/01/1997 con *Certificate of Incorporation* No. 53,018B en el *Register of International Business Companies*. Dicha compañía sirvió de instrumento corporativo para la toma de decisiones de control del inversionista, Sr. David Levy Pessa.

1.3.2 Burley Holding S.A.

9. La compañía Burley Holding S.A., es una empresa constituida en la República de Panamá por Escritura Pública de fecha 1 de abril de 1999 e inscrita a Ficha N° 359436, de la Sección de Micropelículas (Mercantil) del Registro Público, Panamá, conforme con la Ley 32 de 1927 que regula las sociedades anónimas en la República de Panamá.

10. Mediante Escritura Pública de fecha 26 de enero de 2000, el Sr. Jacques Levy Calvo fue designado apoderado especial de Nuevo Mundo Holding S.A. (antes Burley Holding SA) mediante el cual pudo ejercer las facultades amplias de representación de la sociedad. Dicha compañía sirvió de instrumento corporativo para la toma de decisiones de control del inversionista, Sr. David Levy Pessa.

1.3.3 Nuevo Mundo Holding S.A.

11. La empresa Burley Holding S.A. cambió su razón social a Nuevo Mundo Holding S.A. por Escritura Pública No. 6,027 de fecha 14 de julio de 1999 que

protocoliza el Acta de Junta de Accionistas de fecha 25 de junio de 1999 e inscrita en el registro público de Panamá el 16 de julio de 1999. Por tanto, NMH es la continuación de Burley Holding SA.

1.3.4 Holding XXI S.A.

12. Empresa constituida en Panamá con Escritura Pública No. 13,108 de fecha 12 de julio 07 de 2000, otorgada ante el Notario Público Décimo del Circuito de Panamá e inscrita a Ficha No. 382353, Documento No. 128355 de la Sección de Micropelículas (Mercantil) del Registro Público, Panamá, conforme con la Ley 32 de 1927 que regula las sociedades anónimas en la República de Panamá.

13. Con el Certificado No. 16 emitido por la compañía del año 2001, se deja constancia de la transferencia del 52% de las acciones de Corporación XXI Ltd. Que ésta posee en la compañía Nuevo Mundo Holding S.A., a favor de Holding XXI S.A. en virtud del Contrato de Transferencia de Acciones de fecha 29 de agosto de 2000.

14. Como se detallará más adelante, la estructura corporativa del Sr. David Levy Pessoa implicaba que los accionistas y las participaciones de las que cada uno era titular, se mantenía en las compañías vehículos, incluyendo en la empresa Corporación XXI Ltd.

1.3.5 Corporación XXI Ltda. S.A. (Panamá)

15. La Junta de Accionistas de la compañía Holding XXI S.A. aprobó en el año 2008 proceder con el cambio de la razón social a Corporación XXI Ltda. S.A. (Panamá), por Escritura Pública N° 13,958 de fecha 11 de junio de 2008, que protocoliza el Acta de Junta de Accionistas de fecha 22 de mayo de 2008 e inscrita en el registro público de Panamá el 25 de junio de 2008.

1.4 El Demandado: El Estado Peruano

16. La República del Perú es sujeto de derecho internacional público, pasible de comprometer su responsabilidad internacional por la comisión de un ilícito internacional.

17. La República del Perú es país miembro de la Convención Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI, (Convención de Washington) el 4 de septiembre de 1991, con depósito de ratificación del 9 de agosto de 1993 y entrada en vigencia del 8 de setiembre de 1993. (www.proinversion.org.com)

18. Asimismo el Estado Peruano ha suscrito el Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República de Francia (APPRI), aprobado mediante Decreto Supremo No. 4-94-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo de 1994. Vigente desde el 30 de mayo de 1996 hasta la fecha.

19. La presencia del Estado en este proceso internacional se verá representada por las acciones y omisiones de las siguientes entidades públicas que han tenido una relevante participación en los hechos que forman parte del presente Memorial.

1.4.1 El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)

20. El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) es un organismo del Poder Ejecutivo, cuya organización, competencia y funcionamiento está regido por el Decreto Legislativo No. 183, Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas, publicado el 15 de junio de 1981 en el diario oficial El Peruano. (ANEXO FORSYTH II-003)

21. El MEF está encargado de planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a presupuesto, tesorería, endeudamiento, contabilidad, política fiscal, inversión pública y política económica y social.

22. Asimismo diseña, establece, ejecuta y supervisa la política nacional y sectorial de su competencia asumiendo la rectoría de ella.

23. La injerencia y participación del MEF en cuanto al sistema financiero, se refleja en el artículo 21¹ de la Ley Orgánica del MEF, aprobada por Decreto Legislativo No. 183, el cual señala que el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Asuntos Financieros, formula los lineamientos de política financiera nacional y realiza los estudios y coordinaciones que se requieren para el sistema financiero.

1.4.2 La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)

24. La SBS es una institución autónoma vinculada al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), conforme al artículo 58² de la Ley Orgánica del MEF.

25. El ámbito de acción de este órgano regulador, está normado en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada por la Ley No. 26702 y sus modificaciones (“Ley de Banca” ó “Ley General de Banca”). (ANEXO FORSYTH II-002)

26. Como objetivo principal según el artículo 2³ de la Ley de Banca, es el de propender al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros

¹ El artículo 21° dispone que: “La Dirección General de Asuntos Financieros formula los lineamientos de la política financiera nacional y realiza los estudios y coordinaciones que se requieran para el sistema financiero”.

² El artículo 58° dispone que: “Son organismos autónomos que se vinculan al Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio;

- El Banco Central de Reserva del Perú

- La Superintendencia de Banca y Seguros.”

competitivo, sólido y confiable. Adicionalmente en el artículo 5⁴ de la referida ley se dispone que la inversión extranjera tiene igual tratamiento que el capital nacional, con sujeción a los convenios internacionales.

27. Asimismo el artículo 347⁵ de la Ley de Banca, establece que la finalidad de la SBS, es defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas, sujetas a su control (el resaltado es nuestro).

28. En esa línea, la SBS en salvaguarda de los intereses del público, está facultada a realizar todos los actos necesarios para cautelar los mismos, según el inciso 18) del artículo 349 de la Ley de Banca.

29. Finalmente, entre sus prerrogativas regulatorias se encuentra la facultad de poder intervenir una empresa del sistema financiero cuando se incurra en las causales ahí contempladas, descritas en el artículo 104⁶ de la Ley de Banca, adicionalmente podrá declarar la liquidación de una de estas empresas, de ser el

³ El artículo 2° de la Ley de Banca dispone lo siguiente: “*OBJETO DE LA LEY. Es objeto principal de esta ley propender al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivos, sólidos y confiables, que contribuyan al desarrollo nacional.*”

⁴ El artículo 5° de la Ley de Banca: “*TRATAMIENTO DE LA INVERSION EXTRANJERA. La inversión extranjera en las empresas tiene igual tratamiento que el capital nacional con sujeción, en su caso, a los convenios internacionales sobre la materia.*”

⁵ El artículo 347° de la Ley indica: “*FINALIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA. Corresponde a la Superintendencia defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control, velando porque se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen; ejerciendo para ello el más amplio control de todas sus operaciones y negocios y denunciando penalmente la existencia de personas naturales y jurídicas que, sin la debida autorización ejerzan las actividades señaladas en la presente ley, procediendo a la clausura de sus locales, y, en su caso, solicitando la disolución y liquidación del infractor.*”

⁶ El artículo 104° dispone que: “*CAUSALES DE INTERVENCIÓN. Son causales de intervención de una empresa de los sistemas financiero o de seguros:*

- 1. La suspensión del pago de sus obligaciones;*
- 2. Incumplir durante la vigencia del régimen de vigilancia con los compromisos asumidos en el plan de recuperación convenido o con lo dispuesto por la Superintendencia de acuerdo a lo establecido en el Título V de la presente sección;*
- 3. En el caso de empresas del sistema financiero, cuando el patrimonio efectivo sea menos de la mitad del requerido en el primer párrafo del artículo 199°;*
- 4. Pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo en los últimos 12 meses.*
- 5. Tratándose de empresas del sistema de seguros, la pérdida o reducción del patrimonio efectivo por debajo del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio de solvencia.”*

caso la resolución de disolución no pondrá fin a la existencia legal de la empresa, hasta que concluya el proceso liquidatorio, conforme al artículo 114⁷ de la Ley de Banca.

1.4.3 Banco Central de Reserva del Perú (BCR)

30. El BCR es un organismo vinculado al Ministerio de Economía y Finanzas y por mandato constitucional, es una Institución del Estado que cuenta con autonomía necesaria para poder cumplir con su finalidad principal, que es mantener la estabilidad monetaria del país.

31. Entre sus funciones principales se destacan, regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo y las demás que señale su ley orgánica.

32. En el caso puntual de las empresas del sistema financiero, el Banco Central de Reserva juega un rol importante, toda vez que conforme al artículo 58° de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (ANEXO FORSYTH II-016), el BCR concede créditos con fines de regulación monetaria. Sólo acceden a ellos las instituciones financieras susceptibles de ser sometidas al Régimen de Vigilancia a que hace referencia la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, en tanto no se hallen sujetas a dicho régimen.

1.4.4 Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE)

33. La Corporación Financiera de Desarrollo S.A. es una empresa de economía mixta que cuenta con autonomía administrativa, económica y financiera. Las normas de creación de esta institución son el Decreto Legislativo No. 206 (<http://www.cofide.com.pe>) y la Ley No. 25382.

⁷ El artículo 114° señala: “*DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS. (...) La resolución de disolución no pone término a la existencia legal de la empresa, la que subsiste hasta que concluya el proceso liquidatorio y, como consecuencia de ello, se inscriba la extinción en el Registro Público correspondiente*”.

34. COFIDE forma parte del Sistema Financiero Nacional y puede realizar todas aquellas operaciones de intermediación financiera permitidas por su legislación y sus estatutos. De acuerdo con lo señalado en el artículo 7⁸ de la Ley General del Sistema Financiero, Ley No. 26702, se define a esta entidad como un banco de desarrollo de operaciones de “segundo piso”.

35. La Banca de segundo piso, es aquella que tiene como finalidad captar recursos provenientes fundamentalmente de organismos internacionales, de la banca comercial internacional y del mercado de capitales local, dichos recursos son luego canalizados al sector empresarial a través de las instituciones supervisadas del Sistema Financiero local. Es decir son básicamente operaciones de intermediación financiera.

36. Estas funciones se encuentran claramente descritas en el artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones de la Corporación Financiera de Desarrollo (ROF) (<http://www.cofide.com.pe>), aprobado mediante Acuerdo de Directorio No. 064-2010 de fecha 26 de mayo de 2010.

37. Una de las funciones importantes que ejerce COFIDE y que tiene incidencia con las empresas del sistema financiero local, según el numeral 14 del Artículo 3⁹, del ROF antes referido, es el de otorgar avales, cartas fianzas y otras garantías a favor de las empresas y entidades del sistema financiero y entidades de fomento.

⁸ El artículo 7 dispone que: “El Estado no participa en el sistema financiero nacional, salvo las inversiones que posee en COFIDE como banco de desarrollo de segundo piso (...)”

⁹ El artículo 3 dispone que: “COFIDE está facultada para realizar las siguientes operaciones y funciones: (...)14. Otorgar avales, cartas fianzas y otras garantías, a favor de las empresas y entidades del sistema financiero y entidades de fomento (...)”.

1.4.5 Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE

38. FONAFE es una empresa de Derecho Público adscrita al Sector de Economía y Finanzas, que fuera creada por la Ley No. 27170, publicada el día 09 de septiembre de 1999, y Reglamento de la Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 072-2000-EF, (la norma puede verse en: http://www.osce.gob.pe/articulo_detalle.asp?id=1761&ids=6&ido=48&idso=) en donde se establece su objeto de estar encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.

39. Bajo el ámbito del FONAFE se encuentran únicamente las empresas que cuentan con participación mayoritaria del Estado, sea que dichas empresas se encuentren activas o en proceso de liquidación. Asimismo, se encuentran bajo su ámbito de cobertura las empresas que le han sido entregadas por encargo.

40. Es por ello, que en el caso de COFIDE, el capital de esta empresa pertenece en un 98.7% al Estado peruano, representado por el FONAFE, dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas, y en un 1.3% a la Corporación Andina de Fomento (CAF).

1.4.6 Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores – CONASEV

41. La Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores es una Institución Pública del Sector Economía y Finanzas, cuya finalidad es promover el mercado de valores, como también velar por el adecuado manejo de las empresas y normar la contabilidad de las mismas, esta institución está regida por la Ley Orgánica, contenida en el Decreto Ley No. 26126, publicado el 30 de diciembre de 1992 (la norma puede verse en: [http://fresno.ulima.edu.pe/wu/wuie_bd001.nsf/Legislacion/CA6BB8F06048900D052573EF0054EA90/\\$file/Ley%20organica%20de%20la%20%20CONASEV.pdf](http://fresno.ulima.edu.pe/wu/wuie_bd001.nsf/Legislacion/CA6BB8F06048900D052573EF0054EA90/$file/Ley%20organica%20de%20la%20%20CONASEV.pdf)) la CONASEV tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa y económica.

42. De acuerdo con la Ley de Mercado de Valores, artículo 7¹⁰ del Decreto Legislativo No. 861 (la norma puede verse en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/00861.pdf>) la CONASEV, es la institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de dicha ley.

43. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 232¹¹ de la Ley General del Sistema Financiero, Ley No. 26702, en lo referido a la emisión de instrumentos financieros por parte de las empresas reguladas, la ley exige que se requiere la opinión favorable de la SBS. Asimismo, en los casos que tengan la condición de valores mobiliarios y se emitan por oferta pública, CONASEV procederá a inscribirlos en el Registro Público de Mercado de Valores.

44. En relación a dicho Registro, el artículo 13¹² del Decreto Legislativo No. 861, dispone que el Registro es aquel en el cual se inscriben los valores, los programas de emisión de valores, los fondos mutuos, fondos de inversión y los participantes del mercado de valores que señalen la presente ley y los respectivos reglamentos, con la finalidad de poner a disposición del público la información

¹⁰ El artículo 7° dispone que: “Control y Supervisión.- La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) es la institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de esta ley”.

¹¹ El artículo 232° de la Ley dispone que: “EMISIÓN DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS. (...) Para la emisión de tales instrumentos se requerirá opinión favorable de la Superintendencia. Asimismo, en los casos en que éstos tengan la condición de valores mobiliarios y se emitan por oferta pública, CONASEV procederá a inscribirlos en el Registro Público del Mercado de Valores, previa presentación de la resolución expedida por la Superintendencia, y de la documentación precisada en el artículo 18° de la Ley del Mercado de Valores (...)”.

¹² El artículo 13° dispone que: “Finalidad.- El Registro es aquel en el cual se inscriben los valores, los programas de emisión de valores, los fondos mutuos, fondos de inversión y los participantes del mercado de valores que señalen la presente ley y los respectivos reglamentos, con la finalidad de poner a disposición del público la información necesaria para la toma de decisiones de los inversionistas y lograr la transparencia en el mercado. Las personas jurídicas inscritas en el Registro y el emisor de valores inscritos están obligados a presentar la información que la presente ley y otras disposiciones de carácter general establezcan, siendo responsables por la veracidad de dicha información.”

necesaria para la toma de decisiones. Por mandato del artículo 14¹³ de la misma norma, el encargado de dicho Registro corresponde a CONASEV.

45. Se debe resaltar que según el artículo 17¹⁴ de la referida norma, es obligatoria la inscripción en el registro de los valores de oferta pública, una vez presentado a CONASEV toda la documentación correspondiente del valor a registrar, acorde con el artículo 18¹⁵. La inscripción es imprescindible a efectos de poder cotizar dichos valores en la rueda de bolsa, artículo 18¹⁶, de la Ley No. 27649, Ley que modifica el Decreto Legislativo No. 861.

46. Conforme a la ley peruana, la CONASEV detenta amplias facultades, entre otras, a todo lo relacionado a las negociaciones bursátiles en la que las diversas empresas quieran participar en el mercado primario y secundario de valores.

¹³ El artículo 14° dispone: *“Entidad Encargada del Registro.- Corresponde a CONASEV llevar el Registro y determinar su organización y funcionamiento sobre la base de los principios de libre acceso a la información y de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 25035 y en el Decreto Legislativo N° 757.”*

¹⁴ El artículo 17° dispone que: *“Obligación de Inscripción.- En el Registro se inscriben obligatoriamente los valores de oferta pública y los programas de emisión de valores, sin que para ello se requiera autorización administrativa previa”.*

¹⁵ El artículo 18° dispone que: *“Inscripción del Valor o Programa de Emisión.- Para la inscripción de un valor o de un programa de emisión de valores en el Registro se debe presentar a CONASEV los documentos donde consten sus características, las del emisor y, en su caso, los derechos y obligaciones de sus titulares”.*

¹⁶ El artículo 18° dispone que: *“Definición.- Rueda de Bolsa es el mecanismo centralizado en el que las sociedades agentes, de conformidad con lo dispuesto en los respectivos reglamentos internos de las Bolsas, realizan transacciones con valores inscritos en el Registro, cuando corresponda e instrumentos derivados que CONASEV previamente autorice.”*

II. DE LA INVERSIÓN PROTEGIDA

47. El presente capítulo tiene por finalidad explicar la composición del accionariado al momento de la fundación del BNM, durante el desarrollo del negocio en los siguientes años, hasta la fecha de la intervención del BNM por parte de la SBS. En este contexto, corresponde describir el rol de las empresas vehículos por medio de las cuales se ejercía control directo e indirecto¹⁷ sobre el BNM.

48. Es importante advertir que, dada la participación de diversas empresas vehículos en el control mediato e inmediato del BNM, el ingreso de cada una de ellas será tratado en orden cronológico y en sub-títulos del presente capítulo, a efectos de describir lo más claro posible la estructura corporativa de la inversión y evitar todo tipo de confusión.

49. La presencia de dichas empresas vehículos en el control del BNM se encuentran sustentadas con los documentos que la Demandante posee, y con aquellos que fueron entregados en el procedimiento de Discovery por el Estado.

50. Este conjunto de documentos complementan y ratifican la existencia del Grupo Levy en el mundo de los negocios en el Perú y asimismo, la estructura corporativa y jerarquía en la toma de decisiones establecidas en su interior.

51. En atención a ello, dichos documentos acreditan que la República del Perú reconoce que el Grupo Levy era el grupo familiar controlante con el 52% del **Conglomerado Financiero** (ANEXO IV-22, ver p. 2) que realizaba negocios bajo regulación bancaria y que por exigencia de la ley de bancos, dicho grupo familiar era clasificado así por la SBS, donde el BNM constituía una de sus principales inversiones.

¹⁷ El artículo 1º (3) del APPRI señala lo siguiente: “El término **“sociedades”** designa toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las partes contratantes conforme a la legislación de esta parte y que posee allí su sede social, o es controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las partes contratantes, o por personas jurídicas que poseen su sede social en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas conforme a la legislación de esta parte”.

52. Finalmente, el objetivo de la exposición es demostrar el control que el ciudadano francés Sr. David Levy Pessa ejerció en el Grupo Levy y en consecuencia sobre la inversión (BNM) en el Perú, “*antes del surgimiento de la controversia*”, punto de referencia –*rationae temporis*– que las Partes Contratantes establecieron en el Artículo 8° (3) del APPRI¹⁸. Asimismo, acreditado que el ciudadano francés tenía *control indirecto* al momento de la controversia, la sociedad constituida en el Perú, el BNM, es por tanto considerada nacional francés, en correspondencia con el Artículo 25 del Convenio CIADI.

53. Dichos derechos fueron, tanto en la empresa vehículo como en la jerarquía del Grupo Levy, posteriormente cedidos a favor de la Demandante en el año 2005 por intermedio de Holding XXI SA y ratificados por el resto de los integrantes del Grupo.

2.1 COMPOSICIÓN, ACCIONARIADO Y ROL DE LAS EMPRESAS VEHÍCULO EN EL BNM

2.1.1 Accionariado Al Momento De La Fundación Del Banco

54. El BNM (en un inicio Banco Iberoamericano SAEMA - BANIBERICO) se constituye formalmente por Escritura Pública de fecha 31 de enero de 1992 (ANEXO II-2). Siendo la composición del accionariado, a la fecha de constitución, la siguiente:

- Jacques Simon Levy Calvo	suscribió 495 acciones
- Julio de la Piedra del Rio	suscribió 15 acciones
- Marcos Mayer Fefer Rotsain	suscribió 495 acciones
- Claude Robert Chapat Serrier	suscribió 325 acciones
- Felipe Manuel Bertorini Guibert	suscribió 230 acciones
- Pinkas José Flint Blank	suscribió 485 acciones
- José Behar Rodríguez	suscribió 495 acciones
- Enrique Anderson Seminario	suscribió 250 acciones
- Javier Aspauza Gamarra	suscribió 495 acciones

¹⁸ El artículo 8° (3) del APPRI señala lo siguiente: “Una persona jurídica constituida en el territorio de una de las partes contratantes y que antes del surgimiento de la controversia estuviera controlada por los nacionales o sociedades de la otra parte contratante será considerada, para los efectos del artículo 25 (2) (b) de la convención mencionada en el párrafo (2) anterior, como sociedad de esa parte contratante”.

- David Cunza Delgado suscribió 15 acciones

55. Dicha organización societaria fue aprobada por Resolución SBS No. 818-91 de fecha 20 de diciembre de 1991, en la cual se autorizó la organización del Banco Iberoamericano SAEMA, aprobando el proyecto de minuta de constitución social y estatutos. (ANEXO IV-1).

56. Mediante Junta General Extraordinaria de Accionistas del BNM de fecha 07 de agosto de 1992, elevada a Escritura Pública el 06 de octubre de 1992 (ANEXO II-3), se modificó el Estatuto del Banco, variándose la denominación a partir de entonces a Banco Nuevo Mundo (BNM). Es importante indicar que dicha modificación estatutaria fue aprobada por la Resolución SBS No. 1185-92 de fecha 02 de octubre de 1992. (ANEXO IV-3).

57. Cumplidos todos los requisitos por el BNM, que la Ley peruana exigió, se expidió la Resolución SBS No. 1455-92 de fecha 30 de diciembre de 1992, en la cual el Estado peruano por medio de dicho acto administrativo autorizó al Banco del Nuevo Mundo SAEMA para que inicie sus operaciones financieras, disponiéndose la emisión del “Certificado de Autorización de Funcionamiento”. (ANEXO IV-2)

58. Por Junta General Extraordinaria de Accionistas del BNM de fecha 20 de enero de 1993 y su correspondiente Escritura Pública de fecha 05 de febrero de 1993 (ANEXO II-4), se acordó realizar un aumento de capital, figurando en la composición del accionariado el ciudadano de origen francés, Sr. David Levy Pessoa.

59. La composición del accionariado a enero de 1993 fue como sigue:

- David Levy Pessa suscribió 760 acciones.
- Isy Levy Calvo suscribió 760 acciones.
- Vitaly Franco Varón suscribió 439 acciones.
- Isaac Franco Varón suscribió 439 acciones.
- Jacques Franco Sarfaty suscribió 351 acciones.
- Osias Herschkowicz Haller suscribió 439 acciones.
- Rubén Porudominsky Gamrski suscribió 439 acciones.

- Marcos Mayer Fefer Rotstain suscribió 780 acciones.
- Julio de la Piedra del Rio suscribió 1 acción.
- Claude Chapat Terrier suscribió 7 acciones.
- Felipe Bertorini Guibert suscribió 5 acciones.
- José Behar Rodríguez suscribió 8 acciones.
- Enrique Anderson Seminario suscribió 5 acciones.

2.1.2 El Ingreso De Corporación XXI Ltd. Al BNM

60. Corporación XXI Ltd., es una empresa constituida en la Mancomunidad de las Bahamas, con fecha 27 de enero de 1997, de acuerdo al Certificado de Constitución expedido por el Registrador General de dicho país (ANEXO II-5).

61. La estructura accionaria de Corporación XXI Ltd., se aprecia del Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 28 de enero de 1999. (ANEXO II-6):

- David Levy Pessoa 33.4%
- Isy Levy Calvo 33.3%
- Jacques Levy Calvo 33.3%

62. Dicha estructura accionaria, también se encuentra acreditada en el Informe de la SBS entregado en el procedimiento de Discovery por parte del Estado peruano. (ANEXO IV-18, p.8).

63. La empresa Corporación XXI Ltd., se convirtió en accionista mayoritaria del BNM al ser propietaria del 52% de las acciones. Este hecho se aprecia del Acta de Junta Obligatoria Anual de Accionistas del BNM de fecha 23 de febrero de 1999, contenida en la Escritura Pública de fecha 05 de marzo de 1999. (ANEXO II-7).

a) Elementos de control directo de Corporación XXI Ltd. en el BNM

64. De conformidad con el Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 28 de enero de 1999 de Corporación XXI Ltd. (ANEXO II-6), se acredita que los accionistas de la sociedad Sr. Isy Levy Calvo y Sr. Jacques

Levy Calvo, cedieron a favor de su padre, Sr. David Levy Pessa, sus *derechos políticos* derivados de sus acciones en la empresa y con ello, el control del BNM por parte de David Levy Pessa¹⁹ vía esta compañía.

65. De acuerdo con el Acta de Sesión del Grupo Levy²⁰, de fecha 11 de marzo de 1999 (ANEXO II-9) se determinó lo siguiente: (i) instruir por medio del representante de Corporación XXI Ltd. para que diera su voto a favor de la aprobación de la memoria anual del BNM en la Junta General de Accionistas convocada para tales efectos en el Perú y (ii) se ratificó que el Sr. David Levy Pessa, goza de los derechos políticos, como accionista de Corporación XXI Ltd., ésta última –en dicha época- accionista directa y mayoritaria en el BNM.

66. Según Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 21 de mayo de 1999 (ANEXO II-11) el Sr. David Levy Pessa instruyó para que el representante de Corporación XXI Ltd. en calidad de accionista directo del BNM, proceda a la adquisición de las acciones de Nuevo Mundo Leasing SA, Banco del País y Coordinadora Primavera SA, así como la posterior fusión entre las mismas y a su vez, el aumento de capital.

67. Se encuentra acreditado que el Sr. David Levy Pessa tenía la capacidad de *control directo* de la inversión en el BNM.

2.1.3 El Ingreso De Burley Holding S.A. Al BNM

68. Burley Holding S.A., es una empresa constituida en la República de Panamá por Escritura Pública de fecha 1 de abril de 1999 (ANEXO II-10).

¹⁹ En el Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 28 de enero de 1999, se acordó lo siguiente: “...después de una amplia deliberación y debate, atendiendo a la amplia experiencia y conocimiento del ámbito empresarial del Sr. David Levy Pessa, acordaron por unanimidad aprobar la transferencia de los derechos políticos de gestión y administración, derivados de las acciones de los Sres. Jacques Simon Levy Calvo e Isy Ralph Levy Calvo a favor del Sr. David Levy Pessa”.

²⁰ Las actas de sesión del Grupo Levy se encuentran contenidas en el cuaderno de anotaciones que reúne los acuerdos y decisiones de los integrantes de la familia directamente vinculados en el mundo de negocios, a saber del Sr. David Levy Pessa, Sr. Jacques Simon Levy Calvo y Sr. Isy Raphl Levy Calvo. Las discusiones y acuerdos derivadas de las sesiones que llevaban a cabo, determinaban las acciones a tomar en las empresas vehículos que controlaban sus inversiones en el Perú, entre ellas el BNM.

69. Por Acta de Sesión de fecha 28 de mayo de 1999 del Grupo Levy (ANEXO II-12), se informa de la adquisición por parte de Burley Holding SA de todas las acciones que poseía directamente Corporación XXI Ltd. en el BNM, representativas del 52% del capital social del Banco.

70. Más adelante y por Resolución SBS No. 713-99²¹ de fecha 06 de agosto de 1999, la SBS autorizó a la sociedad denominada Burley Holding a adquirir un paquete adicional de acciones, que junto con las que eran titulares, le daba la oportunidad de alcanzar el 99.9% de las acciones representativas del capital social del BNM, paquete minoritario de acciones que eran propiedad de los siguientes accionistas:

- Corporación XXI Ltd.,
- Strategic Finance Corporation,
- Akis SA,
- Pragati Investments Inc.,
- Jaques Franco Sarfaty,
- Vitali Franco Varon,
- Felipe Bertorini Guibert.

71. Es decir, el *control directo* del BNM que detentaba Corporación XXI Ltd., pasó a ser uno *indirecto* tal como se describirá más adelante, debido a que la empresa Burley Holding S.A. asumió el control directo del BNM el 6 de agosto de 1999.

72. La estructura corporativa de la inversión en el Perú siempre estuvo bajo control del Sr. David Levy Pessa, nacional francés, en vista que Corporación XXI Ltd., como se detallará en el siguiente punto, adquirió luego el 52% de las acciones de la empresa Burley Holding SA (posteriormente denominada Nuevo Mundo Holding SA).

²¹ La Resolución SBS No. 713-99 de fecha 06 de agosto de 1999, se encuentra inserta como parte de la Escritura Pública de fecha 29 de setiembre de 1999 del BNM sobre modificación parcial de estatuto y otros actos (Anexo II-14). Dicha resolución de autorización es expedida por la Superintendencia de Banca y Seguros, conforme al artículo 57 de la Ley No. 26702, Ley General del sistema Financiero, el cual dispone que la transferencia de las acciones de una empresa del sistema financiero o de seguros, por encima del diez por ciento de su capital social, (...) requiere la previa autorización de la SBS.

2.1.4 El Ingreso De Nuevo Mundo Holding S.A. Al BNM

73. Por Escritura Pública de fecha 14 de julio de 1999 (ANEXO II-13), se reformó el pacto social de Burley Holding S.A., cambiando su nombre por Nuevo Mundo Holding SA (NMH) manteniendo el 99.9% de las acciones en el BNM. A partir de dicha modificación, el controlador del BNM fue NMH.

74. Como es de apreciar, la denominación Burley Holding S.A. se mantuvo sólo por tres meses y medio (§ 60, *supra*). En adelante, nos referiremos a Nuevo Mundo Holding SA (NMH) como empresa vehículo controlante de la inversión en el Perú, vale decir, en el BNM.

75. En la Junta General Universal de Accionistas de fecha 31 de agosto de 1999 del BNM contenida en la Escritura Pública de fecha 08 de febrero de 2000 (ANEXO II-16), se puede apreciar la participación de NMH en calidad de accionista mayoritario. Dicha acta hace mención que NMH antes fue Burley Holding S.A., por lo que se acredita la continuidad de la inversión.

76. A partir del 01 de septiembre del año 2000, el accionariado y control sobre NMH varía sustancialmente, ingresando las empresas NMB Limited e Inversiones NMB SAC. Dicha variación para establecer el control sobre NMH y en consecuencia sobre las decisiones en el BNM será desarrollada líneas abajo (§69, *infra*).

77. Por ello, el punto siguiente procederá a desarrollar los elementos de control de la empresa vehículo Corporación XXI Ltd., accionista en NMH, únicamente hasta antes del 01 de septiembre del año 2000, para luego empalmar con los elementos de control ejercidos por los nuevos accionistas indirectos en el BNM, vía NMH.

b) Elementos de control indirecto de Corporación XXI Ltd. en el BNM

78. En el Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 22 de octubre de 1999, (ANEXO II-15) se dejó constancia que NMH es la accionista mayoritaria del BNM.

79. Asimismo en dicha Acta, se indica que Corporación XXI Ltd. es a su vez accionista mayoritaria en el NMH, acreditándose el *control indirecto* de Corporación XXI Ltd. en el BNM. Por lo tanto, hasta el 29 de agosto del año 2000, el Sr. David Levy Pesso, titular de los derechos políticos en Corporación XXI Ltd. tuvo con dicha empresa la capacidad de *control indirecto* en las decisiones en el BNM. Tal como se desprende también de los documentos emitidos por el Estado. (ANEXO IV-13, p. 386)

80. En ejercicio de sus derechos políticos de *control indirecto*, el Sr. David Levy Pesso instruyó, vía NMH, efectuar diversos acuerdos en el BNM. Dicha facultad de control, se ve reflejada en la Junta de Accionistas del BNM de fecha 29 de octubre de 1999, contenida en la Escritura Pública de fecha de fecha 14 de abril de 2000, que modificó el capital social.(ANEXO II-21).

81. De otro lado, conforme es de apreciar de las Notas de los Estados Financieros al 31 de diciembre de 1999 de Corporación XXI Ltd. elaborado por Pazos, López de Romaña, Rodriguez, Auditores Consultores (firma auditora miembro de BDO internacional)²², en el rubro de Inversiones (ANEXO I-4) se encuentra acreditado que Corporación XXI Ltd. era a dicha fecha, titular del 52% de acciones en NMH.

82. Mediante Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 15 de febrero de 2000 (ANEXO II-18), el Sr. David Levy Pesso titular de los derechos políticos en Corporación XXI Ltd., manifestó que la situación de control en el BNM debe mantenerse y consolidarse, por lo que, vía la sociedad NMH, instruyó realizar un aumento de capital en el BNM. En cumplimiento de la voluntad del controlante,

²² Dichos Informes sobre los Estados Financieros consolidados de Corporación XXI Ltd. y subsidiarias al 31 de diciembre de 1999 fueron empleados para la elaboración de los Estados Financieros consolidados del BNM que, al estar regulados, son parte de la información presentada a la SBS.

mediante Acta de Junta de Accionistas del BNM de fecha 29 de febrero del 2000, contenida en la Escritura Pública de fecha 05 de mayo de 2000 (ANEXO II-22) se procedió a aprobar un aumento de capital.

83. Mediante Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 22 de febrero del 2000 (ANEXO II-19) el Sr. David Levy Pessa titular de los derechos políticos en Corporación XXI Ltd. instruyó, vía NMH, la designación de los directores en el BNM, indicándose expresamente el nombre de las personas quienes asumirían dicha función²³. En cumplimiento de la voluntad del controlante, mediante Acta de Junta de Accionistas del BNM de fecha 29 de febrero de 2000 contenida en la Escritura Pública de fecha 05 de mayo de 2000 (ANEXO II-22), se procedió a la designación de los Directores del BNM.

84. Mediante Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 17 de marzo de 2000 (ANEXO II-20), el Sr. David Levy Pessa titular de los derechos políticos en Corporación XXI Ltd., instruyó la aprobación de la memoria anual del ejercicio 1999 de NMH. Asimismo, procedió en instruir la aprobación de la memoria anual del ejercicio 1999 del BNM, vía el accionista principal NMH.

85. Mediante Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 17 de mayo de 2000 (ANEXO II-23) el Sr. David Levy Pessa titular de los derechos políticos en Corporación XXI Ltd., instruyó vía NMH, proceder al listado de las acciones del BNM en la Bolsa de Valores de Lima, producto de la fusión con el Banco del País.

86. Mediante Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 22 de agosto de 2000 (ANEXO II-29) el Sr. David Levy Pessa titular de los derechos políticos en Corporación XXI Ltd. instruyó vía NMH, proceder con un aumento de capital social en el BNM. En cumplimiento de la voluntad del controlante se aprobó un aumento de capital social, conforme es de apreciar del Acta de Junta de Accionistas de fecha de fecha 12 de setiembre de 2000 del BNM, elevado a Escritura Pública con fecha 28 de setiembre de 2000, (ANEXO II-34)

²³ En la referida Acta de Sesión se dispuso nombrar en tales cargos a las siguientes personas: Jacques Franco Sarfaty, Sassone Franco Sarfaty, Vitaly Franco Varón, Gonzalo Galdos Jiménez, Herbert Herschkowicz Grossman, José Armando Hopkins Larrea, David Levy Pessa, Jacques Levy Calvo, Isy Levy Calvo, José Porudominsky Gabel.

87. Mediante Acta de Sesión del Grupo Levy de fecha 20 de septiembre de 2000 (ANEXO II-33), el Sr. David Levy Pessoa titular de los derechos políticos en Corporación XXI Ltd. instruyó, vía NMH, proceder con el nombramiento de gerentes y apoderados en el BNM. En cumplimiento de la voluntad del controlante se designó apoderados y gerentes, según consta de la Partida Electrónica No. 02006790, Asiento Registral No. C000030 del Registro Público de Personas Jurídicas del BNM (ANEXO II-35)

88. Por lo antes expuesto y con la evidencia adjunta en Copias Legalizadas junto con los documentos elaborados por el Estado, se acredita que el Sr. David Levy Pessoa ejercía de manera efectiva y real el *control indirecto* del BNM mediante la titularidad del 100% de los derechos políticos en la empresa vehículo Corporación XXI Ltd., accionista mayoritaria de NMH con el 52%, quien a su vez era accionistas, titular del 99.9% de las acciones en el BNM.

2.1.5 El Ingreso De Las Compañías NMB Limited E Inversiones NMB SAC Al BNM

89. Como mencionáramos párrafos arriba (§ 76, *supra*) las empresas NMB Limited e Inversiones NMB SAC entran en el accionariado de NMH a partir del mes de septiembre del año 2000. En adelante procederemos a describir y acreditar los elementos de control del Grupo Levy en cada uno de los nuevos accionistas de NMH y en consecuencia el control indirecto en la inversión en el Perú, vale decir, del BNM.

a) Respecto del ingreso de NMB Limited en NMH

90. Mediante documento privado se constituyó la empresa NMB Limited en la Isla Turcas y Caicos.

91. Por contrato de transferencia de acciones de fecha 01 de setiembre de 2000, los accionistas de NMH transfirieron sus acciones a favor de NMB

Limited, convirtiéndose así NMB Limited en accionista mayoritaria de NMH²⁴. (ANEXO II-31), cuyo cuadro accionario es el siguiente:

NUEVO MUNDO HOLDING

Accionistas	Monto en US\$	% de Part.
Acciones Preferentes	25,000,000	
NMB Ltd. Turks & Caicos	20,000,000	34.19%
Inversiones NMB SAC	5,000,000	8.55%
Acciones Comunes (3)	33,503,380	
NMB Ltd. Turks & Caicos	33,503,380	57.27%
TOTAL	58,503,380	100.00%

92. Del cuadro anterior, queda acreditado el control de NMB Limited en NMH, el mismo que es aceptado por el propio Estado.

b) *Respecto del Accionista Controlante en NMB Limited*

93. Al margen del incremento de la participación accionaria que va experimentando NMB Limited en el capital de NMH, cabe mencionar que el control en NMB Limited se encuentra bajo titularidad de otra empresa vehículo del Grupo Levy, denominada Holding XXI SA. La descripción de Holding XXI SA, por orden metodológico, será tratada mas adelante. (§105 *infra*)

94. Asimismo, conforme es de apreciar del cuadro que se anexa, Holding XXI SA, cuenta con el 52% de las acciones en NMB Limited. (ANEXO IV-18, p.5).

c) *Respecto del Ingreso de Inversiones NMB SAC en NMH*

95. Mediante Escritura Pública de fecha 07 de noviembre de 1996, se constituyó la empresa Coordinadora Olguín SA, la cual luego por Escritura Pública de fecha 28 de junio de 2000, modificó sus Estatutos, pasando a

²⁴ NMH a su vez es titular del 99% de las acciones en el BNM.

denominarse Inversiones NMB SAC (en adelante NMB SAC). (ANEXO II-25 p. 1 y asiento B 001).

96. Con fecha 02 de noviembre de 2000 la empresa vehículo NMB Limited, en su calidad de accionista mayoritaria de NMH (§ 91 *supra*), transfirió un *porcentaje* de sus acciones en NMH a Inversiones NMB SAC.

97. De esta manera, NMB SAC pasa a ser también accionista de NMH. De esta manera, los accionistas y porcentajes respectivos en el accionariado de NMH al mes de diciembre del año 2000 se encuentra conforme al cuadro que se anexa. (ANEXO IV-13 p.387 y ANEXO II-42).

d) Respetto de los Accionistas en Inversiones NMB SAC

98. Internamente Inversiones NMB SAC (NMB SAC) sufrió algunos cambios en su accionariado producto de transferencias de acciones. A efectos de conocer quienes integraron su accionariado, mencionamos dos momentos importantes (ANEXO IV-22 p.7):

- Con fecha 30 de noviembre de 2000, mediante contrato de transferencia de acciones la empresa Holding XXI SA, accionista con 43,89%, adquirió un paquete de acciones correspondiente al 8.1% de todas las acciones bajo titularidad de los Sres. Jacques Levy Calvo e Isy Levy Calvo y del Sr. David Levy Pessoa en Inversiones NMB SAC, lo que sumados le correspondió el 51.99% de acciones en dicha empresa.
- Con fecha 01 de diciembre de 2000, mediante contrato de transferencia de acciones la empresa Holding XXI SA y los otros accionistas transfirieron la totalidad de sus acciones en la empresa, menos una a NMB Limited, siendo la restante acción para NMH.

99. El cuadro de accionariado final a dicha fecha, de Inversiones NMB SAC, está representada por NMH con 77.09% y NMB Limited con el 22.91%. Para tal efecto, se adjunta el mismo en calidad de Anexo (ANEXO IV-13 p.388).

100. En otras palabras, al 01 de diciembre del año 2000, el Grupo Levy seguía manteniendo el control del BNM vía NMH, mediante otras empresas vehículos de su propiedad que circulaban en el esquema de control.

e) Elemento de control Indirecto en el BNM:

101. Por intermedio del Convenio Privado de Cesión de Derechos Políticos de fecha 20 de octubre de 2000, los señores Jacques Simon Levy Calvo e Isy Ralph Levy Calvo, cedieron la totalidad de sus derechos políticos a favor de su señor padre, el Sr. David Levy Pessa, del paquete de acciones que cada uno de los cedentes tenían dentro de la empresa Inversiones NMB SAC.

102. Dicha cesión, como todo acuerdo entre accionistas fue comunicado a la Gerencia General de la sociedad, dando cumplimiento a la Ley General de Sociedades de la República del Perú (ANEXOS II-36 y II-37).

103. Con ello se acredita que el Sr. David Levy Pessa era quien ejercía el control de la referida empresa Inversiones NMB SAC, constituida en el Perú.

104. Por lo tanto, al igual que por medio de NMB Limited en calidad de accionista mayoritario en NMH (§91 *supra*), también existió una participación indirecta del Sr. David Levy Pessa, en NMH a través de su accionista minoritario NMB SAC. De manera conjunta, por intermedio de ambas empresas vehículos se ejercía control indirecto en el BNM.

2.1.6 El Ingreso De Holding XXI S.A. Al BNM

105. Mediante Escritura Pública de fecha 12 de julio de 2000 (ANEXO II-24), se constituyó en la República de Panamá, la empresa Holding XXI SA, la

cual sería posteriormente la controladora del BNM, como se describirá más adelante.

106. Mediante Contrato de Transferencia de Acciones de fecha 29 de agosto de 2000 (ANEXO II-30), Corporación XXI Ltd. de Bahamas transfirió su 52% de acciones en NMH (accionista principal en el BNM) a favor de Holding XXI SA. Dicha operación acredita lo siguiente: (i) La calidad de accionista controlante de Corporación XXI Ltd. en NMH y (ii) el registro de la operación de transferencia en la contabilidad del BNM (ANEXO II-32²⁵).

107. De otro lado, cabe mencionar que en ejecución de las estipulaciones del Contrato de Transferencia de Acciones de fecha 29 de agosto de 2000, la empresa Corporación XXI Ltd. Bahamas suscribió con Holding XXI S.A., el Convenio Privado de fecha 11 de diciembre de 2001 (ANEXO II-44). Dicho Convenio privado tuvo como único objetivo la emisión del Certificado No. 16 a favor de Holding XXI SA (ANEXO II-27)²⁶.

108. Finalmente, resulta pertinente precisar que al 01 de diciembre de 2000 Holding XXI SA mantiene un paquete de acciones del 52% en NMB Limited. (§ 94 *supra*). A su vez, al 01 de diciembre de 2000 NMB Limited era la accionista mayoritaria en NMH (§ 91 *supra*).

109. Conforme hemos descrito anteriormente NMH es el accionista mayoritario con el 99.9% en el BNM (§ 73 *supra*).

110. Vista la secuencia en retrospectiva, se acredita que el control indirecto de la inversión, es decir en el BNM, se concentraba en la persona del Sr. David Levy Pessoa, como accionista controlante de las empresas vehículos al

²⁵ Del documento, ver la instrucción efectuada al Departamento de Contabilidad del Banco para el registro oficial de la operación de transferencia de acciones al nuevo titular de las acciones de la empresa vehículo.

²⁶ El Convenio Privado de fecha 11 de diciembre de 2001 dispone en su cláusula sexta que: “Corporación XXI Ltd. realizará todos los actos y suscribirá todos los documentos que sean necesarios a fin de formalizar la transferencia de las acciones (...) Holding XXI será titular del certificado No. 16”.

detentar **los derechos políticos** que los demás integrantes del Grupo Levy en su momento le cedieron.

a) Elementos de control indirecto de Holding XXI SA en el BNM:

111. Conforme a los Certificados de Acciones de Holding XXI SA de fecha 15 de agosto de 2000 (ANEXO II-28) se acredita la calidad de accionista del Sr. David Levy Pessoa, entre otros accionistas, distribuidos en partes iguales.

112. Tal como se ha mencionado anteriormente, en el Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de Corporación XXI Ltd. de fecha 28 de enero de 1999 (§ 64 *supra*), se acredita que los accionistas de la sociedad Sr. Isy Levy Calvo y Sr. Jacques Levy Calvo, cedieron a favor de su padre, el Sr. David Levy Pessoa, sus derechos políticos derivados de sus acciones en la empresa Corporación XXI Ltd.

113. Dicha **cesión de derechos políticos** se hizo extensiva (i) a las futuras transferencias de las acciones de Corporación XXI en NMH, controlante del BNM, que se efectúe a otras empresas vehículos en la estructura corporativa de la inversión del Grupo Levy y (ii) a la presencia del Sr. David Levy Pessoa como accionista en las futuras empresas vehículos adquirentes de las acciones de Corporación XXI Ltd. en los negocios de la familia.²⁷

114. Este hecho o condición, se materializó en el Contrato de Transferencia de Acciones de fecha 29 de agosto de 2000, donde Corporación XXI Ltd. transfiere las acciones²⁸ que tiene en NMH²⁹ a favor de Holding XXI

²⁷ El Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de Corporación XXI Ltd. del 28 de enero de 1999 dispone que: “Asimismo, se acuerda que la cesión de derechos políticos se mantendrá vigente aún cuando las acciones sean transferidas a otra sociedad, siempre y cuando, el Sr. David Levy Pessoa, tenga la condición de accionista en la empresa adquirente, en caso contrario, la cesión otorgada queda revocada en forma automática y de pleno derecho”.

²⁸ Corporación XXI Ltd. titular del 52% de acciones en el capital social de Nuevo Mundo Holding (NMH).

²⁹ Nuevo Mundo Holding (NMH), titular del 99.9% de acciones en el capital social en el Banco Nuevo Mundo (BNM).

SA. Se encuentra acreditado que el Sr. David Levy Pessoa es accionista de Holding XXI SA (§ 107 *supra*) y por tanto cumple con la condición estipulada en la referida Acta, gozando de los derechos políticos en el *control directo* de la empresa vehículo Holding XXI SA y por tanto del *control indirecto* en el BNM³⁰.

115. Mediante endose de fecha 12 de julio de 2005 del Certificado de Acciones No. 1 emitido por Holding XXI SA, (ANEXO II-27), el Sr. David Levy Pessoa cede sus acciones y sus derechos políticos de accionista controlante directo en Holding XXI SA a favor de la Sra. Renee Rose Levy, empresa vehículo, controlante indirecto del BNM.

b) *De la Ratificación de la Cesión de Derechos Políticos a favor de Renée Rose Levy*

116. A efectos de ratificar el acto de cesión de derechos del Sr. David Levy Pessoa, en su manifestación de voluntad contenida en el endose de fecha 12 de julio de 2005, donde transfirió sus acciones y los derechos políticos de accionista controlante que gozaba en Holding XXI SA, los señores Jacques Levy Calvo e Isy Levy Calvo, suscribieron la ratificación de dicha cesión de los derechos políticos con la nueva titular de las acciones de control, Sra. Renée Rose Levy. Dicha ratificación en el interior del Grupo Levy fue celebrada el 26 de julio del año 2005. (ANEXO II-45).

117. En dicho documento, los integrantes del Grupo Levy no sólo están de acuerdo con la cesión conferida por el Sr. David Levy Pessoa a favor de la hermana mayor de la familia, sino que proceden a ratificar y mantener los acuerdos celebrados en relación al alcance de la cesión de derechos políticos de las acciones, ahora bajo su propiedad.

³⁰ El control indirecto en el BNM de Holding XXI es por medio de la cadena de empresas vehículos, dentro de la estructura de inversión del Grupo Levy. Por ello, Holding XXI es controlante de NMB Limited con el 52% de acciones en ella. A su vez NMB Limited es contralante de NMH con el 91.4% de acciones en ella. Finalmente, NMH es titular del 99.9% de las acciones del BNM.

c) *De la Titularidad de los Derechos Políticos en la Totalidad de los Negocios del Grupo Levy a favor de Renée Rose Levy*

118. Mediante documento privado de fecha 26 de julio del año 2005 (ANEXO II-46), los integrantes del Grupo Levy, liderado por el Sr. David Levy Pesso acordaron la línea de sucesión que regirá en la estructura jerárquica de los negocios de la familia, a partir de dicha fecha.

119. El acuerdo que contiene la ratificación antes explicada, obedece al precario estado de salud del Sr. David Levy Pesso, quien se encontraba limitado a seguir con la dirección de los negocios familiares, mayor aún, de afrontar todos los procesos judiciales penales interpuestos en su contra por parte del Estado, derivado de la intervención y disolución del BNM.

120. Como es de apreciar de dicho documento, todos los integrantes de la familia acordaron mantener los acuerdos celebrados en relación al alcance de la cesión de derechos políticos de las acciones bajo propiedad de Jacques e Isy Levy Calvo y que fueron cedidas en su momento al Sr. David Levy Pesso. Asimismo, se admite y ratifica la designación de la hermana mayor Sra. Renee Rose Levy para que asuma el papel del padre como accionista controlante, en cuanto recaen en su persona las acciones controlantes sobre todas las empresas del Grupo Levy y en consencuencia sobre las inversiones de la familia, entre ellas el BNM.

121. Por último, se acordó que la participación del padre, Sr. David Levy Pesso en los negocios de la familia se mantendría en calidad de Consultor.

2.1.7 El Ingreso de Corporación XXI Ltda. S.A. (Panamá) al BNM

122. Para finalizar la exposición de la cadena de empresas vehículos del Grupo Levy sobre las cuales ejercen control de sus inversiones, entre ellas, el control en el BNM, mediante Escritura Pública No. 13958 de fecha 11 de junio de 2008 (ANEXO II-47), la empresa Holding XXI SA cambió de nombre a Corporación XXI Ltda. SA (en Panamá).

123. Al día de hoy, Corporación XXI Ltda. SA (Panamá) (antes Holding XXI SA) es propietaria del 52% de las acciones en NMB Limited. A su vez, NMB Limited tiene el 91.45% de acciones en NMH y finalmente NMH es propietaria del 99.9% de las acciones en BNM.

III. LEGITIMIDAD DE LA DEMANDANTE EN BASE AL APPRI PERÚ – FRANCIA

3.1 *Jus Standi* de la Sra. Renée Rose Levy en condición de accionista como persona natural y por derecho propio

124. En la determinación del derecho de acceso al arbitraje CIADI o *Jus Standi* de la demandante, se debe tener en cuenta el alcance del requisito *Ratione Personae* previsto en el Convenio CIADI, también denominado *Requisito Subjetivo*, el cual supone la participación de un Estado Contratante y de un nacional de otro Estado Contratante.

125. Asimismo, en la acreditación del *Jus Standi*, la demandante debe tener la condición de inversionista protegida por el APPRI Perú – Francia, es decir, debe cumplirse el requisito *Ratione Materiae* o *Requisito Objetivo* del Convenio CIADI, al ser la demandante titular de una inversión protegida por el APPRI.

3.1.1 Requisito Subjetivo o *Ratione Personae* – La Nacionalidad De La Inversionista

126. En lo que se refiere al requisito *Ratione Personae*, conforme al artículo 25 (2) (a) del Convenio CIADI se entiende como “nacional de otro Estado contratante”:

- (a) *toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de*

ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia;

127. A su vez, el artículo 1 (2) del APPRI Perú – Francia establece lo siguiente:

Para la aplicación del presente convenio: (2) El término “nacionales” designa toda persona física que posee la nacionalidad de una de las partes.

128. Respecto al requisito subjetivo o *Ratione Personae*, se encuentra acreditada la nacionalidad francesa de la inversionista, Sra. Renée Rose Levy, así como del Sr. David Levy Pessa, persona natural cedente de los derechos en la inversión y de las acciones controlantes en el BNM.

129. Para acreditar la nacionalidad francesa de la Sra. Renée Rose Levy, se adjuntan los siguientes documentos:

- (a) Copia de la Partida de Nacimiento emitida por organismo competente de la República Francesa (ANEXO VIII-1);
- (b) Copia de la Cédula de Identidad Francesa No. 02069181 (ANEXO VIII-2);
- (c) Copia del Pasaporte Francés No. OOA94432, en donde consta la nacionalidad francesa, lugar de nacimiento Neuilly-sur-Seine, Francia (ANEXO VIII-3);
- (d) Copia del Libro de Familia emitido por la Prefectura del Departamento del Sena, París, Francia, en donde consta el nacimiento de la Sra. Renée Rose Levy el 13 de agosto de 1949 en la localidad de Neuilly-sur-Seine, París, Francia (ANEXO VIII-4);

130. En cuanto a la nacionalidad francesa del Sr. David Levy Pessa, cedente de los derechos controlantes en la inversión, se adjuntan los siguientes documentos:

- (e) Copia del Diario Oficial de la República Francesa de Diciembre de 1932, en donde consta la inscripción por naturalización como ciudadano francés del Sr. Jacques Levy, padre del Sr. David Levy Pessa (ANEXO VIII-5);
- (f) Copia del Boletín Oficial de la República de Francia de Diciembre de 1932 en donde consta la nacionalización por naturalización del Sr. David Levy Pessa (ANEXO VIII-6);
- (g) Copia del Carnet de identidad emitido por la Embajada de Francia en Lima, Perú, el 28 de mayo de 1954, en donde consta la nacionalidad francesa del Sr. David Levy Pessa (ANEXO VIII-7);
- (h) Copia del Pasaporte Francés No. 108/63 del Sr. David Levy Pessa, en donde consta su nacionalidad francesa (ANEXO VIII-8);
- (i) Copia del Pasaporte Francés No. 107/86 del Sr. David Levy Pessa, en donde consta igualmente su nacionalidad francesa (ANEXO VIII-9);
- (j) Copia del Certificado de inscripción en el Registro de Franceses establecidos fuera de Francia, durante el período del 14 de junio de 1951 al 17 de agosto de 2007, emitido por la Embajada de Francia en Lima, Perú, el 4 de noviembre de 2009 (ANEXO VIII-10);
- (k) Copia de la Cartilla personal del Sr. David Levy Pessa, en donde consta su nacionalidad francesa, emitido por las autoridades alemanas, en donde figura que fue prisionero de guerra, en su condición de soldado francés, en los campamentos “Bathorn”, “Dalum”, “Wietmarschen”, entre otros, de 1940 a 1943 (ANEXO VIII-11);

131. En consecuencia, con los documentos adjuntos expedidos por las autoridades competentes de la República Francesa, se encuentra plenamente acreditada la nacionalidad francesa del Sr. David Levy Pessa y de la demandante, Sra. Renée Rose Levy. Conforme lo señala el laudo de jurisdicción *Tza Yap Shum vs. República del Perú*, conforme a los requisitos del Derecho Internacional, la nacionalidad que le confiere un Estado a una persona en aplicación de sus leyes goza de una fuerte presunción de validez³¹.

³¹ Ver, Laudo CIADI *Tza Yap Shum vs. República del Perú*, Decisión sobre Jurisdicción, del 19 de junio de 2009 (Caso CIADI N° ARB/07/6), párrafos 52 a 63 (Anexo VI-39).

132. En lo que se refiere a los momentos en que debe encontrarse acreditada la nacionalidad francesa, debemos señalar que la Demandante invitó a la Demandada al mecanismo de negociación directa mediante carta del 10 de diciembre de 2009, por un período de seis (6) meses, según lo establece el Artículo 8° del ABI Perú – Francia. Al no haber llegado las partes a un arreglo directo en el período indicado, mediante carta del 14 de junio de 2010 dirigida a la República del Perú, la Demandante dio por finalizado el período de negociación, aceptó la oferta del Estado al arbitraje CIADI y solicitó el inicio del proceso arbitral, *siendo el 14 de junio de 2010 el momento en que se perfecciona el consentimiento al arbitraje requerido por el Convenio CIADI.*

133. La *Solicitud de Arbitraje* fue presentada el 18 de junio de 2010, habiéndose registrado ante la Secretaría del CIADI el 20 de julio de 2010.

134. Por lo tanto, en cuanto al *requisito positivo* de la nacionalidad, éste se cumple plenamente, al estar acreditada la nacionalidad francesa de la inversionista, Sra. Renée Rose Levy, tanto al momento del consentimiento al arbitraje como al momento del registro de la solicitud. Igualmente, se encuentra acreditada la nacionalidad francesa del cedente de los derechos y acciones, Sr. David Levy Pessa, *al momento del surgimiento de la controversia el 5 de diciembre del año 2000.*

135. Asimismo se cumple el *requisito negativo* de nacionalidad, en tanto la inversionista no tiene ni ha tenido nunca la nacionalidad peruana. No existe documento alguno que indique que la Sra. Renée Rose Levy o el Sr. David Levy Pessa tienen o hayan tenido en algún momento la nacionalidad peruana.

3.1.2 Requisito Objetivo o *Ratione Materiae* – Inversión Protegida

136. En lo que se refiere al segundo elemento necesario para acreditar el *Jus Standi* de la demandante, los requisitos relativos a la inversión protegida o requisitos *Ratione Materiae* están previstos en el Artículo 25 (1) del Convenio CIADI y en el Artículo 1 (1) del APPRI Perú – Francia.

137. El artículo 25 (1) del Convenio CIADI establece que las controversias deben estar referidas a diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión:

“Artículo 25 (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (.....) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro (....)”.

138. A su vez, el artículo 1 (1) del APPRI Perú – Francia define de manera amplia qué se entiende por “inversión protegida”:

“Artículo 1.- Para la aplicación del presente convenio: (1) El término “inversión” designa todos los activos tales como bienes, derechos e intereses de toda naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente: (a) Los bienes muebles e inmuebles, así como todo otro derecho real tales como las hipotecas, privilegios, usufructos, fianzas y derechos similares; (b) Las acciones, primas en emisión y otras formas de participación, sean minoritarias o indirectas, en la sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes; (c) Las obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga valor económico; (...) (e) Las concesiones otorgadas por la ley o en virtud de un contrato (.....)”.

139. La Demandante, Renée Rose Levy, es titular de los derechos políticos y societarios que conceden el control indirecto sobre la inversión en el BNM, en virtud al endoso y cesión de derechos del 12 de julio de 2005, realizado sobre un paquete de acciones que otorgan el control político de la empresa Nuevo Mundo Holding S.A. constituida en Panamá. Esta empresa, a su vez, es titular del 99.99 % de las acciones del BNM (§§70 y 73, *supra*)

140. El control no se limita a la titularidad de estas acciones, sino al ejercicio de los derechos políticos y económicos sobre las empresas vehículos que tenían el control del BNM (§78, *supra*).

141. Adicionalmente a los textos del Convenio CIADI y del APPRI Perú – Francia, que reconocen la inversión directa e indirecta vía la titularidad de

acciones, es un hecho indiscutido en la doctrina y en la jurisprudencia arbitral CIADI, el derecho de demandar o *Jus Standi* con el que cuentan los accionistas de una compañía local que ha sido afectada por un acto estatal³².

142. Por lo tanto se encuentra acreditado el requisito objetivo de jurisdicción o la inversión indirecta de la Demandante mediante la titularidad de acciones a título personal y que a su vez le otorgan el control sobre el BNM - persona jurídica debidamente constituida en el Perú.

3.1.3 Requisito *Ratione Temporis* – Surgimiento de la Controversia y momento de la inversión

143. En lo que se refiere al momento en que surge la controversia, la titularidad de la inversión y su relación con el *Jus Standi* o derecho a demandar ante el CIADI, debe tenerse en cuenta las siguientes consideraciones.

144. En diciembre del año 2000, momento en que surgió la controversia con el Estado peruano, el Sr. David Levy Pessa contaba con el derecho o *Jus Standi* para acceder a las protecciones que otorga el APPRI Perú-Francia vigente desde mayo de 1996, incluido el derecho a iniciar un arbitraje internacional CIADI contra el Estado Peruano.

145. Como ha sido señalado anteriormente, el 12 de julio de 2005 el Sr. David Levy Pessa cedió sus derechos sobre la inversión en el BNM a favor de su hija, la Sra. Renée Rose Levy, igualmente de nacionalidad francesa, mediante el endoso de un paquete de acciones que otorgan el control político de la empresa Nuevo Mundo Holding S.A., titular del 99.99 % de las acciones del BNM.

³² Ver, *Laudo CIADI Siemens AG vs. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, del 3 de Agosto de 2004 (Caso CIADI N° ARB/02/8), Párrafo 142: “*As regards ICSID case law dealing with the right of shareholders to bring a claim before an arbitral tribunal, the decisions of arbitral tribunals have been consistent in deciding in favor of such right of shareholders*” (Anexo VI-36) y *Laudo CIADI Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, del 2 de Agosto de 2004 (Caso CIADI N° ARB/01/3): “*The claimant’s right to bring an action on their own has been firmly established in the Treaty and there are no reasons to hold otherwise in connection with this dispute. Neither is the situation contrary to international law or to ICSID practice and decisions... The Treaty language and intent is specific in extending this protection to minority or indirect shareholders*” (Anexo VI-12).

146. El Sr. David Levy Pesso se encontraba por lo tanto plenamente legitimado para transmitir a la Sra. Renée Rose Levy su derecho a demandar al Estado Peruano ante el CIADI por los actos violatorios del APPRI Perú – Francia, ocurridos el año 2000, lo cual se produjo mediante el endoso de las acciones controlantes.

147. Respecto a la posibilidad de ceder el *Jus Standi* a favor de un tercero, el *Laudo CIADI Mihaly International Corporation vs. Sri Lanka* resulta muy ilustrativo, al mencionar el Tribunal Arbitral el principio según el cual nadie puede ceder un mejor derecho del que posee³³, estando por ello imposibilitada la empresa Mihaly Canada de ceder el *Jus Standi* a un tercero.

148. *Contrario sensu*, si el derecho del ciudadano francés Sr. David Levy Pesso a demandar al Estado Peruano conforme al APPRI Perú – Francia, no ha sido cuestionado, la cesión del *Ius Standi* a favor de la Sra. Renée Rose Levy, igualmente de nacionalidad francesa, resulta plenamente válida.

149. El Sr. David Levy cedió el año 2005 un derecho con el que ya contaba válidamente al momento en que surgió la controversia el año 2000, no habiéndose cuestionado su nacionalidad francesa ni su derecho a acceder a las protecciones concedidas por el APPRI Perú - Francia, como sí ocurrió en el caso de la nacionalidad canadiense de la empresa Mihaly (Canadá).

150. En relación al momento de la inversión y el surgimiento de la controversia, esta interpretación es confirmada por lo dispuesto en el *Laudo*

³³ Ver, *Laudo CIADI Mihaly International Corporation vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Decisión sobre Jurisdicción, del 15 de marzo de 2002 (Caso CIADI N° ARB/00/2), Párrafo 24: “It follows that as neither Canada nor Mihaly (Canada) could bring any claim under the ICSID Convention, whatever rights Mihaly (Canada) had or did not have against Sri Lanka could not have been improved by the process of assignment..., on the ground that **“nemo dat quod habet or nemo potiore potest transfere quam ipse habet”**. That is, no one could transfer a better title than what he really has. Thus, if Mihaly (Canada) had a claim which was procedurally defective against Sri Lanka before ICSID because of Mihaly (Canada)’s inability to invoke the ICSID Convention, Canada not being a Party thereto, this defect could not be perfected vis-à-vis ICSID by its assignment to Mihaly (USA)” (énfasis agregado) (Anexo VI-26).

*CIADI Phoenix Action vs. República Checa*³⁴, ya que en dicho caso no se produjo una cesión válida del *Jus Standi*. Phoenix Action adquirió sus acciones de dos empresas checas, Benet Praha y Benet Group, empresas que debido a su nacionalidad checa, no contaban con el derecho a demandar al Estado receptor, en base a lo dispuesto en el APPRI Israel – República Checa.

3.2 *Jus Standi* de Renée Rose Levy en defensa de los derechos del BNM en calidad de inversionista controlante

151. Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, se debe tener en consideración que el derecho de la Sra. Renée Rose Levy a demandar al Estado Peruano por violación de las disposiciones del TBI Perú – Francia, no deriva únicamente de un derecho propio, es decir, de su condición de accionista controlante indirecta en el BNM, sino que su derecho a demandar o *Jus Standi* corresponde a los derechos e intereses del BNM, entidad intervenida por el Estado e igualmente de nacionalidad francesa.

152. Es un hecho reconocido en diversos laudos arbitrales de inversión, el derecho que tienen los accionistas, sean éstos mayoritarios o minoritarios, a plantear reclamos contra el Estado receptor, en representación de la empresa inversionista local de la cual son accionistas, posición que ha sido defendida, por ejemplo, por los abogados de la demandante en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*³⁵.

³⁴ Ver, *Laudo Arbitral Phoenix Action vs. The Czech Republic (Caso CIADI N° ARB/06/5)*, Decisión sobre Jurisdicción, del 15 de abril de 2009 (Anexo VI-32).

³⁵ El abogado de la República del Perú, Sr. Alexandrov, defendió esta tesis. Ver, *Laudo CIADI Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, del 14 de noviembre de 2005 (Caso CIADI N° ARB/97/3), en donde el Tribunal Arbitral señala claramente que la objeción de la República Argentina en el sentido que Vivendi Universal se encuentra imposibilitada de demandar debido al hecho que es únicamente una accionista de la empresa local (CAA) carece de fundamento, debiendo declararse infundada. Agregó el Tribunal Arbitral que diversos tribunales han rechazado esta posición, reconociendo el derecho de los accionistas a demandar en representación de su compañía subsidiaria afectada. Son dieciocho (18) los antecedentes arbitrales que contienen esta misma decisión, mencionados en el Apéndice 1 del Laudo CAA y Vivendi vs. Argentina (ver párrafos 88 y 94 del Laudo). Las Demandantes en este proceso manifestaron que se encuentra aceptado que accionistas, sean mayoritarios o minoritarios, están facultados para interponer acciones inversionista – Estado, sobre la base de un incumplimiento de un tratado de inversión, contra un acto que haya ocasionado perjuicios a la compañía en la cual estos accionistas mantienen inversiones (ver párrafo 36 (ii) del Laudo) (Anexo VI-8).

153. De igual forma, este derecho a demandar, con el que cuentan los accionistas en defensa de los derechos de la persona jurídica local afectada por los actos del Estado receptor, es también reconocido en el *Laudo CIADI Antoine Goetz y consorcio vs. República de Burundi*³⁶. En dicho laudo se señala que la jurisprudencia CIADI no limita la capacidad de demandar a las personas jurídicas afectadas directamente por las medidas violatorias, extendiendo dicho derecho a los accionistas de dichas compañías, quienes son los verdaderos inversionistas afectados.

154. En consecuencia, se encuentra acreditado en diversos antecedentes arbitrales y en la doctrina³⁷, la posibilidad que los accionistas del BNM reclamen ante el CIADI por medidas que afecten al propio BNM y sus activos, y no solamente por medidas que afecten directamente a los accionistas.

155. Según está reconocido en la doctrina³⁸ y en antecedentes arbitrales³⁹, el artículo 8 (3) del APPRI permite que los accionistas con control

³⁶ Ver, *Laudo CIADI Antoine Goetz y Consorcio vs. República de Burundi*, del 10 de febrero de 1999 (Caso CIADI N° ARB/95/3), párrafo 89: “*le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l’étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs*” (Anexo VI-2).

³⁷ LAIRD, Ian, “A Community of Destiny – The Barcelona Traction case and the development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims”. En: *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, p. 87-88: “*A claim may also be made on behalf of corporations incorporated in the respondent State by citizens of the claimant state if it can be shown that they either directly or indirectly own the corporation (i.e. over 50%) or can be said to directly or indirectly (i.e. legally or practically) control the corporation. Following the example of the Iran-US CSD, a majority interest is not necessarily required in an investment instrument to make a claim for the full damages incurred by an investment. This is also the case in NAFTA Chapter 11 where it is explicitly provided that “direct or indirect control” meets the requirements for an investor to bring a claim*” (Anexo VII-19).

³⁸ VALASEK, Martin y DUMBERRY, Patrick. “Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes”. En: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volume 26, Number 1, 2011. p. 51: “*One common method of investment is for foreign investor to have an interest in a locally incorporated corporation “indirectly” through its participation in “another corporation” (an intermediate corporation), which, in turn, has an interest in this local corporation. Arbitral tribunals have recognized the right of a foreign investor to submit a claim for damages suffered by a local corporation in the host State even if its interest in such corporation is held indirectly. The intermediate corporation may have the nationality of the claimant investor, the host State, or even a third State (...)*”. Asimismo, estos autores, en la página 70, citan al autor y abogado de la demandada, Sr. Stanimir Alexandrov, en “The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis”, *publicado en 4 (1) L. & Prac. International Courts & Tribunals* 19 (2005), quien señala lo siguiente: “*(....) it is beyond doubt that*

indirecto en la sociedad local (BNM) demanden al Estado receptor por la violación de las garantías del APPRI:

“Artículo 8 (3).- Una persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes y que antes del surgimiento de la controversia estuviera controlada por los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante será considerada, para los efectos del artículo 25 (2) de la convención mencionada en el párrafo (2) anterior, como sociedad de esa parte contratante”.

156. En lo que se refiere a los derechos del propio BNM, cuando se dispuso su intervención el año 2000, ya existía una inversión claramente identificada y evidenciada por la propia existencia del BNM, habiendo ingresado el Sr. David Levy Pesso como inversionista indirecto en el BNM, el 20 de enero de 1993 (¶ 59 *supra*).

157. Es decir, se trata de una inversión existente con anterioridad a los actos violatorios de los años 2000 y 2001 imputados al Estado Peruano, inversión preexistente que se encuentra protegida por el APPRI Perú – Francia, cuya defensa puede ser ejercida por la accionista controlante indirecta del BNM, según ha sido mencionado.

158. Cabe señalar que el BNM se encuentra intervenido por el Estado Peruano, estando a la fecha el BNM imposibilitado de ejercer sus derechos de manera directa. Por lo tanto la demandante, Sra. Renée Rose Levy, tiene plena legitimidad para demandar como accionista controlante.

shareholders have standing in ICSID to submit claims separate and independent from the claims of the corporation” y “this principle applies to all shareholders, no matter whether or not they own the majority of the shares or control the corporation” (Anexo VII-32).

³⁹ Ver, *Laudo CIADI Waste Management Inc. vs. México*, del 30 de abril de 2004 (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3), párrafo 85: *“If the NAFTA Parties had wished to limit their obligations of conduct to enterprises or investments having the nationality of one of the other Parties they could have done so. Similarly they could have restricted claims of loss or damage by reference to the nationality of the corporation which itself suffered direct injury. No such restrictions appear in the text. It is not disputed that the time the actions said to amount to a breach of NAFTA occurred, Acaverde was an enterprise owned or controlled indirectly by the Claimant, an investor of the United States. The nationality of any intermediate holding companies is irrelevant to the present claim” (Anexo VI-47).*

159. Finalmente, debemos llamar la atención del Tribunal Arbitral que la propia Demandada, en el procedimiento de Solicitud de Medida Provisional de Entrega de Información, ha reconocido en el párrafo 26 de su Escrito del 11 de Noviembre de 2010, la plena validez del concepto de la acción interpuesta por un accionista para la protección de los derechos de la entidad local, en el presente caso, de los derechos del BNM, al señalar lo siguiente:

*“Claimant also asserts that the tribunal has jurisdiction because Claimant’s rights are derived from the rights of BNM itself. Claimant seeks support for this argument in a law review article. However, the article does not support Claimant’s position. It addresses the issue whether a shareholder can assert an expropriation claim even if its shares are not seized. **The article might support an argument that Claimant’s father could bring a claim for damages related to an action that harmed BNM**”. Respondent’s Rejoinder to Claimant’s First Request for Provisional Measures, November 11, 2010. Par. 26. (El resaltado es nuestro).*

160. Por lo tanto, se encuentra plenamente acreditado el *Jus Standi* de la demandante o su derecho a demandar al Estado Peruano ante el CIADI, tanto en ejercicio de un derecho propio como accionista e inversionista indirecta en el BNM, como en defensa de los derechos del BNM en su calidad de inversionista controlante indirecto, al encontrarse acreditados los requisitos *Ratione Personae*, *Ratione Materiae* y *Ratione Temporis* previstos en el Convenio CIADI.

IV. LEY APLICABLE

161. La violación de los compromisos asumidos por el Estado peruano en el APPRI materia del reclamo de la Demandante, particularmente el respeto a las garantías y protecciones concedidas al inversionista, son analizadas y solucionadas en aplicación del derecho internacional. Dicha afirmación tiene validez tanto respecto de la ley aplicable a la controversia, así como de los estándares sustantivos que gobiernan el fondo de la misma.

162. El Artículo 42 (1) del Convenio CIADI recoge el principio consustancial a la institución del arbitraje relativo a que las partes son libres de

escoger el derecho aplicable a una controversia..⁴⁰ Del mismo modo, las Partes Contratantes del APPRI establecieron en el Artículo 8 (4), lo concerniente a las controversias que pudieran plantearse entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión, en caso ésta sea sometida al CIADI⁴¹.

163. Sobre el particular, nótese que el derecho aplicable a la controversia abarca, pero no se agota, las fuentes de derecho explícitamente mencionadas por el Artículo 8 (4) del APPRI. Evidencia adicional sobre este particular se encuentra en la aplicación que hace el Tribunal en el párrafo 102 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia en los seguidos por *Tza Yap Shum vs. República del Perú*⁴², en particular del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido de considerar que la piedra angular, consiste en el análisis de la voluntad común de las partes reflejada, en este caso, en el APPRI Perú-Francia.

164. Queda establecido entonces, que la ley aplicable a la presente controversia incluye, conforme al Artículo 8 (4) del APPRI, a la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones del APPRI, los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes y otras normas de derecho internacional que sean aplicables.

165. Si bien en la violación a las garantías y estándares de protección asumidos por el Estado en el APPRI es de aplicación exclusiva el derecho internacional, ya en el análisis interno de la controversia donde se considere el respeto y cumplimiento de la ley doméstica por parte del inversionista, implica

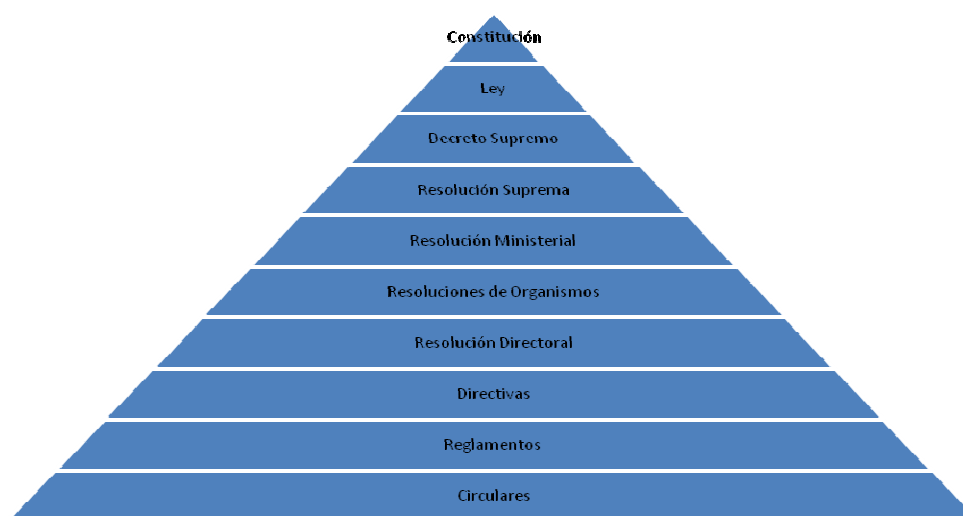
⁴⁰ El artículo 42 (1) del Convenio establece: “*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes.*” La misma regla se puede encontrar en las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL de 1976, las Reglas Adicionales de Facilitación del CIADI y las Reglas de Arbitraje de 1998 de la Cámara de Comercio Internacional.

⁴¹ El Centro resolverá de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.

⁴² *Ver Laudo CIADI Tza Yap Shum vs. República del Perú*. Decisión sobre Jurisdicción y Competencia. Caso CIADI ARB N°.07/6. (Anexo VI-39)

prima facie, considerar el alcance de la ley del Estado receptor, pero aún así siempre analizando la razonabilidad de la misma bajo la perspectiva del derecho internacional. Por ello, en caso de conflicto entre la ley interna y el derecho internacional, en la esfera internacional esta última prima necesariamente.

166. A efectos de poder entender mejor la relación de normas en el ordenamiento legal peruano, la estructura jerárquica de las distintas normas peruanas dictas por las diferentes entidades gubernamentales, graficamos lo siguiente⁴³.



167. Independientemente de la escala normativa interna, la primacía del derecho internacional constituye una de las garantías esenciales del sistema internacional y por ende constituye un principio fundamental del derecho internacional.⁴⁴

168. Bajo esta perspectiva, el derecho internacional goza de primacía sobre el derecho interno en el ámbito internacional, además de corroboración explícita en el ámbito del cumplimiento de los Tratados. El Artículo 27 de la

⁴³ Sobre la explicación respecto de cada norma, así como del órgano encargado de expedir las mismas, ver Forsyth ¶¶16-17.

⁴⁴ Constituyen antecedentes jurisprudenciales profusamente citados en este sentido los pronunciamientos de la *Comisión Especial de Reclamaciones Mexicano-Francesas* de 1928, del árbitro Sir Herbert Sisnett en la controversia entre Guatemala y los Estados Unidos en 1930 y del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en su dictamen de 1930 sobre el asunto de las comunidades Greco-Búlgaras.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativo a la observancia de los Tratados establece que un Estado no podrá invocar su derecho interno a fin de evadir la responsabilidad resultante del incumplimiento de un Tratado.⁴⁵

169. Sin embargo, no es únicamente debido a la explícita opción y mención de las partes establecida en el Artículo 8 del APPRI, que el derecho internacional se aplica al presente caso⁴⁶. La doctrina en general expresa dudas respecto a si una opción explícita de las partes a favor de la ley doméstica del Estado receptor, podría prevenir o relegar la aplicación del derecho internacional por parte de un Tribunal Arbitral internacional.⁴⁷

170. La teoría del *rol suplementario y correctivo* del derecho internacional frente al derecho interno se ha visto reflejada en diversos laudos arbitrales⁴⁸, entre los cuales podemos mencionar el laudo arbitral CIADI *Amco vs.*

⁴⁵ El artículo 27 de la *Convención de Viena* establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Sobre esta misma materia, el tribunal arbitral CIADI del caso *Amco v. Indonesia* se pronunció respecto al inciso 1 del artículo 42 del Convenio CIADI, en el sentido que cuando resulte aplicable el derecho interno de un Estado, este deberá contrastarse con el derecho internacional, el cual prevalecerá en caso de conflicto. “Article 42(1) refers to the application of host-state law and international law. If there are no relevant host-state laws on a particular matter, a search must be made for the relevant international laws. And, where there are applicable host-state laws, they must be checked against international laws, which will prevail in case of conflict.” (ICSID Reports p. 569-580).

⁴⁶ Se puede recurrir a mencionar antecedentes que datan de 1930 para ilustrar que en el área del arbitraje internacional de inversiones opera una internacionalización *per se* de la ley aplicable. En efecto, en el caso *Lena Goldfields v. URSS* se ventiló una controversia resultante de una concesión efectuada en 1925 a través de la cual el gobierno soviético otorgó derechos exclusivos de exploración minera en extensos territorios. En aquella oportunidad, el tribunal aceptó la argumentación del concesionario en el sentido que, mientras las leyes de la Unión Soviética gobernaban todas las “cuestiones domésticas en la URSS”, para “otros propósitos los principios generales del derecho tales como aquellos reconocidos en el artículo 38 del Estatuto Permanente de la Corte Internacional de Justicia, deberían ser considerados como la ‘ley propia del contrato’”

⁴⁷ LAUTERPACHT, E., “*The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes*” en *Receuil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Genève, Faculté de Droit, l'Université de Genève, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1968) 642, p. 660-661; FEUERLE, P., “International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes” 4 *Yale Studies in World Public Order* 89 (1977), p. 105-113; A. Broches, ‘*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application*’ 18 *Yearbook of Commercial Arbitration* 627 (1993), p. 669.

⁴⁸ Ver Laudo CIADI *Klockner vs. Cameroon*, Decisión de Anulación, 3 de mayo de 1985 (Anexo VI-20); Laudo CIADI *Letco v.s Liberia*, 31 de marzo de 1986; Ver Laudo CIADI *Amco vs. Indonesia*, 5 de junio de 1990; Ver Laudo CIADI *SPP vs. Egipto*, 20 de mayo de 1992; Ver Laudo CIADI *CDSE vs. Costa Rica*, 17 de febrero de 2000 (Anexo VI-9), Ver Laudo CIADI *Autopista vs. Venezuela*, 23 de setiembre de

*Indonesia*⁴⁹, que señala que el Art. 42 (1) del Convenio CIADI autoriza al Tribunal Arbitral a aplicar las normas del derecho internacional para cubrir lagunas en el derecho interno, así como para garantizar la preferencia de las normas de derecho internacional, en los casos en que las normas de derecho interno entren en colisión con la normativa internacional.

171. En sentido similar en el laudo arbitral CIADI *CDSE vs. Costa Rica*⁵⁰ se establece que el derecho internacional tiene un rol corrector frente al derecho interno, al señalar el Tribunal que en el caso de existir inconsistencia entre ambos sistemas normativos, las normas del derecho internacional deben prevalecer. De no ser así, en casos de afectación arbitraria del derecho de propiedad, la protección del derecho internacional estaría siendo negada al inversionista extranjero y el propósito del Convenio CIADI estaría siendo frustrado. Es por ello que en el caso *CDSE v.s Costa Rica*, ambas partes en el proceso, a pesar de las aparentes posiciones iniciales divergentes, finalmente aceptan que el derecho internacional prevalece.

172. En el laudo arbitral *Autopista Concesionada de Venezuela v.s República de Venezuela*⁵¹, referido a una demanda contractual, de igual manera se destaca la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

173. Un laudo arbitral de especial relevancia en esta materia es el laudo CIADI *Antonio Goetz y otros v.s Republica de Burundi*⁵², relativo al APPRI

2003 (Anexo VI-3), Ver Laudo CIADI *Antoine Goetz vs. Burundi*, 10 de febrero de 1999 (Anexo VI-2), entre otros.

⁴⁹ Ver Laudo CIADI *Amco vs. Indonesia*. En este mismo sentido la decisión del Tribunal Arbitral en *Agip vs. Congo* en el cual las partes acordaron que la ley aplicable sería la ley del Congo, complementada si fuera necesario por los principios del derecho internacional. En este caso el Tribunal desestimó la argumentación del Congo en el sentido que la inclusión de la palabra “complementada” en el acuerdo equivalía a una subordinación del derecho internacional a la ley nacional congoleña.

⁵⁰ Ver, Laudo CIADI *CDSE vs. Costa Rica*, 17 de febrero de 2000. 5 ICSID Reports 153, p. 170 (ANEXO VI-9).

⁵¹ PARRA, Antonio. “*Applicable Law in Investor-State Arbitration*“ in *Autopista Concesionada de Venezuela CA. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*. In that award, the tribunal stated that “whatever the extent of the role that international law plays under article 42 (1) (second sentence), this Tribunal believes that there is no reason in this case, especially considering that it is a contract and not a treaty arbitration, to go beyond the corrective and supplemental functions of international law”, p. 15 (Anexo VII-23).

entre Bélgica - Luxemburgo y Burundi que contiene una cláusula sobre ley aplicable que hace referencia al mismo tiempo, al derecho internacional y al derecho interno. La materia del caso está referida a la revocatoria de un régimen de zona franca.

174. El Tribunal consideró que conforme al APPRI debía aplicar una combinación de ambos marcos normativos. Al respecto, el Tribunal señaló lo siguiente⁵³:

“In the present case – which relates, it must be recalled, to the first sentence of Article 42 of the ICSID Convention – a complementary relationship must be allowed to prevail. That the Tribunal must apply Burundian law is beyond doubt, since this last is also cited in the first place by the relevant provision of the Belgium – Burundi investment treaty. As regards international law, its application is obligatory for two reasons. First, because, according to the indications furnished to the Tribunal by the claimants, Burundian law seems to incorporate international law and thus to render it directly applicable; ... Furthermore, because the Republic of Burundi is bound by the international law obligations which it freely assumed under the Treaty for the protection of investments....”

175. Asimismo, el Tribunal señaló que la aplicación de ambos sistemas normativos podría llevar a resultados distintos. De hecho, el Tribunal concluyó que conforme al derecho interno de Burundi, los actos estatales que afectaron al inversionista no eran ilegales y en consecuencia, conforme al derecho interno, Burundi no incurrió en responsabilidad internacional.

176. Sin embargo, analizados los mismos hechos desde la perspectiva del derecho internacional, aplicando el artículo 4 del APPRI Bélgica - Luxemburgo y Burundi⁵⁴, y tomando en consideración el rol correctivo y

⁵² Ver, Laudo CIADI *Antoine Goetz vs. República de Burundi*, 10 de febrero de 1999, 6 ICSID Reports 3.

⁵³ Ibid. p. 98 (VI-2)

⁵⁴ El Artículo 4 del BIT Bélgica-Luxemburgo y Burundi dispone que: “*The parties agreed to:not to take any measure depriving of, or restricting property rights or any other measure having a similar effect, with respect to investments made on its territory, unless considerations of public interest, security or national interest imperatively require it by way of an exception, in which case the following conditions must be met: (a) the measures shall be taken following a legal procedure; (b) they shall not be*

suplementario del derecho internacional, los actos estatales sí eran ilegales, en la medida en que el Estado no pagase una compensación adecuada al inversionista.

177. Una situación similar sucede en el presente caso, particularmente en lo relacionado con el rol del regulador bancario Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y del Banco Central de Reserva (BCR) en facilitar condiciones de liquidez a los bancos con miras a la superación de períodos temporal de liquidez, más aún si dichas circunstancias fueron producto de la crisis política generada por el propio Estado.

178. Tanto la interpretación y aplicación de la ley de banca, como inesperados cambios normativos mediante Decretos de Urgencia no sólo en los procesos de salvataje de entidades financieras, sino también en las facultades exorbitantes de los interventores de bancos, conlleva a estar formalmente en escenarios de intervención, facilitando situaciones de disolución y relajando el control en los procesos de liquidación de activos en perjuicio de los accionistas. Estas situaciones sirven de base para el análisis en determinar el incumplimiento o no, por parte de un inversor diligente respecto de la ley del Estado receptor, bajo la perspectiva del derecho internacional.

179. La primacía del derecho internacional sobre el derecho interno en controversias internacionales de inversión, ha sido sostenida incluso en aquellos casos en los que una cláusula de selección aplicable está referida únicamente al derecho interno⁵⁵. De manera similar al BIT Bélgica – Luxemburgo y Burundi, en el caso CIADI Goetz, el APPRI, contiene una serie de garantías referidas a la protección de la propiedad contra medidas estatales arbitrarias, reflejando los

discriminatory or contrary to a specific agreement; (c) they shall provide for adequate and effective compensation”.

⁵⁵ SCHREUER, Cristoph. “*The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes*”. p. 21. “The exclusion of international law through a choice of a particular domestic law cannot be presumed. Doing so would lead to the untenable consequence that an investor, by agreeing to the application of the host State’s law, waives the minimum standards of international law. International standards for the protection of foreign investors are preserved even in the face of a choice of the host State’s law. The mandatory rules of international law which provide an international minimum standard for the protection of aliens, exist independently of any choice of law made for a specific transaction. They constitute a framework of public order within which such transaction operate. Their obligatory nature is not open to the disposition of the parties”. (Anexo VII-28)

estándares internacionales mínimos de protección derivados del derecho internacional consuetudinario⁵⁶.

180. De diversas maneras queda demostrado que la mención conjunta y aplicación simultánea del derecho nacional e internacional para resolver las controversias entre inversionista y Estado receptor de la inversión en base del Artículo 8 del APPRI conlleva, en la práctica, la supremacía del derecho internacional⁵⁷ ante inconsistencias propias de la ley doméstica.

181. Para el presente caso, conviene enumerar aquellas fuentes de derecho internacional cuya aplicación es de especial relevancia, con el fin de determinar la sanción a la violación del compromiso internacional asumido por el Estado receptor en el APPRI.

182. Será igualmente útil singularizar, dentro del concepto genérico de cada fuente, qué instrumentos, normas de derecho internacional consuetudinario y principios generalmente reconocidos del derecho internacional son especialmente relevantes para la presente controversia.

183. En lo que se refiere al derecho internacional consuetudinario es aquí donde se aprecia probablemente con mayor claridad su rol principal. Es el

⁵⁶ El artículo 3 del APPRI Perú – Francia dispone que: “Cada una de las Partes Contratantes se compromete a asegurar, en su territorio y área marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra parte contratante, de modo que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado ni de hecho ni de derecho.” (Anexo X-1). Asimismo, el artículo 5 (2) del APPRI Perú – Francia establece que: “Las partes contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea provocar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante. Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada (...).”

⁵⁷ El inciso 1° del artículo 38° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define cuáles son las fuentes del Derecho Internacional: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59° (Anexo X-7).

derecho internacional el que en exclusiva regula el contenido de los estándares sustantivos que gobiernan la ilicitud internacional de una conducta que vulnera el trato justo y equitativo, trato nacional, discriminación, protección y seguridad plenas y prohibición de expropiación regulada y sancionada en el APPRI.

184. Así, por ejemplo, el ámbito de protección del estándar de trato justo y equitativo no se encuentra limitado ni en su concepción ni en su alcance a lo que se pueda entender como el *tratamiento mínimo del derecho consuetudinario* a favor de los inversionistas extranjeros y sus propiedades, por lo que el derecho internacional se constituye en el único referente en la protección de las garantías internacionales de manera amplia y eficaz a favor del inversionista, reconocido así en el Preámbulo del APPRI.

185. Del mismo modo, en lugar de incluir una definición de “expropiación” (como tampoco lo hace el APPRI), los tratados sobre promoción y protección de inversiones refieren al derecho internacional, el perfilamiento del concepto.⁵⁸ Por ello, se puede concluir que una expropiación indirecta (en la que no concurren los supuestos habilitantes del Artículo 5 del APPRI) viola el estándar mínimo de protección a cargo del Estado receptor de la inversión y le viene impuesta como obligación por el derecho internacional⁵⁹, siendo indiferente los considerandos de la ley doméstica del Estado receptor.

186. El rol protagónico que, dentro de la ley aplicable, ocupa el derecho internacional consuetudinario se puede apreciar también en las normas referidas a la responsabilidad internacional de los Estados y en la determinación de los daños al aplicar el estándar de *valor justo de mercado*. Estas derivan en su concepción general de la costumbre internacional y se han visto reflejadas en el

⁵⁸ COE, J. y RUBINS, N. “Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions” en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Todd Weiler, ed, Cameron May, Londres, 2005, p. 601. “From a substantive point of view, expropriation provisions in investment treaties could be regarded as superfluous, because a host State’s duty to compensate foreigners for expropriated property can be attributed to the minimum standard of treatment at customary international law, which is incorporated by reference into most modern BITs.” (Anexo VII-3)

⁵⁹ En general y como parte del estándar internacional, la provisión relativa al tratamiento justo y equitativo ha sido recogida en la mayoría de los casi tres mil tratados en materia de protección de inversiones actualmente vigentes en el mundo.

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el 2001, que es una fuente referente para el presente caso, como se verá en la Parte de este Memorial en lo concerniente a la responsabilidad internacional del Estado peruano.

187. En cuanto a las fuentes auxiliares mencionadas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a lo largo del presente Memorial se puede apreciar que los argumentos que se presentan se apoyan en la jurisprudencia internacional y doctrina aplicables, las cuales respaldan sustancialmente la posición de la Demandante al demostrar la existencia de varios actos del Estado que llegan a tener el nivel de violación a los estándares de trato justo y equitativo, trato nacional, discriminación, protección y seguridad plenas y por la gravedad de la afectación, también llegan a tener el alto nivel requerido para ser considerado expropiatorio y por tanto, acreditada la violación de los compromisos internacionales consagrados en el APPRI que el Estado receptor se obligó a respetar ante la comunidad internacional, lo que conlleva la responsabilidad internacional de afrontar los daños ocasionados.

188. Refiriéndose a la ley doméstica, la Demandante demuestra fehacientemente que tanto *la instalación* de la inversión como *su ejecución* en la República del Perú fue en estricto cumplimiento de la ley del sistema bancario y financiero. Del mismo modo, bajo la misma ley y en el período previo a la intervención, se demuestra que el BNM fue debidamente diligente al ofrecer al BCR una cartera de leasing por el valor de USD.12 a 15MM como garantía para las solicitudes de redescuento de créditos y con ello superar períodos temporales de iliquidez.

189. Por el contrario, se acredita la actuación arbitraria del BCR al denegar en gran parte este pedido del BNM renunciando al natural rol que el BCR debe cumplir para resguardar la estabilidad del sistema financiero, la misma que tiene como fuente la protección del ahorro público, situación irregular que condujo a la intervención del BNM.

190. Continuando con la ley doméstica, la Demandante demuestra fehacientemente que, tanto respecto de la ley bajo la cual se llevó a cabo la inversión, como aquella norma representada por el DU.108-2000 que creo un régimen paralelo al vigente relacionados a los procesos de intervención y disolución, la SBS asume posturas contradictorias y discriminatorias con relación al BNM.

191. Entre otras conductas durante el proceso de intervención, la SBS procede a disolver el BNM por el supuesto de falencia patrimonial principalmente por pérdidas derivados de mayores provisiones de cartera determinadas a julio del año 2001 pero llevados al cierre del ejercicio 2000 en el mes de diciembre, no obstante del Informe de Visita del mes de octubre del año 2000 donde la SBS nunca cuestionó la buena situación patrimonial del BNM ni identificó incumplimientos que conlleven a determinar las supuestas pérdidas que afecten en gravedad el patrimonial del BNM.

192. En efecto, como se describirá mas adelante en el Memorial, el BCR rechaza la solicitud de redescuento de créditos del BNM no obstante la entrega en garantía de un paquete de leasing para superar el período de iliquidez temporal, en base a razones arbitrarias.

193. Por su parte, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) no obstante estar frente a un mercado reducido de capital e inversión privada en el contexto nacional, lleva a cabo un retiro irracional, inesperado y desproporcionado de los fondos de las empresas estatales en los bancos, sin adoptar ningún criterio de planificación ni protector de la salud del sistema financiero.

194. Por parte de la SBS i) asume una postura pasiva respecto de comunicaciones injuriosas y rumores tendenciosos en el mercado sobre la posibilidad de intervención y cierre del BNM, denominado “pánico financiero” o “terrorismo financiero” en contra del BNM, a diferencia de la actuación activa que adoptó en respaldo de bancos locales, ii) en su calidad de interventor, la SBS actúa más como un pre-liquidador que como una entidad que debería buscar la normalización de las actividades propias de la actuación de un “comerciante

diligente”, iii) adopta una Gestión inapropiada reflejada en la abrupta e irracional reclasificación de la cartera de clientes que erosiona el patrocinio y conlleva a la determinación artificial de pérdidas, no obstante que la propia SBS en sus informes de fiscalización del mismo año no identificó dicha supuesta gravedad en la cuenta provisiones.

195. Esta conclusión es oportuna en cuanto a la ley aplicable y ello debe ser entendido en el contexto del análisis de la violación a los requisitos de los estándares de trato justo y equitativo, trato nacional, discriminación, así como del *test de los efectos* propio del acto expropiatorio denunciado.

196. Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado, la primacía del derecho internacional es oportuna particularmente cuando se procede a analizar la afectación de la inversión protegida con relación a la expectativa del inversor en no sufrir cambios sustanciales del marco regulatorio que afecta directamente su inversión, así como de una interpretación de buena fe en la aplicación de la ley que el Estado busca aplicar a los hechos, así como de las prácticas propias de la plaza por parte del Regulador, como del BCR en su papel de última instancia en coadyuvar a superar situaciones temporales de liquidez.

197. Asimismo respecto a la comprobada ambigüedad y oscuridad de las normas dictadas específicamente para la intervención, disolución y liquidación del BNM con referencia a la normativa del régimen general, su aplicación práctica que afecta directamente los derechos de los accionistas en la toma de decisiones sobre la inversión en un escenario de intervención.

198. Del mismo modo, la rigidez de las medidas adoptadas en general por el Estado con relación a incentivar una situación formal de iliquidez empujada por el propio Estado, y una vez en Intervención regulatoria, a la arbitraria reclasificación de la cartera al señalar el Estado que no simplemente existe información del proceso de deterioro de la misma bajo gestión de la SBS, no obstante que ello es el punto principal que afectó en gravedad el patrimonio que colocó al BNM en el supuesto artificial de disolución.

199. Por último, las irregularidades del proceso de liquidación en la venta y disposición de activos del BNM, la inexistencia de informes del liquidador respecto de su gestión, no respetar el derecho de información de los accionistas, la falta de valorizaciones de los bienes materia de transferencia que afecta las expectativas de un saldo remanente a favor de los accionistas. Finalmente, la interferencia acreditada del Poder Ejecutivo en procesos judiciales pendientes de resolución ante la Corte Suprema de Justicia.

200. A continuación, se pasará a desarrollar las Peticiones de la Demandante y cómo éstas se encuentran amparadas en su integridad tanto por el derecho nacional, como por el derecho internacional.

SEGUNDA PARTE: ANTECEDENTES DE HECHO DE LA CONTROVERSIA

I. INTRODUCCIÓN

201. Este segundo capítulo del Memorial de Méritos contiene la descripción fáctica de (i) la situación económica del BNM antes de su intervención, (ii) los sucesos que antecedieron a la toma estatal del Banco, describiendo (iii) las acciones de mitigación efectuadas por los accionistas, (iv) los actos y (v) las omisiones estatales antes, durante y luego de la intervención, así como de los dictámenes y conclusiones a los que llegó (vi) el Congreso de la República, (vii) los tribunales judiciales nacionales y (viii) los administradores judiciales provisionales del Banco. Todo ello en relación con la gestión de la SBS en el BNM.

202. Demostraremos que la solvencia económica y financiera del BNM nunca estuvo en cuestionamiento y que el problema de liquidez al que fue arrastrado por actos y omisiones del Estado Peruano fue un inconveniente coyuntural y pasajero. Asimismo, que no existieron razones legítimas para que el Estado decidiera eliminar toda la participación de los accionistas en el capital social del Banco y, por último, que la medida estatal de su Disolución fue adoptada de forma arbitraria.

203. Las conclusiones alcanzadas y las hipótesis que en esta parte del Memorial quedarán demostradas, hacen evidente que el Estado Peruano, a través de la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva y el Ministerio de Economía y Finanzas ejercieron sus facultades discrecionales de forma arbitraria, injusta e inequitativa y que existió interferencia directa del Poder Ejecutivo en los procesos judiciales llevados a cabo en el Perú, afectando el derecho de defensa de la Inversionista.

II. EVOLUCIÓN DEL BNM EN EL MERCADO BANCARIO PERUANO HASTA EL MOMENTO DE SU INTERVENCIÓN ESTATAL

204. Esta sección se refiere a los fundamentos de la viabilidad comercial, económica y financiera del BNM, que demuestran que desde el inicio de sus operaciones en el año 1993 el Banco tuvo una trayectoria positiva progresiva en el mercado bancario peruano y que su consolidación como uno de los bancos más importantes del país fue truncada por la arbitraria intervención estatal y disolución societaria a la que fue sometido en diciembre del año 2000.

2.1 La Constitución y el Proceso de Consolidación del BNM

205. Los fundadores del BNM obtuvieron la Licencia de Organización de Banco en el año 1991, paso previo para su constitución como sociedad en el Perú. La Licencia de Funcionamiento fue obtenida en enero de 1993, por lo que el Banco inició sus operaciones en la ciudad de Lima, Perú, el día 25 de enero de 1993⁶⁰.

206. El BNM fue fundado con un capital social de S/.3.3 millones, que aumentaría a S/.180 millones (¶242, *infra*), monto del capital social del Banco al momento de su intervención estatal en diciembre del año 2000.

207. Desde que acordaron su fundación, los accionistas del BNM estuvieron comprometidos con el crecimiento de la empresa y decidieron consolidar su inversión en la economía peruana, en un contexto político y económico muy complicado para cualquier inversionista (JLevy ¶19). Es importante contextualizar que, el 28 de julio de 1990, concluyó el primer gobierno del Presidente Alan García Pérez (85-90). Durante ese quinquenio, el Perú sufrió la crisis económica y social más profunda de toda su historia republicana⁶¹.

⁶⁰ Ver “Notas a los Estados Financieros del Banco Nuevo Mundo en Intervención al 31 de diciembre del 2000”, auditados por *PricewaterhouseCoopers*, nota 1, “Actividades y marco legal”, foja 011. (ANEXO I-11).

⁶¹ La Administración García concluyó con una inflación de tres mil puntos porcentuales (3000%), una cesación de pagos de la deuda externa y un intento de estatización de la banca privada en 1987. La

208. A pesar del contexto político y económico poco favorable, a lo largo de la década de los noventa, el BNM mantuvo un ritmo de crecimiento sostenido, incrementando anualmente su patrimonio, aumentando capital mediante nuevos aportes de dinero y reinvertiendo las utilidades obtenidas en cada ejercicio (Ver JLevy ¶¶96, 97 y 99).

209. El Banco fue consolidando su política de crecimiento que consistía en atender principalmente a la banca comercial y personal, e ir paulatinamente absorbiendo bancos más pequeños con carteras de créditos orientadas a la banca comercial y de consumo (JLevy ¶¶27, 28 y 36). Sobre este aspecto, la empresa clasificadora de riesgo *Apoyo y Asociados Internacionales SAC*, asociada a la firma internacional *FitchRatings*, señaló⁶²:

“Inicialmente, el desarrollo del banco estuvo apoyado en el segmento de la Banca Corporativa y sobre todo, orientado a las empresas más importantes y solventes. Ahora, viene diversificando sus operaciones incursionando en el segmento de la mediana empresa, especialmente en los sectores más dinámicos de la economía, y en banca personal y de consumo, este último orientado a las personas naturales de los niveles socioeconómicos medio alto y alto. Cuenta con una filosofía de servicio orientada al cliente, basada en alta calidad y un trato personalizado.”

210. Durante su tiempo de operación, el BNM mantuvo un crecimiento sostenido con en cuanto a cartera de créditos otorgados. Al respecto, la misma firma clasificadora de riesgo señaló⁶³:

“El desarrollo de su cartera de productos en sus siete años de operación y la reciente fusión con Nuevo Mundo Leasing y el Banco del País le han permitido ubicarse en la **sexta posición en colocaciones y en depósitos** (séptima a fines de 1999), con una participación de mercado de 4.5 y 2.8% a junio de 2000, respectivamente.” (Énfasis agregado)

primera mitad de la década de los noventa se caracterizó también por una situación de guerra subversiva interna.

⁶² “Informe de Clasificación de Riesgo Banco Nuevo Mundo”, por *Apoyo y Asociados Internacionales SAC*, p.1. (Anexo I-1)

⁶³ *Id.* Cabe indicar que, en ese momento, existían 18 bancos autorizados operando en el Perú.

211. A setiembre de 2000, el Banco contaba con una oficina principal ubicada en el corazón financiero del país (JLevy ¶22), el distrito de San Isidro en Lima, y con 22 agencias bancarias en toda la capital y una sucursal ubicada en la ciudad de Trujillo. El número de trabajadores que laboraba para el Banco era de 511 personas⁶⁴.

2.2 Fundamentos Comerciales, Económicos y Financieros de la Viabilidad del BNM Previos a su Intervención por la SBS

2.2.1 Situación Patrimonial e Indicadores Financieros y de Riesgo del BNM Antes de su Intervención por la SBS

212. El patrimonio neto del BNM, de acuerdo con el Balance General al 31 de diciembre de 1999 -correspondiente al último ejercicio antes de su intervención- auditado por la firma de auditoría internacional *PricewaterhouseCoopers*, era de S/.226 millones 999 mil⁶⁵. Conforme al Balance General del BNM al 30 de noviembre de 2000, cinco días antes de su intervención, el patrimonio neto del Banco ascendía a más de S/.255 millones, con una utilidad acumulada del ejercicio hasta dicho mes por S/. 8.7 millones⁶⁶. Es evidente el crecimiento patrimonial experimentado por el Banco y la constante generación de utilidades en el negocio.

213. Se encuentra acreditado que los principales índices financieros del BNM sostenidos a lo largo del año 2000 demostraban una condición muy satisfactoria con relación a los índices promedio del sistema bancario nacional. Así, por ejemplo:

⁶⁴ Ver también, las cifras sobre agencias bancarias y personal contratado en el documento “Evaluación preliminar de la fusión de dos entidades bancarias”, *Apoyo Consultoría*, diciembre 2000, p.31. (Anexo I-2)

⁶⁵ Ver, Balance General y las notas acerca de la cuenta patrimonial del BNM en el documento “Estados Financieros 31 de diciembre de 1999 y 31 de diciembre de 1998 - Banco Nuevo Mundo”, auditados por *PricewaterhouseCoopers*. (Anexo I-13)

⁶⁶ Ver “Balance General al 30/11/2000 en Nuevos Soles” (Anexo I-14).

- A setiembre de 2000, el porcentaje de cartera calificada como Normal del BNM era de 79.1%, superior al promedio del sistema que era de 63.8%. El 91.2% de su cartera de colocaciones se encontraba clasificada en las dos primeras –y mejores- categorías de clasificación⁶⁷, mientras que la cartera crítica (créditos *Deficientes, Dudosos y En Pérdida*) representaban en el BNM únicamente el 8.8% de su portafolio, muy inferior al 16.1% que mostraba el promedio del sistema⁶⁸.
- A esa misma fecha, la cartera atrasada del BNM con respecto a las colocaciones era únicamente del 5.6% (US\$37.8 millones), en tanto que las del sistema nacional era de 8.6%⁶⁹.
- Al 30 de setiembre de 2000, las colocaciones directas alcanzaron US\$532 millones, lo que significó un crecimiento del 5.7% respecto a diciembre de 1999. Dicho incremento provino del aumento en las colocaciones de arrendamiento financiero, que pasaron de US\$151 a US\$201 millones, representando el 37.9% de las colocaciones directas del Banco⁷⁰.
- Los ratios de rentabilidad sobre activos y sobre patrimonio fueron, al 30 de setiembre de 2000, de 0.5% y 4.6%, respectivamente, siendo superiores al promedio del sistema, que alcanzaban 0.4% y 3.8%, respectivamente⁷¹.

214. La mejor situación económica-financiera relativa del Banco frente a otros bancos del sistema, es evidente en el gráfico siguiente. Como puede apreciarse, al mes de noviembre de 2000 (cinco días antes de la intervención estatal del BNM), el Banco tenía cuentas contables más favorables, que mostraban

⁶⁷ Categorías “*Normal*”, que corresponde a la mejor calificación de un deudor en el sistema y “*CPP*” (con problemas potenciales), que corresponde a la categoría inmediata inferior después de “*Normal*”.

⁶⁸ “Evaluación preliminar de la fusión de dos entidades bancarias”, *Apoyo Consultoría*, diciembre 2000, p.46. (Anexo I-2)

⁶⁹ *Id.*, p.49.

⁷⁰ “Evaluación preliminar de la fusión de dos entidades bancarias”, *Apoyo Consultoría*, diciembre 2000, p.32. (Anexo I-2)

⁷¹ *Id.*, p.34.

un crecimiento sostenido respecto del ejercicio del año anterior, lo que puede apreciarse en términos porcentuales en la columna correspondiente:

	BNM			BANCA COMERCIAL		
	EEFF AL:		+/- %	EEFF AL:		+/- %
BALANCE GENERAL	Nov-00	Dec-99	Nov/Dec-99	Nov-00	Dec-99	Nov/Dec-99
FONDOS DISPONIBLES	93,430	76,452	22.2%	4,106,224	4,304,121	-4.6%
COLOCACIONES	463,430	471,472	-1.7%	10,478,247	10,931,701	-4.1%
Interbancarias Otorgadas	-	2,874	-100.0%	112,505	84,206	33.6%
Sobregiros + Avances Cta.Cte	28,765	25,567	12.5%	713,976	760,821	-6.2%
Descuentos + Préstamos	188,606	258,923	-27.2%	6,735,499	7,423,720	-9.3%
Créditos Hipotecarios	20,532	27,528	-25.4%	832,346	829,220	0.4%
Otras Colocaciones + Leasing	189,227	153,872	23.0%	1,171,387	1,185,305	-1.2%
Créditos Refinanciados	27,276	9,286	193.7%	758,330	617,823	22.7%
Créd.Vodo.+ Jud.(Cartera Atrasada)	37,914	17,857	112.3%	1,183,744	1,005,945	17.7%
- Provisión Riesgos Incobrabilidad	(28,889)	(24,435)	18.2%	(1,029,540)	(975,338)	5.6%
TOTAL ACTIVOS	745,057	717,794	3.8%	19,928,820	20,520,394	-2.9%
DEPOSITOS	254,176	264,678	-4.0%	12,110,897	12,319,141	-1.7%
Vista	16,745	21,853	-23.4%	1,882,782	1,843,841	2.1%
Ahorros	29,279	41,451	-29.4%	3,220,645	3,405,413	-5.4%
Plazo (Incl. CTS + CBME)	183,247	191,352	-4.2%	6,475,353	6,591,128	-1.8%
Otros Depósitos	24,905	10,022	148.5%	532,118	478,759	11.1%
FINANCIAMIENTO RECIBIDO	308,123	318,322	-3.2%	3,559,814	3,928,125	-9.4%
Interbancarias Recibidas	850	-	0.0%	114,726	83,182	37.9%
Préstamos + Financ.Otros Bancos	307,273	318,322	-3.5%	3,431,665	3,826,108	-10.3%
Bonos y Valores hip adeudados	-	-	0.0%	13,423	18,835	-28.7%
PATRIMONIO NETO	72,280	66,969	7.9%	1,949,275	1,809,424	7.7%
TOTAL PASIVO Y PATRIM.	745,057	717,794	3.8%	19,928,820	20,520,394	-2.9%

2.2.2 Exitosa Fusión por Absorción de Tres Entidades Financieras en el Año 1999

215. Con fecha 28 de mayo de 1999, la Junta General de Accionistas del BNM autorizó el proyecto de fusión por el cual el Banco absorbería a las sociedades *Banco del País*, *Nuevo Mundo Leasing Sociedad Anónima* y *Coordinadora Primavera Sociedad Anónima*. En esa misma fecha, los accionistas de dichas entidades aprobaron también su absorción. La fecha de entrada en vigencia de dicho acuerdo fue el 30 de setiembre de 1999⁷².

216. El 6 de agosto de 1999, mediante Resolución SBS No. 718-99, la Superintendencia aprobó el proceso de fusión del BNM por absorción del *Banco del País*, *Nuevo Mundo Leasing Sociedad Anónima* y *Coordinadora Primavera Sociedad Anónima*.

⁷² Ver la inscripción del acuerdo de fusión que consta en el Registro Mercantil peruano, en la Partida Electrónica del BNM, Asiento B00003 del 24/03/2000. (Anexo II-16)

217. La operación fue contabilizada “bajo el método de compra en una combinación de negocios a los valores razonables de los activos y pasivos de la compañía adquirida e incorporándose sus operaciones en los estados financieros desde la referida fecha de fusión”⁷³.

218. Al absorber a las tres entidades mencionadas, el BNM consolidó su fortaleza en el sistema financiero peruano. Asimismo, producto de dicha transacción, la propia SBS autorizó expresamente al Banco a registrar contablemente un crédito mercantil (*Goodwill*) por S/.47.5 millones, que debería ser amortizado en el plazo de cinco años. Dicho crédito mercantil comprendía básicamente el mayor valor pagado por la adquisición del *Banco del País* respecto del valor razonable de sus activos y pasivos identificables, y fue registrado con abono a una cuenta de reserva especial en el patrimonio neto⁷⁴.

219. Respecto de la absorción del Banco del País por parte del BNM, la *Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargada de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo*, una de las dos comisiones especiales conformadas por el Congreso de la República para investigar la irregular intervención del BNM, señaló⁷⁵:

“La fusión por absorción que se hizo del Banco del País al Banco Nuevo Mundo fue SUPERVISADA y APROBADA en forma expresa por la Superintendencia de Banca y Seguros, quien emitió la correspondiente Resolución que viabilizó la indicada fusión.

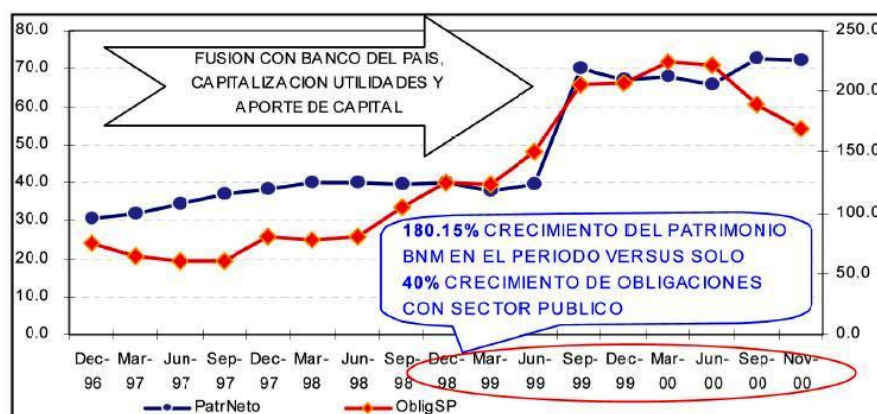
Uno de los funcionarios que habría participado activamente en la evaluación y discusión de la conveniencia de ésta fusión para el BNM, sería Jorge Mogrovejo, quien fue el funcionario de la SBS a cargo del Banco Nuevo Mundo durante buena parte del año 1999 y todo el 2000.”
(Énfasis contenido en el documento original)

⁷³ “Notas a los Estados Financieros del Banco Nuevo Mundo en Intervención al 31 de diciembre del 2000”, auditados por *PricewaterhouseCoopers*, nota 1, “Adquisición del Banco del País”, foja 013. (Anexo I-11).

⁷⁴ *Id.*, nota 8 (a), foja 032.

⁷⁵ “Informe Final del Grupo de Trabajo de la Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargada de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo”, junio de 2004, p.23. (Anexo I-8)

220. El gráfico siguiente ilustra la evolución del patrimonio neto del BNM luego de la absorción del Banco del País, comparativamente graficado con la evolución de los depósitos del sector público en el Banco. Como se puede apreciar, a pesar del crecimiento patrimonial del 180%, el nivel de captación de colocaciones de empresas del Estado se mantuvo prudencial, incrementándose únicamente en un 40%:



221. Se encuentra acreditado entonces que el BNM llevó a cabo una absorción de empresas que fue debidamente supervisada y aprobada por la Superintendencia. De esta forma, el Banco iniciaba el año 1999 su estrategia de expansión en el sistema bancario.

2.2.3 Clasificaciones de Nivel de Riesgo Positivas por Dos Prestigiosas Empresas Clasificadoras en Junio y Setiembre de 2000

222. Por mandato legal, periódicamente y ante sucesos de importancia, las empresas clasificadoras de riesgo autorizadas por la SBS realizan un análisis exhaustivo de las empresas financieras que contratan sus servicios, los cuales sirven para brindar señales al mercado respecto a la fortaleza de la institución. Las clasificaciones determinadas por dichas empresas se basan en un análisis metodológico, cuantitativo y cualitativo de las entidades financieras auditadas.

223. Antes de la intervención de la SBS al BNM, el Banco había sido evaluado por *Class & Asociados* y por *Apoyo & Asociados Internacionales*, empresas que le otorgaron al BNM la clasificación de B+ y B, respectivamente, en

setiembre de 2000. En ese mismo mes, las dos empresas clasificadoras coincidieron en ratificar la Categoría A y A+, respectivamente, a los instrumentos financieros ya emitidos por el Banco y a la tercera emisión de bonos subordinados a ser emitidos más adelante.

224. Adicionalmente, en razón del interés del BNM en absorber al *Banco Financiero*, una firma consultora realizaría una evaluación adicional de la situación del BNM (*Ver* el detalle de la frustrada operación de compra del *Banco Financiero* en ¶245-251, *infra*).

a) Informe de la Sociedad Clasificadora de Riesgo Class & Asociados

225. En Setiembre de 2000 la empresa clasificadora de riesgo *Class & Asociados Sociedad Anónima*⁷⁶ emitió el “Informe de evaluación de empresas de los sistemas financiero y de seguros al 30 de Junio del 2000: Banco Nuevo Mundo” (ANEXO I-5). En dicho informe se puede observar la evaluación cuantitativa y cualitativa de la situación de la entidad financiera. Asimismo, contiene la evaluación que hace la empresa clasificadora de riesgo sobre el cumplimiento de la regulación existente por parte del Banco, entre otros aspectos. A continuación se detallan las conclusiones más relevantes, para el caso en análisis.

226. *Class & Asociados* otorga una clasificación de **B+**, tal y como se observa en la siguiente ilustración⁷⁷:

Categoría	Sub-Categoría
B	B+

Definición:
Corresponde a instituciones financieras o empresas de seguros con una sólida fortaleza financiera. Son entidades con un valioso nivel de negocio, que cuentan con un buen resultado en sus principales indicadores financieros y un entorno estable para el desarrollo de su negocio.

⁷⁶ www.classrating.com

⁷⁷ “Informe de evaluación de empresas de los sistemas financiero y de seguros al 30 de Junio del 2000: Banco Nuevo Mundo” por *Class & Asociados S.A.*, p.1. (Anexo I-5)

227. En la sección II.1 de dicho Informe, correspondiente al punto de Análisis Cuantitativo, la empresa clasificadora de riesgo opinó lo siguiente respecto a la liquidez del BNM ⁷⁸:

“A junio del 2000, el Banco Nuevo Mundo opera mayoritariamente en moneda extranjera, teniendo el 88.36% y el 80.32% de sus activos y pasivos respectivamente, en dicha denominación. En cuanto al riesgo cambiario, la posición del banco ante los efectos de una devaluación al finalizar el segundo trimestre del año, es más holgada a la correspondiente al cierre de 1999, **pudiendo cubrir la exposición de sus pasivos en moneda extranjera...**” (Énfasis agregado)

228. Respecto a la Calidad de Activos del BNM, *Class & Asociados* en el punto II.4 Calidad de Activos, establece que ⁷⁹:

“A junio del 2000 los activos improductivos del BNM se incrementan 87.6%, lo que es explicado principalmente por el aumento de las colocaciones refinanciadas, vencidas y en cobranza judicial, que alcanza S/ 180 millones. La coyuntura económica y financiera por la que atraviesa la economía ha llevado a varios clientes importantes del banco a tener problemas para cumplir con sus obligaciones... **BNM sufre un deterioro de su cartera, presentando al final del primer semestre del 2000 una cartera vencida y refinanciada equivalente al 7.19% del total de sus colocaciones, nivel inferior al mostrado en promedio por el sistema financiero que es de 11.59%**” (Énfasis agregado)

229. De acuerdo con la evaluación efectuada sobre el Banco, *Class & Asociados* le otorgó las siguientes clasificaciones de riesgo promedio:

Clasificación de Riesgo	Emisión	Clasificación Vigente
Fortaleza Financiera		B+
Depósitos a Corto Plazo		CLA-1
Bonos de Arrendamiento Financiero	3ra., 4ta., 5ta.	AA-
B.A.F. “Nuevo Mundo Leasing”	1ra.	AA-
Bonos Subordinados	1ra., 2da., 3ra.	A+

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*, p. 3.

b) Informe de la Sociedad Clasificadora de Riesgo Apoyo y Asociados Internacionales

230. La empresa clasificadora de riesgos *Apoyo y Asociados Internacionales Sociedad Anónima Cerrada*⁸⁰, asociada a la prestigiosa firma internacional *FitchRatings*⁸¹, en setiembre del 2000 le otorgó la clasificación institucional de “B” al BNM (ANEXO I-1).

231. En la misma sección, se puede observar la clasificación para diversos instrumentos del BNM, tal como lo muestra la siguiente ilustración⁸²:

Instrumento	N° Emisión	Monto	Plazo	Rating
Depósitos a plazos			Hasta 1 año	CP-1-(pe)
BAF	3era Emisión	US\$ 10 millones	3 años	AA- (pe)
BAF	4ta Emisión	US\$ 40 millones	5 años	AA- (pe)
BAF	5ª Emisión	US\$ 30 millones	3 Años	AA- (pe)
BAF Nuevo Mundo Leasing	1era Emisión	US\$ 4 millones	5 años	AA- (pe)
Bonos Subordinados	1era Emisión	US\$ 4 millones	5 años	A (pe)
Bonos Subordinados	2da Emisión	US\$ 4 millones	5 años	A (pe)
Bonos Subordinados	3era Emisión	US\$ 8 millones	10 años	A (pe)

232. En ese mismo Informe de la firma *Apoyo y Asociados Internacionales*, se detalla el significado de cada clasificación de nivel de riesgo otorgada⁸³:

“Para Instituciones Financiera y de Seguros:

Categoría B:

Corresponde a aquellas instituciones que cuentan con una buena capacidad de pago de sus obligaciones en los términos y condiciones pactados, pero ésta es susceptible de deteriorarse levemente ante posibles

⁸⁰ www.aai.com.pe

⁸¹ www.fitchratings.com

⁸² “Informe de Clasificación de Riesgo Banco Nuevo Mundo”, por *Apoyo y Asociados Internacionales SAC*, p.1. (Anexo I-1)

⁸³ *Id.*, p.36.

cambios en la institución, en la industria a que perteneces, o en la economía.

Para Instrumentos Financieros:

Categoría CP-1(pe):

Corresponde a aquellos instrumentos que cuentan con la más alta capacidad de pago del capital e intereses en los términos y condiciones pactados, la cual no se vería afectada ante posibles cambios en el emisor, en la industria a que pertenecen o en la economía.

Categoría AA (pe):

Corresponde a aquellos instrumentos que cuentan con una muy alta capacidad de pago oportuno de los compromisos financieros, reflejando un muy bajo riesgo crediticio. Esta capacidad no es significativamente vulnerable a eventos imprevistos.

Categoría A (pe):

Corresponden a aquellos instrumentos que cuentan con una buena capacidad de pago del capital e intereses en los términos y condiciones pactados, pero ésta es susceptible de deteriorarse levemente ante posibles cambios en el emisor, en la industria a que pertenecen o en la economía.”

233. En la sección referida a “Morosidad y Provisiones” *Apoyo & Asociados Internacionales* señaló que, durante el primer semestre del 2000, se siguió incrementando el índice de morosidad, *producto del contexto recesivo*, pasando de 8.33% a fines de 1999 a 10.05% a fines de junio 2000. En la misma sección también se menciona que la diversificación de clientes se incrementó de 7,826 deudores en junio de 1999 a 25,928 deudores a fines de junio 2000⁸⁴.

234. En lo referente a las provisiones se señaló que éstas se incrementaron en S/.21 millones -alcanzando un stock de S/. 110.1 millones-, de los cuales S/. 9.7 millones fueron constituidos con la reversión de provisiones de ejercicios anteriores⁸⁵.

235. El patrimonio del Banco ascendió a S/ 229.2 millones, 3.2% inferior al registrado a fines de 1999 debido a la aplicación de las reservas facultativas a provisiones genéricas, lo cual fue atenuado por los S/ 7.7 millones de utilidades generadas en el primer semestre del 2000⁸⁶.

⁸⁴ *Id.*, p.2-3.

⁸⁵ *Id.*, p.4.

⁸⁶ *Id.*

c) ***Informe de la Firma Consultora Apoyo Consultoría***

236. Con motivo de la operación de compra del *Banco Financiero*, la empresa *Apoyo Consultoría*⁸⁷, por encargo del BNM, elaboró el documento titulado “Evaluación preliminar de la fusión de dos entidades bancarias”, de diciembre de 2000 (ANEXO I-2), en el cual además del análisis de las sinergias que se generarían mediante la absorción del Banco Financiero, se analizó también la situación financiera del BNM.

237. En dicho informe se señaló que la estructura del BNM por categoría de deudor es mucho mejor que la estructura promedio del sistema⁸⁸:

En el Banco Nuevo Mundo, la participación de la cartera normal en la cartera total (créditos directos e indirectos) fue de 79.1% superior al promedio del sistema (63.8%). En esta entidad el 91.2% de la cartera está concentrada en las dos primeras categorías de clasificación, **mientras que la cartera crítica (créditos deficientes, dudosos y en pérdida) representaron el 8.8% del total, inferior al 16.1% del sistema.** (Énfasis agregado)

238. En lo referente al tema de provisiones, en el informe elaborado por *Apoyo Consultoría* se mencionaba que al 30 de septiembre de 2000, ninguna de las dos entidades bancarias evaluadas registraba déficit de provisiones en términos globales⁸⁹.

239. Asimismo, también se señaló que a setiembre de 2000, la cobertura de la cartera atrasada del Banco a través de sus provisiones fue de 78,9%, menor al promedio del sistema bancario que era de 87,2%. Este porcentaje disminuye hasta 50,0% si se incluye la cartera refinanciada y la reestructurada, nivel que también es inferior al 56,6% del sistema. En la siguiente ilustración se observa la tabla del informe de *Apoyo*⁹⁰.

⁸⁷ www.apoyo.com

⁸⁸ “Evaluación preliminar de la fusión de dos entidades bancarias”, *Apoyo Consultoría*, diciembre 2000, p.46.

⁸⁹ *Id.*, p.47.

⁹⁰ *Id.*, p.48.

Cobertura de Provisiones

	N	F	N & F	Sistema
% Colocaciones	4.5	4.0	4.3	7.5
% de cartera atrasada	78.9	84.1	80.3	87.2
% de cartera atrasada + refinanciada	50.0	64.6	53.6	56.6

(Donde N= BNM y F= Banco Financiero)

240. En cuanto a la calidad de la cartera del BNM, se menciona que la cartera atrasada del Banco representaba el 5.6% de las colocaciones totales de la entidad, por debajo del promedio del sistema, que estaba en 8.6% y que las colocaciones refinanciadas y reestructuradas en el BNM representaban el 3.3% de las colocaciones totales, porcentaje inferior al promedio del sistema de 4,6%⁹¹.

241. Respecto a la credibilidad y validez de la labor desarrollada por las empresas clasificadoras de riesgo *Class & Asociados* y por *Apoyo & Asociados Internacionales*, la *Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargada de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo*, luego de revisar los documentos y argumentos recogidos durante su investigación, concluyó lo siguiente⁹²:

Las clasificadoras de riesgo realizaban su trabajo de conformidad a lo dispuesto por la Resolución SBS N° 672-97 y en función a la metodología que previamente es presentada por aquellas Superintendencia de Banca y Seguros (...).

Cabe señalar que la norma acotada establece también que la SBS aplicará sanciones contra las empresas clasificadoras, sus directores, gerentes, funcionarios, asesores, representantes y miembros del Comité de Clasificación. Las clasificadoras de riesgo que realizaron su labor en el Banco Nuevo Mundo no han sido sancionadas en forma alguna por los informes emitidos. (Énfasis contenido en el texto original)

⁹¹ *Id.*, p.49.

⁹² “Informe Final del Grupo de Trabajo de la Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargada de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo”, junio de 2004, p.28. (Anexo I-8)

2.2.4 Aumento de Capital Por US\$7.5 Millones en Septiembre de 2000

242. En Junta General de Accionistas del 12 de septiembre de 2000, los accionistas del BNM acordaron aumentar el capital social mediante el aporte de S/.17.49 millones, con lo cual, el capital alcanzó la suma de S/.180.00 millones⁹³. La firma auditora *PricewaterhouseCoopers*, en su revisión de los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2000, señaló al respecto⁹⁴:

En Junta General de Accionistas del 12 de setiembre del 2000 se acordó un aumento de capital mediante aportes en efectivo por S/.17.6 millones **y la creación de una reserva facultativa con la emisión de primas de capital por S/.8.8 millones.** (Énfasis agregado)

243. El referido aumento de capital se produjo aproximadamente dos meses antes de la intervención estatal del BNM el 5 de diciembre de 2000, lo que no sólo demuestra el compromiso de los accionistas con la marcha del negocio, sino también su confianza en la viabilidad del Banco.

244. Es evidente que, de no haber existido un férreo convencimiento sobre la saludable situación del Banco y en su proyección en el mercado, ningún accionista hubiera desembolsado el referido aumento de capital que, al tipo de cambio de la época, ascendía a USD \$7.5 millones. (JLevy ¶88)⁹⁵.

2.2.5 Operación de Compra y Absorción del *Banco Financiero* Frustrada por la SBS

245. Como parte de su plan de expansión en el mercado bancario, luego de la absorción del *Banco del País*, el siguiente objetivo de los accionistas del BNM fue la adquisición de otro banco local. (JLevy ¶31).

⁹³ Ver inscripción del aumento de capital en el Registro Mercantil, anotada en la Partida Electrónica del Banco. (Anexo II-25)

⁹⁴ “Notas a los Estados Financieros del Banco Nuevo Mundo en Intervención al 31 de diciembre del 2000”, auditados por *PricewaterhouseCoopers*, nota 13 (b), “Capital”, foja 040. (Anexo I-11).

⁹⁵ De hecho, en febrero de 2000, ya había existido un previo aumento de capital con aportes de dinero en efectivo por S/.7.19 millones (Ver la inscripción del aumento en el Registro Mercantil, anotada en la Partida Electrónica del Banco en: Anexo II-17).

246. Frente a los efectos de las bajas tasas de crecimiento del PBI experimentado durante el año 1999, el BNM consideró importante consolidar su posición patrimonial a través de un proceso de fusión con otra institución bancaria local. El BNM para ese entonces estaba bien percibido por la banca internacional y recibió el ofrecimiento del *Banc of America Securities LLC* (*Bank of America*) como banca de respaldo para las operaciones de adquisición que decidiera realizar durante el año 2000. (JLevy ¶34).

247. El banco objetivo seleccionado fue el *Banco Financiero*, entidad bancaria cuyo principal accionista era el *Banco Pichincha* de Ecuador, perteneciente al conglomerado financiero privado más grande de Ecuador: el *Grupo Pichincha*. (JLevy ¶37).

248. Al 30 de setiembre de 2000, el Banco Financiero contaba con activos por más de US\$1,012 millones y un patrimonio neto de US\$83 millones. Contaba con una oficina principal y 16 agencias bancarias en la ciudad de Lima, y 4 en provincias ubicadas en el norte del Perú. Sus indicadores de calidad de cartera crítica, atrasada y refinanciada eran de 8.4%, 4.8% y 1.4%, significativamente inferiores al promedio del sistema, que se encontraban en 16.1%, 8.6% y 4.6%, respectivamente⁹⁶.

249. Para dicha operación, el *Bank of America* actuaría como banca de inversión, encargada de estructurar la operación y asesorar en la metodología de valorización y en el financiamiento de la transacción de adquisición, según consta en la *Engagement Agreement Letter* del 1 de diciembre de 1999 (ANEXO JL-07). La firma auditora seleccionada para llevar a cabo la debida diligencia y valorización de la empresa objetivo fue la firma auditora *Arthur Andersen* (JLevy ¶40. Ver también ANEXOS JL-08 al JL-11).

250. Por su parte, la prestigiosa empresa *Apoyo Consultoría* fue la encargada de efectuar la evaluación (antes de la fusión) de la situación financiera y patrimonial del BNM y de la sociedad objetivo, y de proyectar los indicadores

⁹⁶ “Evaluación preliminar de la fusión de dos entidades bancarias”, por *Apoyo Consultoría*, diciembre de 2000, pp. 35 y 37.

financieros y de riesgo resultantes luego de la fusión. Los primeros días de diciembre de 2000, *Apoyo Consultoría* presentó la versión preliminar de su informe al Directorio del Banco (ANEXO I-2).

251. Todas las entidades contratadas, durante el año 2000 llevaron a cabo sus respectivas asesorías y revisiones. Sin embargo, la operación de adquisición del *Banco Financiero* se vio frustrada al momento de la intervención del BNM.

252. Es preciso indicar que, en octubre del 2000, encontrándose la operación de compra del *Banco Financiero* en una etapa avanzada, el BNM informó a la SBS de su proyecto de fusión. Se encuentra acreditado que la Superintendencia adelantó opinión informal respecto a que no iba a autorizar la compra mientras el Banco no hiciera aumentos de capital.

253. Es preciso señalar que, en ese mes de octubre de 2000, el Banco se encontraba en medio del segundo proceso de inspección efectuado por la SBS en dicho año (sobre esta segunda visita de inspección, (ver ¶285-295, *infra*). En tal sentido, la gerencia del BNM consideró que, en virtud de las evaluaciones que, desde el 11 de agosto venía efectuando el equipo de inspectores de la SBS en el Banco, pronto le sería notificado formalmente un requerimiento de aumento de capital. Una notificación en dicho sentido hubiera sido suficiente para el Banco y para su contraparte –*Banco Financiero*– para dar por superado el obstáculo impuesto por la SBS y seguir adelante con la operación (JLevy ¶ 44).

254. Sin embargo, nunca le fue notificada por la SBS una respuesta formal al BNM requiriendo uno o más aumentos de capital, por lo que el Banco se encontraba impedido de dar cumplimiento al requerimiento estatal. Esta falta de comunicación formal del regulador constituyó una grave contingencia que retrasó el cierre oportuno del negocio (JLevy ¶45). Días después, el BNM sería intervenido por el Estado.

255. Al respecto, luego de la investigación efectuada por el Congreso de la República, la *Sub-comisión de Economía del Congreso de la República*

Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo señaló⁹⁷:

4.18) La Superintendencia de Banca y Seguros tomó conocimiento que el Banco Nuevo Mundo realizaba gestiones y negociaciones tendientes a la adquisición del Banco Financiero (...). Para llevar adelante esta transacción y su financiamiento, el Banco Nuevo Mundo había contratado con el Bank of America Securities LLC, la estructuración de la transacción y su respectivo financiamiento, según consta en el “engagement letter” de fecha 01.12.99 suscrita entre ambas partes y que se complementa asimismo con la ‘Evaluación Preliminar de la Fusión de dos Entidades Bancarias’, cuya elaboración se encargó al Grupo Apoyo Consultoría.

256. Ante dicha comisión parlamentaria compareció el Superintendente Luis Cortavarría, quien manifestó que⁹⁸:

“[A] principios de octubre, el Banco Nuevo Mundo había solicitado adquirir a otra institución financiera. Frente a esta situación, nosotros le manifestamos, nosotros no nos negamos a la transacción, lo que nosotros manifestamos fue de que **antes de conversar esta transacción en mayor detalle, era necesario que se hicieran aumentos de capital en el Banco**, porque nosotros veníamos observando que el Banco estaba perdiendo depósitos de manera importante, esto es a principios del mes de noviembre.” (Énfasis agregado)

257. El hecho de haber exigido la SBS al BNM un incremento de capital como condición para la absorción del *Banco Financiero* –sin haber siquiera evaluado el proyecto de fusión- colocó una barrera absurda e inesperada a la operación, más aún cuando la SBS nunca notificó al BNM la solicitud de aumento de capital que el Superintendente adelantó.

258. Resulta gravemente contradictorio con lo argumentado por el Superintendente, ante el Congreso, para rechazar la solicitud de fusión efectuada por el BNM que, cuando al Banco le fue notificado el “Informe de la Segunda

⁹⁷ “Informe Final de la Sub-comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, 21 de enero de 2002, párrafo 4.18, p. 15. (Anexo I-6).

⁹⁸ *Id.*, p. 15.

Visita de Inspección” en noviembre de 2000 (ANEXO IV-6), la SBS no solicitó ningún tipo de aumento de capital.

259. La contradicción del Superintendente para rechazar la operación de absorción del *Banco Financiero*, por encontrarse pendiente un supuesto incremento de capital, fue también evidente para la *Sub-comisión de Economía del Congreso*, que en su informe final concluyó⁹⁹:

“En su presentación ante la Comisión de Economía el 25.09.01, el Superintendente de Banca informó que “ante la aguda crisis de liquidez que afrontaba en Banco Nuevo Mundo y considerando el déficit encontrado en visita, la SBS requiere al banco un aumento de capital de por lo menos US \$20 millones”. En su presentación del 30.10.01, ante esta Sub-Comisión, el Superintendente textualmente informó lo siguiente: “Ahora, nosotros requerimos hacer un aumento [de] capital en su momento a la administración del Banco, y es un requerimiento que se hizo de manera verbal”. El Superintendente no demostró que esta exigencia hubiera sido efectuada por escrito...” (Énfasis agregado)

2.2.6 Autorización de CONASEV para listar en la Bolsa de Valores de Lima en Diciembre de 2000

260. Luego de la entrada en vigencia del acuerdo de fusión por absorción llevado a cabo por el BNM (¶¶215 y 216, *supra*), el BNM solicitó a la Bolsa de Valores de Lima el listado de sus acciones *Clases A y B*, así como el retiro o *deslistado* de las acciones que representaron el capital social del absorbido *Banco del País*.

261. De acuerdo a lo establecido en la Ley del Mercado de valores, el Reglamento del Registro Público del Mercado de Valores y el Reglamento de Inscripción y Exclusión de Valores Mobiliarios en la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima, correspondía que el ente supervisor y regulador del Mercado de Valores en el Perú, la CONASEV, verificara el cumplimiento de requisitos por parte del BNM para acceder al listado de sus *Acciones Clases A y B* en la Bolsa de Valores de Lima.

⁹⁹ *Id.*, p. 16.

262. En tal sentido, mediante Resolución Gerencial No. 057-200/EF/94.50 del 1 de diciembre de 2000 (ANEXO IV-8), tan sólo cuatro días antes de la ilegal intervención por parte de la SBS, la Gerencia de Emisores y Empresas de la CONASEV autorizó el listado, inscripción y cotización de las Acciones Clases A y B del BNM en el Registro de la Bolsa de Valores de Lima¹⁰⁰. Cabe indicar que dicha autorización fue notificada al BNM el 5 de diciembre de 2000, el mismo día que la SBS procedió a intervenir el banco.

III. LA SECUENCIA DE ACTOS HACIA LA INTERVENCIÓN ESTATAL DEL BNM

263. Los acápites que siguen demostrarán que al Estado Peruano le son atribuibles actos y omisiones que fueron la causa que condujo a la intervención del BNM en diciembre de 2000, que constituyó la primera fase de la destrucción de la inversión en el Banco. Los hechos que a continuación se exponen vulneraron diversos estándares de protección contenidos en el APPRI, lo que será detalladamente sustentado en el siguiente capítulo.

264. Primero, en cuanto a los actos materiales, el Estado llevó a cabo una arbitraria política encaminada a relegar a la denominada *banca chica* en el Perú, para lo cual el MEF (i) ordenó un retiro repentino y desmedido de los fondos estatales depositados en bancos pequeños, como el BNM (¶¶297-301, *infra*). Para dicho fin, también (ii) diseñó y decretó un programa destinado a forzar la absorción de la *banca chica* por entidades de mayor tamaño, preservando únicamente los intereses de los bancos absorbentes mediante la emisión de bonos soberanos (¶¶315-318, *infra*).

265. Segundo, respecto de las omisiones estatales, la SBS incumplió reiteradamente su rol estabilizador del sistema bancario pues (iii) no neutralizó los rumores sobre la insolvencia patrimonial del BNM que se propagaban abiertamente por todo el mercado (¶¶325-333, *infra*). Por su parte, (iv) el Banco Central de Reserva rechazó injustificadamente la solicitud de crédito de última

¹⁰⁰ Respecto de la evaluación efectuada por la CONASEV para autorizar el listado, se procedió al análisis de la viabilidad patrimonial del BNM. (*Ver* Grant Thornton ¶ 36).

instancia efectuada por el BNM el día de su intervención, con la finalidad de atender su necesidad de liquidez coyuntural (¶¶345-353, *infra*). Igualmente discriminatoria fue la actuación del Ministerio de Economía y Finanzas que, previamente, había (v) excluido al BNM de la reunión de coordinación y planeamiento convocada por dicho Ministerio para diseñar el programa destinado a la absorción de la *banca chica* (¶¶313-314, *infra*).

266. En definitiva, toda esa serie de actos y omisiones atribuibles al Estado no solo dañaron directamente al Banco, pues también, al conocerse en el mercado financiero – negocio que se funda en la confianza- la intención estatal respecto de reordenar el sistema bancario prescindiendo de la *banca chica*, se generó una fuga de los depósitos privados en el BNM por el temor a una intervención del Banco y al bloqueo de los fondos en él depositados.

267. Todo ello, aunado al contexto de crisis política e inestabilidad institucional imperante, eliminó la disponibilidad de efectivo en las bóvedas del Banco, que el 5 de diciembre fue intervenido por tener ese día una posición deudora de aproximadamente US\$10 millones frente al sistema bancario (¶360, *infra*).

3.1 El Contexto de Crisis Político-económica Generada por el Estado Peruano y su Impacto en el Sistema Financiero en 1999 - 2000

268. Entre los años 1999 al 2000, la economía peruana sufrió una crisis generada por el propio Estado, que se reflejó en tasas bajas y/o negativas del Producto Bruto Interno y de la demanda interna. (Grant Thornton ¶¶23, 28 y 29)

269. El desenmascaramiento de la estructura de corrupción construida durante toda la década del noventa durante la Administración del ex Presidente Alberto Fujimori traería como consecuencia la agudización de la profunda crisis política y social en el Perú, que impactó significativamente en la economía nacional. Así, luego que fueran hechas públicas en mayo del año 2000 las acusaciones de compra de medios de comunicación, sobornos en todas las esferas del poder judicial, la degradación de todas las instituciones de control interno del

país, por medio de pagos y regalías acordadas por el asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, el escándalo y la crisis institucional del país fue desbordante.

270. En septiembre del año 2000, salieron a la luz videos grabados clandestinamente por el propio asesor principal de reuniones y componendas llevadas a cabo en la sede del Servicio de Inteligencia Nacional¹⁰¹.

271. Seguidamente, en un hecho sin precedentes en la historia del país, el 20 de noviembre del 2000, Fujimori renunció al cargo vía fax enviado desde Japón¹⁰², país donde se refugió luego de haber asistido en su condición de mandatario del Perú para la reunión anual de la *Cumbre del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC – Asia Pacific Economic Cooperation)* realizada en el Sultanato de Brunei¹⁰³.

272. Los medios de prensa de la época, respecto del impacto negativo en la economía nacional generado por la grave crisis política desatada en el año 2000, señalaron¹⁰⁴:

“[U]no tras otro, los hechos políticos han acelerado la pérdida de vitalidad del sistema bancario. La difusión del vídeo Montesinos-Kouri

¹⁰¹ El 14 de septiembre de 2000, el movimiento político Frente Independiente Moralizador divulgó un video que mostraba al congresista Alberto Kouri recibiendo US\$ 15 mil del asesor presidencial y jefe del Servicio De Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, para comprar su voto en el parlamento y apoyar al oficialismo Fujimorista de entonces. Ver: “El video que destapó la corrupción”, Diario *La República*, versión online; 7 de noviembre de 2005; consultada el 15/08/2011; <http://www.larepublica.pe/07-11-2005/el-video-que-destapo-la-corrupcion> (Anexo V-45).

¹⁰² Sobre la renuncia de Fujimori desde Japón ante el descubrimiento de una cuenta de US\$ 48 millones en Suiza de su asesor presidencial, ver: “Hace diez años Fujimori renunció enviando un fax”, Diario *La República*, versión online; 19 de noviembre de 2010; consultada el 15/08/2011; <http://www.larepublica.pe/19-11-2010/hace-diez-anos-fujimori-renuncio-enviando-un-fax-0> (Anexo V-57).

¹⁰³ El 7 de abril de 2009, Fujimori fue condenado a 25 años de prisión con relación a los delitos de asesinato con alevosía, secuestro agravado y lesiones graves, tras ser hallado culpable intelectual de ejecuciones extrajudiciales en 1991 y 1992, cometidas por un escuadrón del ejército conocido como el Grupo Colina, así como del secuestro de un empresario y un periodista. Su defensa apeló la sentencia pero ésta fue ratificada en Enero del 2010 por la Corte Suprema. Previamente, Fujimori ya había sido hallado culpable por el ilegal allanamiento de morada en la vivienda de Vladimiro Montesinos y condenado a seis años de privación de libertad. El 20 de julio del 2009 Fujimori fue condenado a otros siete años y medio de cárcel al ser hallado culpable de peculado doloso, apropiación de fondos públicos y falsedad ideológica en agravio del estado.

¹⁰⁴ HIDALGO, Rafael. “Curvas peligrosas de la banca chica”. Revista *Caretas*. Lima, 7 de diciembre de 2000, p.32. (Anexo V-7)

(14-09-2000), la convocatoria a nuevas elecciones (16-09-2000), el regreso de Montesinos (23-10-2000), el descubrimiento de las cuentas de Montesinos en Suiza (1/11/2000) y la renuncia de Fujimori en Japón (20-11-2000) **desencadenaron, en las últimas semanas, una angustiosa pérdida de liquidez en los bancos, tanto por el retiro de los depósitos públicos como de inversionistas privados.**” (Énfasis agregado)

273. Factores políticos internos tales como la coyuntura electoral de la primera mitad del año 2000, la reelección de Alberto Fujimori para un tercer quinquenio consecutivo en abril del mismo año, plagada de acusaciones de fraude electoral y compra de medios de comunicación, la renuncia del presidente Fujimori desde el extranjero, la dimisión de todo su gabinete y el descubrimiento público de toda la estructura de corrupción instalada en todas las esferas del poder. Estos son hechos objetivos acreditados y cuya mitigación efectiva escapaba a las posibilidades del Inversionista.

274. La situación generada desde el propio Estado, colocó al país en una posición de incertidumbre significativa, debilitando la demanda interna, disminución de la inversión extranjera, desaceleración del crecimiento económico del país, tal como lo describe la siguiente nota periodística:

“Esta situación de aparente exceso de liquidez se fue diluyendo paulatinamente desde que a mediados de setiembre se desencadenó la crisis política a raíz de la difusión del video en el cual el ex asesor de Fujimori, Vladimiro Montesinos, aparece sobornando al congresista Alberto Kouri, lo que finalmente determinó la caída del gobierno anterior.

“Fly to quality”

La incertidumbre que la evolución política generó entre los agentes económicos originó un traslado de fondos hacia el exterior y, a nivel local, la transferencia de depósitos de algunos bancos hacia otras entidades financieras. (...)

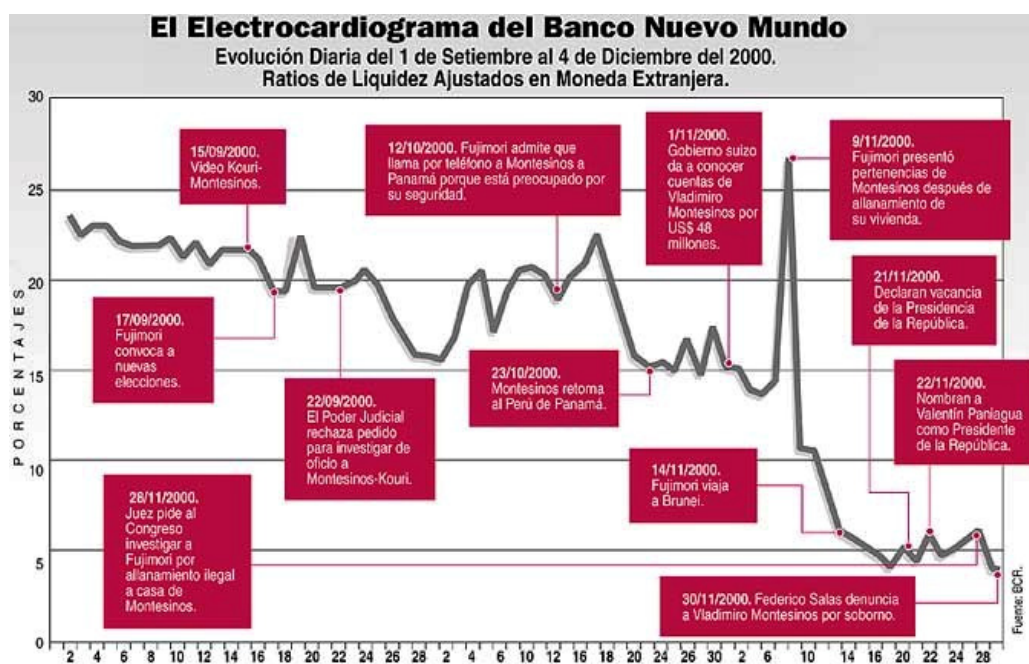
Paralelamente se constata la restricción de las líneas de crédito externas otorgadas a la banca nacional que, como consecuencia de la crisis política y el incremento del riesgo país, afectó fundamentalmente a los bancos de menor envergadura a nivel local”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ “¿Por qué algunos bancos afrontan problemas de liquidez? Diario *Gestión*, sección *Finanzas*. Lima, (6.12.2000), p. 31. (Anexo V-3)

275. En un contexto de crisis como el descrito, la economía nacional naturalmente sufrió un impacto significativo, tal como lo señaló *COMEX*¹⁰⁶, uno de los gremios de comercio exterior más importantes del país, en un informe preparado en ese entonces. Al respecto, un medio local recogió lo siguiente¹⁰⁷:

“El documento de Comex sostiene que la reciente intervención del BNM ha sido efecto de la crisis política desatada tras la publicación del vídeo Kouri-Montesinos **que complicó toda la economía**. El primer efecto se sintió en la caída de la Bolsa de Valores de Lima (BVL) en más de 20%. En el caso del sistema financiero el impacto será importante **sobre todo en la reducción de sus depósitos**, dado que éstos se han reducido en 3.3% o en US\$ 402 millones en tan sólo dos meses, desde fines de agosto hasta el cierre de octubre.” (Énfasis agregado)

276. El siguiente gráfico expone muy claramente el deterioro de los índices de liquidez en dólares americanos impactados por los hechos políticos desencadenados entre setiembre a diciembre de 2000¹⁰⁸:



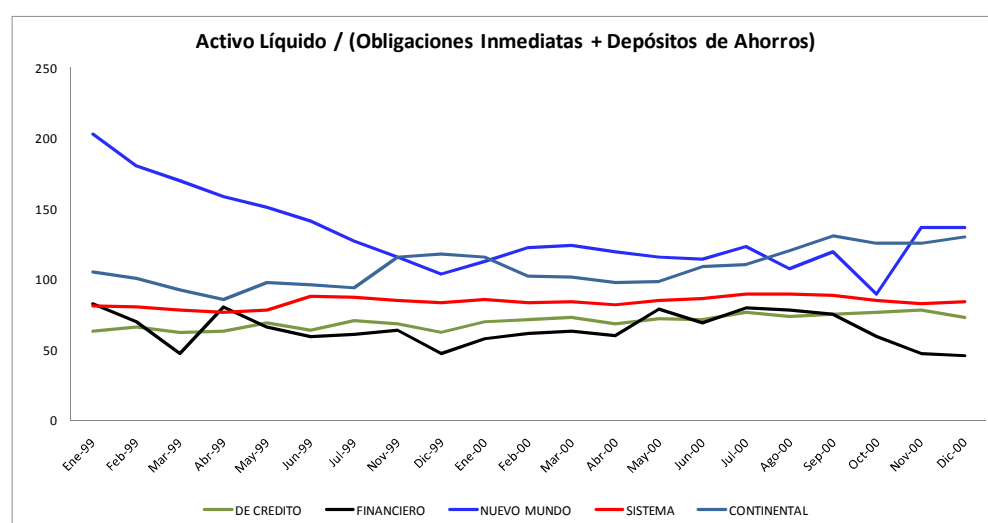
¹⁰⁶ www.comexperu.org.pe

¹⁰⁷ “Urge manejo adecuado de depósitos estatales en entidades bancarias”. Diario *Expreso*, sección *Economía*. Lima, (10.12.2000), p.5. (Anexo V-17)

¹⁰⁸ HIDALGO, Rafael. “Curvas peligrosas de la banca chica”. Revista *Caretas*. Lima, 7 de diciembre de 2000, p.30. (Anexo V-7)

3.2 Los Indicadores de Liquidez Comparativos en el Sistema Bancario Durante el Año 2000

277. Los ratios de liquidez muestran en cifras la capacidad de un banco para hacer frente a sus obligaciones de corto plazo. En la siguiente ilustración se observa que el BNM tuvo mejores ratios de liquidez que el *Banco Financiero* durante todos los meses del periodo comprendido entre Enero de 1999 a Diciembre del 2000.



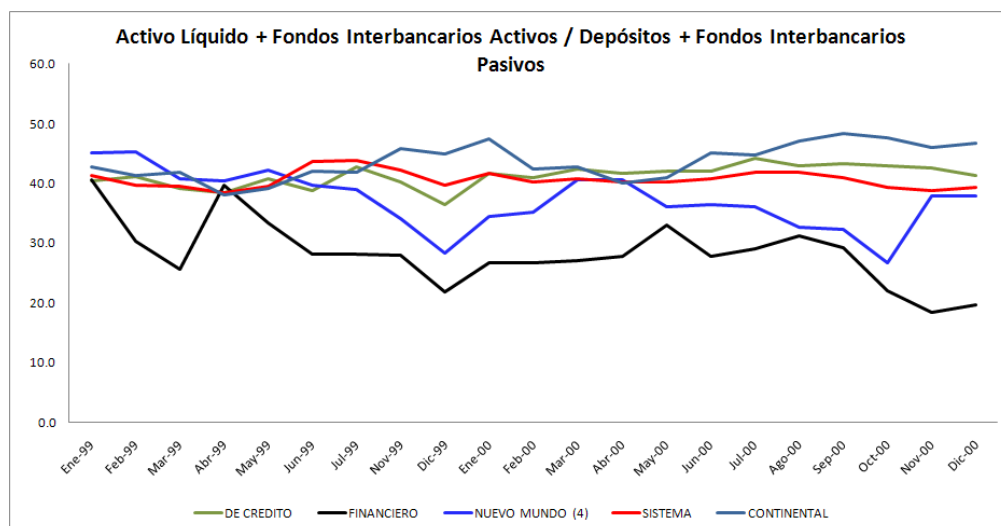
Fuente: SBS / Elaboración propia

278. Como se observa, los últimos tres meses del periodo del año 2000 presentan un aumento del ratio de liquidez del BNM. Esto no se debe a un aumento del activo líquido del Banco sino, por el contrario, obedece a la disminución de los depósitos, especialmente por el retiro de los depósitos de las empresas estatales¹⁰⁹, lo que momentáneamente redujo las obligaciones a corto plazo del Banco. Ello reflejó un aparente incremento del ratio de liquidez.

279. La siguiente ilustración grafica la evolución del ratio (Activo Líquido + Fondos Interbancarios Activos) / (Pasivo Líquido + Fondos Interbancarios Pasivos) del BNM. Se aprecia que, a partir de mayo de 1999, dicho ratio del Banco fue menor al ratio del sistema. No obstante, la diferencia entre los dos ratios se acortó en los últimos tres meses debido a que el retiro de los

¹⁰⁹ Respecto de la política estatal de retiro de fondos públicos en el BNM, Ver ¶297 en adelante.

depósitos de las empresas estatales produjo una disminución de los depósitos totales¹¹⁰. Por otro lado, también se observa que el ratio del BNM fue mayor al ratio del *Banco Financiero* en todos los meses del periodo analizado.



Fuente: SBS / Elaboración propia

3.3 El Objetivo del Ministerio de Economía y Finanzas Expresado en el Servicio de Inteligencia Nacional Sobre el Destino de la Denominada “Banca Chica” en el Perú en Noviembre de 1999

280. El 26 de noviembre de 1999, en circunstancias previas a las Elecciones Presidenciales y Parlamentarias del año 2000 en el Perú, el entonces Ministro de Economía, Carlos Boloña Behr en reunión con el asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, altos mandos de la cúpula militar de gobierno de la época y empresarios de medios de comunicación, sostuvieron una de muchas reuniones secretas en la sede del Servicio de Inteligencia Nacional¹¹¹.

281. En dicha reunión, grabada clandestinamente en video por el propio Montesinos Torres, se revelaría la existencia de un plan sobre el destino de los bancos más pequeños del sistema financiero peruano, dejando en operación

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ En dicha reunión secreta, se encontraban también presentes los hermanos Mendel y Samuel Winter, dueños de la emisora televisiva Frecuencia Latina Canal 2; el General del Ejército José Villanueva Ruesta, entonces Ministro del Interior; el Vicealmirante Antonio Ibárcena, entonces Comandante General de la Marina de Guerra del Perú. Todos ellos han sido procesados y condenados por delitos de corrupción.

únicamente a las instituciones más grandes. El vídeo lleva el número 1975 y la traducción oficial reproduce lo siguiente¹¹²:

“El señor Vladimiro Montesinos.- Hay que dejarlo así no más en silencio y no toques banca.

El señor Carlos Boloña.- Yo (?) a los bancos chiquitos lo más rápido posible que se fusionen, que se junten y alguien los compre; quedémonos con espaldas grandes que no nos creen problemas.”
(Énfasis agregado)

282. Un artículo periodístico de la época recogió la siguiente información¹¹³:

“[E]mpieza la historia el 25 de noviembre de 1999, cuando, según lo registra un *vladivideo* exhibido en el Congreso, los hermanos Winter llegaron al SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) acompañados de Carlos Boloña y se reunieron con Montesinos y los comandantes generales (de las Fuerzas Armadas). Luego de los saludos de ley, Montesinos dice: “los bancos chiquitos deben fusionarse lo más antes posible para así salir con las arcas llenas y que no nos creen problemas”.

Un año después, días antes de la intervención del Banco Nuevo Mundo, cuando Montesinos navegaba en el yate ‘Karisma’, Fujimori volaba por toda Asia Oriental retirando fondos de sus cuentas secretas y la oposición se preparaba para sacar de la presidencia del Congreso a Martha Hildebrandt, el testaferro Juan Valencia ingresaba a ese mismo banco 3 millones de dólares en tres entregas desde una cuenta en el Pacific Industrial Bank de Miami.

Los directivos de esa entidad financiera reportaron esas operaciones a la Superintendencia de Banca y Seguros, pero ésta no se dio por aludida (...)”

283. Posteriormente, durante la segunda mitad del año 2000, se generaría una campaña destinada a propagar una supuesta intervención inminente del BNM, lo que fue difundido por medio de correos electrónicos indiscriminados y anónimos, método aplicado anteriormente por el propio Servicio de Inteligencia Nacional durante el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori.

¹¹² “En la sala de la corrupción. Vídeos y audios de Vladimiro Montesinos (1998 – 2000)”, Tomo 4, Biblioteca Anticorrupción, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, p. 2261 (Anexo V-44).

¹¹³ VIAÑA, Fernando. Año 2001. “Al cierre: Escándalo”. Diario *Liberación*. Lima, (25.11.2001), p.2. (Anexo V-43)

3.4 Las Dos Visitas De Inspección Ordenadas Por la SBS al BNM En El Año 2000

3.4.1 La Primera Visita De Inspección De Enero de 2000

284. El 17 de enero de 2000, la SBS inició una Visita de Inspección al BNM, que concluyó el 18 de febrero. La Superintendencia notificó al BNM su “Informe de Visita de Inspección No. ASIF “A”-028-VI/2000” (ANEXO IV-5) el 9 de mayo de 2000.

285. En dicha auditoría, la Superintendencia analizó los siguientes aspectos principales:

- La evaluación y clasificación de la cartera de consumo efectuada por el BNM al 31 de diciembre de 1999.
- La revisión del proceso contable de las refinanciaciones de la cartera de consumo.
- La evaluación de la implementación de los aspectos relacionados con riesgos de mercado.
- La verificación de las provisiones constituidas por el Banco para bienes adjudicados en leasing.
- La concentración de pasivos.
- La verificación de la implementación en el Banco de las medidas correctivas dictadas por la SBS en su visita de inspección del año 1999.

286. En sus inspecciones, la SBS realiza principalmente un examen sobre la cartera de colocaciones del banco auditado, para comprobar (i) la correcta asignación de la clasificación de riesgo de los deudores, (ii) verificar el cálculo suficiente de provisiones y (iii) el registro de las provisiones que corresponden. Para llevar a cabo este examen, en el caso del BNM, la SBS seleccionó y revisó 70 créditos de las 5 categorías, estableciendo que¹¹⁴:

¹¹⁴ Informe de Visita de Inspección No. ASIF “A”-028-VI/2000”, de mayo de 2000, p. 7-8 (Anexo IV-4).

“En la revisión selectiva a las clasificaciones asignadas por el Banco, se determinó que estas **corresponden a las categorías de riesgo establecidas en la Resolución N° 572-97 de esta superintendencia (...)** Al 99.12.28 (fecha de corte del Anexo N° 5) **la cartera criticada se ha reducido** en S/.32 907 mil equivalente al **65%** de la reportada al inicio de la fusión [con el Banco del País], destacando la disminución de las categorías CPP y Dudoso (...)
Al cierre del año 1999 el Banco **ha constituido las provisiones requeridas en concordancia a la normatividad vigente (...)**
Según evaluación practicada por la Oficina de Revisión de Créditos al 28 de diciembre de 1999, las provisiones totales para los créditos de consumo y PYME ascienden a S/. 14 690 mil, constituidas en su integridad, **reflejando un exceso** de S/. 1 982 mil por las provisiones constituidas por los créditos Normales y Dudosos” (Énfasis agregado)

287. Dicha afirmación indica que el Banco clasificaba correctamente todos los créditos seleccionados, no encontrándose observación alguna de la muestra tomada por la SBS. Al 9 mayo del año 2000, la inspección de la SBS no reportó observaciones significativas que colocaran en duda la gestión de los administradores y la viabilidad del BNM.

288. Mediante Carta G.G.086/2000 del 17 de mayo de 2000, la Gerencia General del Banco envió su Informe de respuesta a las observaciones formuladas por la SBS en su Informe, subsanándolas (ANEXO II-1).

3.4.2 La Prolongada Segunda Visita de Inspección de Agosto de 2000

289. Mediante el Oficio No. 7868-2000 del 11 de agosto de 2000, se dio inicio a la Segunda Visita de Inspección al BNM, que se prolongó hasta el día 13 de octubre de 2000.

290. Durante el inusual lapso de tiempo de 62 días que duró la auditoría de la SBS, el objetivo de la Visita de Inspección consistió en¹¹⁵:

“[S]obre la base de la revisión selectiva de la información financiera y económica del Banco al 30 de junio del 2000 [evaluar y determinar el] patrimonio real de la empresa bancaria y [verificar y evaluar] los

¹¹⁵ “Informe de Visita DESF “A”-168-VI-2000”, Resumen Ejecutivo, segundo párrafo, p. 1. (Anexo IV-6)

procesos que en Banco viene aplicando para la identificación y administración de sus riesgos crediticios. Asimismo, comprendió la verificación selectiva de la consistencia de los resultados y cumplimiento de disposiciones legales; entre otros temas de importancia.”

291. Como resultado de dicha inspección, se encontraron ciertas observaciones que resultaban subsanables en la medida que se trataban principalmente de exigencia de mayores provisiones y mejora de procesos internos de auditoría y control de créditos. De hecho, tal como se señala en el propio informe, durante la visita de inspección, el Banco fue registrando ciertas provisiones de montos considerables, según los hallazgos del equipo de inspección.

292. Conforme fluye del Oficio No. 12187-2000 de fecha 27 de noviembre de 2000 (ANEXO IV-7), mediante el cual la SBS notificó al BNM el informe con los resultados de su inspección, el equipo de inspección determinó 7 observaciones, siendo la principal la referida a un déficit de provisiones por riesgo de cobranza de la cartera de colocaciones¹¹⁶:

“Pérdidas por S/. 70 021 mil (US\$ 20,1 millones), las cuales están conformadas por el déficit de **provisiones de S/. 66 144 mil provenientes de la evaluación y calificación de la cartera de créditos**, y por la sobrestimación de ingresos, por percibir, por S/. 3 877 mil, generados por los intereses de operaciones vencidas registradas en Cartera Vigente. Sin embargo, el Banco informa que a setiembre último, el déficit de cartera comercial ha bajado a S/. 52 975 mil, debido a la constitución de provisiones y a la disminución de obligaciones de algunos deudores. (...)

De los 295 deudores evaluados que en conjunto representan 58% del total de la Cartera de Créditos, la visita identificó notorias discrepancias de calificación en 141 deudores, es decir, 46% de la muestra evaluada, lo cual ha motivado que esta Superintendencia, a efectos de medir el **déficit potencial de la cartera no evaluada**, haya efectuado un cálculo tomando como base en resultado encontrado en la muestra evaluada el cual ha arrojado un monto equivalente a **S/. 29 120 mil**...” (Énfasis agregado)

293. Tales observaciones fueron señaladas en el “Informe de Visita DESF “A”-168-VI-2000”, que fue notificado al Presidente Ejecutivo del BNM

¹¹⁶ Oficio No. 12187-2000 de fecha 27 de noviembre de 2000, p. 1-2.

junto con el ya mencionado Oficio No. 12187-2000 de fecha 27 de noviembre de 2000. La SBS otorgó diez días para presentar los resultados del referido Informe de Visita ante el Directorio del BNM, adicionando cinco días más para la presentación de una respuesta formal al mismo.

294. Sin embargo, luego de ocho días de haber sido comunicado el “Informe de Visita DESF “A”-168-VI-2000”, la SBS intervino al BNM, por lo que el Banco no pudo presentar sus descargos a las observaciones formuladas por la Superintendencia dentro del plazo concedido.

295. Debe indicarse que resultó excesivo el periodo de tiempo que se tomó la SBS, desde el día 13 de octubre, en que concluyó su visita de inspección, hasta el 27 de noviembre, en que comunicaron los resultados al BNM mediante el Informe de Visita. Es decir, durante más de 40 días, la administración del Banco desconocía la posición formal de la Superintendencia respecto de la auditoría efectuada, tiempo durante el cual se produjo corridas de fondos públicos y se filtraron hacia el mercado rumores acerca de una inminente caída del BNM.

296. Sobre este asunto en particular, sin perjuicio de la mayor profundización del tema más adelante (ver ¶322, *Infra*) sobre el grave impacto en el BNM por pánico financiero desatado por la filtración de rumores sobre su inestabilidad patrimonial, el gráfico siguiente muestra cómo, a partir del mes de agosto de 2000 inicia la corrida de fondos de ahorristas privados en el BNM en más de US\$ 70 millones, producto de la incertidumbre que generó en el mercado la prolongada e inusual segunda visita de la SBS al Banco el mismo año, en azul se resalta el tiempo de duración de dicha visita:

BANCO DEL NUEVO MUNDO - EVOLUCION DEPOSITOS ESTATALES Y PRIVADOS EXPRESADOS EN US \$000			
FECHA	DEP-ESTADO	DEP-PRIVADOS	TOTAL DEPOSITOS DEL PUBLICO
Dec-98	\$59,920	\$197,584	\$257,504
Jan-99	\$50,465	\$196,412	\$246,876
Feb-99	\$44,128	\$194,843	\$238,970
Mar-99	\$46,484	\$183,381	\$229,865
Apr-99	\$51,409	\$205,520	\$257,928
May-99	\$48,341	\$180,836	\$229,177
Jun-99	\$60,224	\$179,187	\$239,411
Jul-99	\$54,877	\$181,601	\$236,478
Aug-99	\$64,886	\$195,344	\$260,230
Sep-99	\$68,402	\$220,174	\$288,576
Oct-99	\$64,190	\$210,685	\$274,875
Nov-99	\$67,893	\$214,683	\$282,576
Dec-99	\$64,008	\$200,670	\$264,678
Jan-00	\$67,873	\$198,338	\$266,211
Feb-00	\$68,215	\$208,439	\$274,655
Mar-00	\$86,827	\$222,514	\$309,341
Apr-00	\$74,717	\$248,387	\$323,105
May-00	\$63,275	\$261,579	\$324,854
Jun-00	\$71,921	\$265,838	\$337,759
Jul-00	\$68,118	\$272,743	\$340,861
Aug-00	\$65,217	\$272,337	\$337,554
Sep-00	\$61,948	\$250,364	\$312,311
Oct-00	\$44,596	\$255,037	\$300,633
Nov-00	\$52,277	\$201,899	\$254,176
Dec-00	\$59,319	\$127,729	\$187,048

3.5 El Retiro Abrupto de los Depósitos Estatales en el BNM Efectuado por el Ministerio de Economía y Finanzas en el Año 2000

297. Una de las primeras medidas que afectaron a la *banca chica* fue el forzado retiro de los depósitos de empresas estatales en el BNM. Así, en el Banco, el repliegue de fondos de empresa del Estado inició en julio de 2000, tal como se aprecia en el cuadro insertado (ver ¶296, *supra*.)

298. Semanas antes, el Ministro de Economía y Finanzas, Carlos Boloña Behr, había ordenado el repliegue de los fondos de las empresas públicas administradas por FONAFE¹¹⁷, hacia el *Banco de la Nación*. Diversos medios de comunicación publicaron las disposiciones decretadas por el Ministro:

“Tampoco fue positivo el ruido generado por el ex ministro Carlos Boloña **al ordenar, con volumen muy alto, el repliegue de los recursos públicos al Banco de la Nación**. Algunos privados han preferido sacar su plata al exterior.”¹¹⁸ (Énfasis agregado)

¹¹⁷ Respecto de las facultades y responsabilidades de FONAFE, ver ¶¶38-40, *supra*.

¹¹⁸ HIDALGO, Rafael. “Curvas peligrosas de la banca chica”. Revista *Caretas*. Lima, 7 de diciembre de 2000, p.32. (Anexo V-7)

“Como es natural, si los responsables de las instituciones públicas reciben indicaciones para trasladar sus fondos al Banco de la Nación, o ante la inestabilidad existente consideran conveniente retirar sus fondos de los bancos que consideran en problemas, y si el equipo económico no tiene un programa de contingencia para compensar el violento retiro de los depósitos en entidades que han estado acostumbradas a los mismos durante un período muy prolongado, no es de extrañar que se presenten problemas de liquidez.”¹¹⁹

299. Debemos subrayar que el BNM contaba con un elevado nivel de depósitos de empresas públicas, que había obtenido legítimamente en el marco de las subastas de depósitos de fondos que efectuaba FONAFE de acuerdo con el Reglamento de Colocaciones de Fondos Públicos, que consistía, básicamente, en una puja mediante la oferta de las mejores tasas de interés para los depósitos a plazo de las empresas públicas.

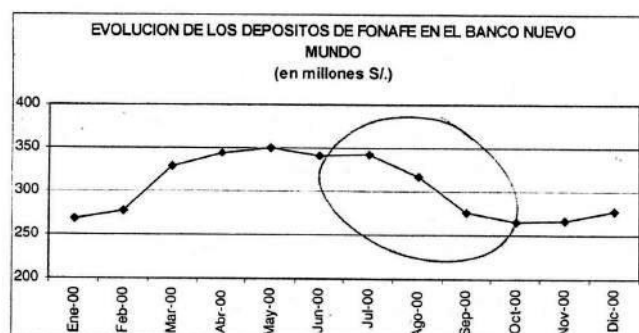
300. Según Forsyth, el mecanismo de subastas de colocaciones de fondos públicos vigente en el año 2000, que se encontraba regulado mediante la Circular No. 029-98-EF-90 (ANEXO FORSYTH II-009), la asignación de los fondos se efectuaba tomando en cuenta el nivel de patrimonio efectivo de las empresas del sistema financiero interesadas. Luego, se ordenaban las ofertas recibidas de los bancos interesados, de mayor a menor, en función a la tasa de interés ofrecida, procediendo el BCR a asignar los fondos en ese orden hasta cubrir el monto subastado. (Forsyth ¶¶320-323).

301. La forma repentina y desproporcionada como se llevó a cabo el repliegue de los fondos estatales ordenado por el Poder Ejecutivo, por medio de acuerdos adoptados por FONAFE, generó un forado de liquidez en bancos como el BNM que sufrieron un retiro sostenido y significativamente desproporcionado respecto del resto de bancos¹²⁰. Ello, aunado a la coyuntura de crisis existente en el país, estranguló artificialmente los ratios de liquidez del Banco.

¹¹⁹ “La crisis del Banco Nuevo Mundo”. Diario *Gestión*, columna *Opinión*. Lima, (7.12.2000), p. 22. (Anexo V-8)

¹²⁰ Sobre el impacto relativo del retiro de los depósitos de empresas estatales en el BNM, ver ¶310, *infra*.

302. Los siguientes cuadros muestran la evolución de los depósitos que -por medio de la administración de FONAFE- las empresas del Estado mantenían en el sistema bancario nacional en general y en el BNM, respectivamente. Conforme se aprecia, entre los meses de julio y octubre de 2000, el impacto relativo de dichos retiros fue bastante significativo en el Banco:

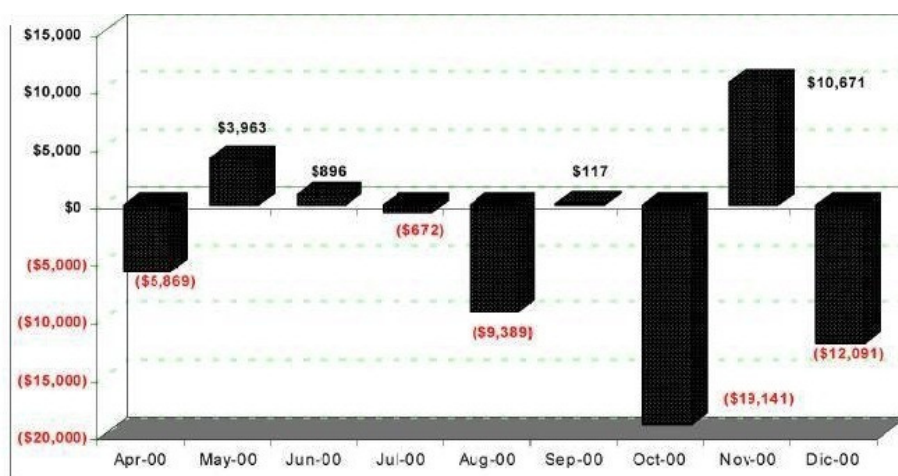


303. A continuación, mostramos el listado de las principales empresas del Estado que, entre julio y octubre de 2000 efectuaron retiros de depósitos en el BNM por cerca de US\$ 24 millones:

EMPRESA ESTATAL	ju00-DOL	ago00-DOL	sep00-DOL	oct00-DOL	nov00-DOL
COMISION NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES	\$1,252,199	\$1,252,971	\$1,261,290	\$1,033,853	\$1,034,070
CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACION Y ADQUISICIONES DEL ES	\$35,388	\$431,034	\$429,799	\$428,571	\$424,929
CORPORACION FINANCIERA DE DESARROLLO	\$6,184,845	\$5,469,002	\$10,329,090	\$50,366	\$5,023,413
CORPORACION PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACION COMER	\$3,121,436	\$2,121,111	\$1,816,111	\$2,118,156	\$1,500,000
DIRECCION EJECUTIVA DE PROYECTOS. D.E.P. (Ministerio de Energí	\$1,736,198	\$1,762,384	\$1,909,128	\$1,936,073	\$1,962,659
EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERU S.A. (ELECTROPERU)	\$8,508,611	\$2,873,563	\$4,124,072	\$0	\$5,865,089
EMPRESA DE GENERACION ELECTRICA	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0
EMPRESA DE TRANSMISION ELECTRICA CENTRO	\$5,000,000	\$5,030,387	\$1,000,000	\$2,446,445	\$0
EMPRESA MINERA DEL CENTRO DEL PERU S.A.	\$2,151,402	\$1,989,611	\$1,231,269	\$1,058,074	\$1,066,490
EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.	\$3,479,908	\$7,506,201	\$4,267,600	\$5,008,071	\$3,709,297
FONAVI	\$13,863,565	\$13,863,565	\$13,823,841	\$10,866,908	\$11,934,075
FONCODES	\$7,664	\$9,155	\$0	\$0	\$27,324
INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO DEL PERU	\$1,072,597	\$1,043,103	\$1,040,115	\$0	\$0
OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA S.A.	\$1,043,103	\$1,043,103	\$0	\$0	\$0
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION PRIVADA EN TELECOI	\$2,032,687	\$2,054,195	\$2,063,508	\$2,057,613	\$2,050,413
SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD	\$18,663,956	\$18,767,247	\$18,651,864	\$17,792,287	\$17,679,007
SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A.	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0
Grand Total	\$68,153,559	\$65,216,633	\$61,947,688	\$44,596,417	\$52,276,767

304. De acuerdo con los montos y oportunidades de los retiros señalados en el cuadro precedente, el siguiente gráfico muestra de forma muy clara la evolución mensual negativa neta de los depósitos estatales en el BNM,

expresados en Nuevos Soles, observándose que en octubre de 2000, el impacto del retiro de parte de FONAFE fue crítico:



Fuente: Estados Financieros mensuales del BNM publicados por la Superintendencia de Banca y Seguros
Informe Visita Inspección al BNM N° DESF-"A"-168-VI/2000 del 22.11.2000

305. Pese a que resultaba fácilmente previsible que una medida de la envergadura del repliegue de fondos ordenado por el Ministerio de Economía y Finanzas impactaría gravemente en el sistema financiero peruano, afectado por la grave crisis política ya descrita, los retiros estatales se hicieron sin seguir ningún cronograma ordenado y sin tener un plan de contingencias que respaldara las fisuras de liquidez generadas por el propio Estado con su accionar.

306. La imprudente medida estatal fue severamente criticada por especialistas y por distintos medios de comunicación nacionales, pues la grosera ausencia de orden en el repliegue de los fondos claramente afectaría a la banca nacional que contaba con una cantidad considerable de fondos públicos depositados en los bancos locales, producto del mecanismo de colocaciones llevado a cabo por el propio Estado:

“La medida [de replegar los depósitos estatales hacia el Banco de la Nación], según refirió el titular de la SBS, Luis Cortavarría, sería gradual y ordenada para no afectar al sistema financiero dado que el Estado es el mayor depositante, pues sus recursos ascienden a S/. 4,500 millones. (...) Incluso, tal como lo revelara recientemente Cortavarría, se elaboró un cronograma de retiros, pero éste **no llegó a cumplirse** dando lugar a la

intervención del BNM, entidad donde los fondos públicos representaban el 25% del total de sus depósitos.”¹²¹ (Énfasis agregado)

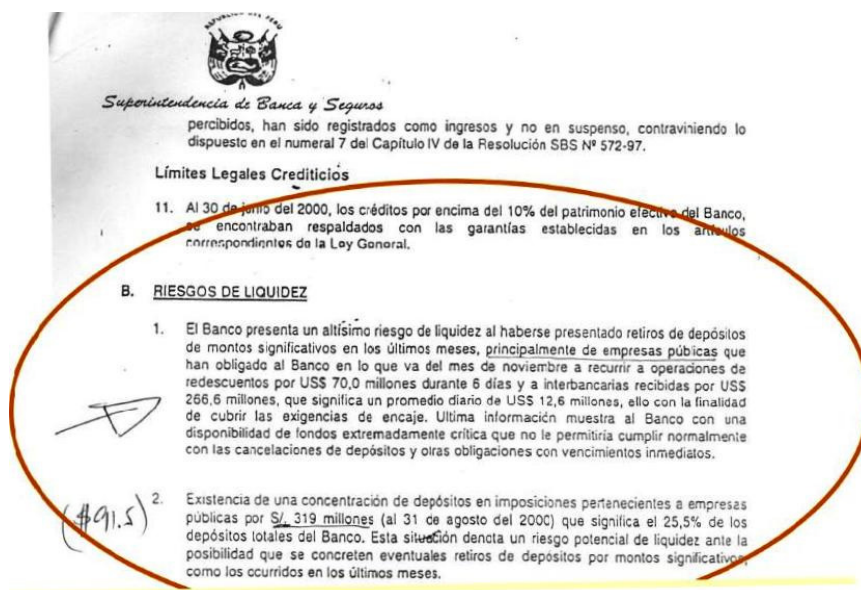
“En realidad los problemas de liquidez en el sistema bancario son un hecho real. Esto es resultado tanto del retiro de depósitos de empresas públicas del sistema bancario para transferirlos al Tesoro Público, así entre agosto y el 15 de noviembre las obligaciones de los bancos privados con el sector público se redujeron en US\$237 millones pero también se produjo retiro de depósitos del sector privado como resultado de la incertidumbre política, en similar período ello implicó US\$257 millones menos.

Aquí un asunto que sería interesante conocer es cuán ordenado y bajo qué criterios el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial (FONAFE) determina la velocidad y el monto de los retiros de recursos de los bancos privados...”¹²²

307. De hecho, el Estado conocía muy bien del riesgo de iliquidez que su política de repliegue de depósitos representaba para el Banco, dado el alto grado de participación de dichos fondos en el total de colocaciones en el BNM. Ello se aprecia en el Oficio 12187-2000, de fecha 27 de noviembre de 2000 y suscrito por el Superintendente de Banca y Seguros (ANEXO IV-7), mediante el cual la SBS notificó al BNM su informe con los resultados de la segunda visita de inspección (§289-296 *supra*):

¹²¹ GUERRA, Lilia. “Continuaron reajustes en el sistema financiero peruano”. Diario *Expreso*, sección *Economía*. Lima, (1.01.2001), p.3. (Anexo V-27)

¹²² Opinión del ex presidente del Banco de la Nación, y ex director del Banco Central de Reserva, ex viceministro de Hacienda. En: BURNEO, Kurt. “Fondos públicos, bancos y transparencia”, Diario *La República*, columna *Opinión* (Anexo V-22).



308. El Estado fue entonces negligente y el Ministerio de Economía y Finanzas, a pesar de ser el órgano estatal que mejor conocía la delicada situación de liquidez de varios bancos que entre sus depósitos contaban con importantes montos de fondos públicos, dispuso un retiro de sus fondos sin el menor cuidado para evitar agravar la situación que ya afrontaban.

309. Diversos analistas económicos coincidieron en responsabilizar al Estado de la inestabilidad que su acción generó en el sistema bancario:

“El presidente del Banco Latino, Richard Webb, manifestó que el Estado es en parte responsable de la crisis de iliquidez por la que atraviesa parte del sistema financiero en las últimas semanas. (...) el anuncio público de esa acción [retiro de fondos del Estado] ha tenido un efecto negativo en los agentes privados, que se han adelantado a esa posibilidad y la han magnificado.”¹²³

“El catedrático de la Universidad del Pacífico Eduardo Morón señaló ayer que una de las razones por las que el Banco Nuevo Mundo sufrió problemas de liquidez fue el retiro de fondos públicos durante la gestión del ministro de Economía, Carlos Boloña. Manifestó que **ese retiro se realizó sin tener un plan de contingencia** y que no comprende por qué las autoridades mostraron tan poca iniciativa para tratar de detener esa crisis de liquidez. (...)”

¹²³ Opinión del ex presidente del BCR, Richard Webb. “Anuncio de retiros públicos creó incertidumbre”. Diario *Correo*, sección *Economía*. Lima, (14.12.2000), p. 12. (Anexo V-25)

Asimismo, señaló que había una serie de bancos del sistema que tenían gran concentración de depósitos del sector público y que **cualquier retiro no programado implicaba problemas** en el manejo de su liquidez.”¹²⁴ (Énfasis agregado)

“Es necesario que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), en el corto plazo, den un manejo adecuado de los depósitos de las empresas e instituciones del Estado para no generar nuevas crisis de liquidez como la que ocurrió con el Banco Nuevo Mundo (BNM), advierte un informe elaborado por Comex. (...)

Esta crisis ha tenido como principal componente en retiro de los recursos que algunas empresas estatales tenían en dicho banco [BNM] y que ha generado una crisis de liquidez en algunas entidades bancarias.”¹²⁵

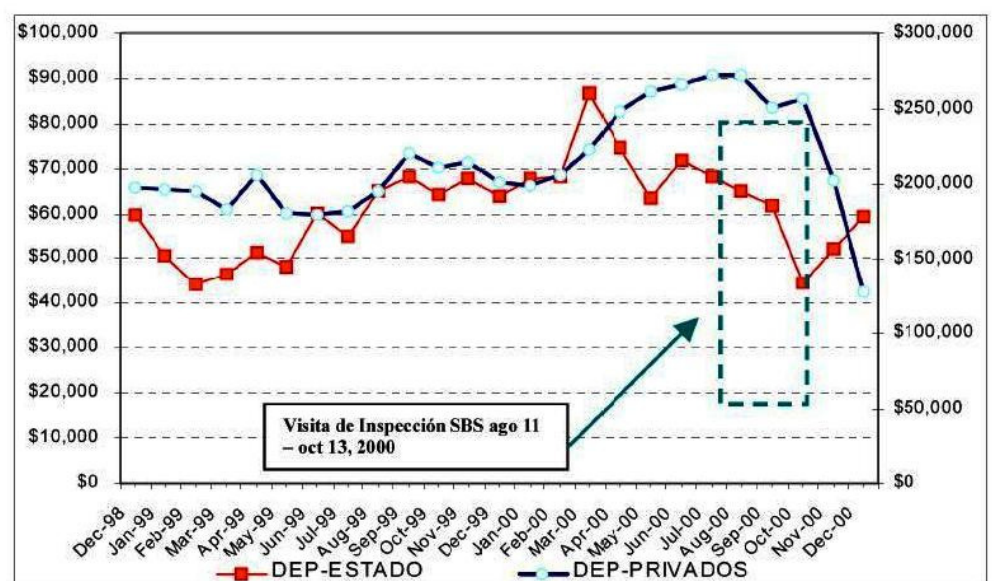
“[Según opinión del economista Roberto Abusada,] el Estado tiene cierta responsabilidad en la quiebra del banco [Nuevo Mundo], ya que no puede asumir que sus depósitos tienen la misma categoría que los de cualquier persona o entidad y que **no puede retirarlos abruptamente**.”¹²⁶ (Énfasis agregado)

310. Como se ha acreditado, el retiro de los fondos fue abrupto y sistemático, y su *impacto relativo* fue mayor en el BNM en comparación con todos los bancos del sistema peruano. Ello desestabilizó significativamente sus índices de liquidez y, aunado a los actos y omisiones estatales descritos en el presente capítulo, indujo al retiro de fondos privados del Banco, de acuerdo a la clara tendencia se aprecia comparativamente en la siguiente ilustración:

¹²⁴ “Responsabilizan a Boloña”. Diario *La República*, sección *Economía*. Lima, (8.12.2000), p.14. (Anexo V-13)

¹²⁵ “Urge manejo adecuado de depósitos estatales en entidades bancarias”. Diario *Expreso*, sección *Economía*. Lima, (10.12.2000), p.5. (Anexo V-17)

¹²⁶ CAPUNAY, Christian. “Banco Nuevo Mundo fue intervenido por la SBS luego de aguda crisis de liquidez”. Diario *Liberación*, sección *Política*. Lima, (6.12.2000), p.3. (Anexo V-6)



3.6 La Promulgación del “Programa de Consolidación del Sistema Financiero” en Noviembre de 2000

3.6.1 La Exclusión del BNM en la Estructuración del “Programa de Consolidación del Sistema Financiero”

311. El lunes 27 de noviembre de 2000, fue promulgado sorpresivamente el Decreto de Urgencia 108-2000 que creó el “Programa de Consolidación del Sistema Financiero” destinado, según el propio título de la norma, a la reorganización societaria de las empresas bancarias¹²⁷. La norma fue publicada en el Diario Oficial El Peruano al día siguiente de su aprobación ministerial.

312. Debido a que el Ministro de Economía y Finanzas había asumido el cargo recién el día anterior, domingo 26 de noviembre¹²⁸, en coordinación con

¹²⁷ El tercer considerando del DU 108-2000 también señala: “Que, a tal fin, es necesario y urgente facilitar la reorganización societaria de las empresas de operaciones múltiples del sistema financiero nacional”. (énfasis agregado) (Anexo JL-16)

¹²⁸ Luego de la vacancia del ex presidente Fujimori y la dimisión de todo su gabinete de ministros, el gobierno transitorio de la República del Perú, encabezado por el Presidente del Parlamento, Valentín Paniagua, designó a Javier Silva Ruete como Ministro de Economía y Finanzas. (Ver Resolución Suprema de nombramiento del ministro, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de noviembre del 2000 en ANEXO JL-15)

la Superintendencia de Banca y Seguros, convocó a una reunión de urgencia a la que estuvieron invitados el Superintendente y únicamente los gerentes generales de los diez bancos más grandes del país. El BNM no fue convocado a participar en dicha reunión (Levy ¶67).

313. Lo inusual de esta exclusiva cita con el nuevo ministro, llamó la atención de la prensa nacional, y fue recogida en distintos medios de comunicación de diversas formas:

“[Javier Silva Ruete] ha diseñado un Programa de Consolidación del Sistema Financiero (PCSF) para incentivar la fusión de los bancos. En reunión con banqueros **el lunes 27 de noviembre propuso, en particular, la absorción de bancos chicos** por los bancos grandes. (...) Una fuente asegura que Dionisio Romero¹²⁹ se retiró antes de que terminara la reunión del lunes 27, y otro banquero critica el hecho que **no hubieran invitado a esta cita a los presidentes de algunos bancos chicos**”¹³⁰ (Énfasis agregado)

“Mi impresión es que esa política cambió con el ingreso de Carlos Boloña y Luis Cortavarría, quienes, me parece, estaban más dispuestos a precipitar la consolidación. Esto resulta bastante obvio por que en una reunión convocada por la SBS **se invitó a todos los tesoreros y gerentes de bancos, menos a cinco entidades, uno de los cuales era el del Nuevo Mundo**. El mensaje de la SBS a los bancos convocados, era: señores, ¿quieren ustedes comprar estos bancos?, esa fue la propuesta en su momento.”¹³¹ (Énfasis agregado)

“(E)n este caso, las autoridades del sistema bancario nacional, la SBS, el BCR, Cofide o el Banco de la Nación demostraron falta de liderazgo y **no cumplieron apropiadamente su misión**. En su opinión, el anuncio del MEF de elevar el capital mínimo de los bancos y la nueva ley de fusiones proyecta la imagen de que **el MEF considera que los bancos pequeños no deben permanecer en el mercado**. Una señal de que esto es así podría ser el que el MEF **no invitó a bancos como el BNM**, NBK Bank, Comercio, Latino y Financiero a la reunión convocada el 28 de

¹²⁹ Presidente del Banco de Crédito del Perú. (cita no contenida en el texto original)

¹³⁰ HIDALGO, Rafael. Año 2000. “Curvas peligrosas de la banca chica”. *Revista Caretas*. Lima, 7 de diciembre, p.31. (Anexo V-7)

¹³¹ Entrevista al economista Pablo Secada, entonces jefe de analistas del Santander Central Hispano Investment en el Perú. FLORES, Raúl. “Secada: No hay señales claras de lo que quiere el gabinete”. *Diario Correo*. Lima, (11.12.2000), p.12. (Anexo V-19)

noviembre para exponer el Programa de Consolidación del Sistema Financiero”¹³² (Énfasis agregado)

314. Conforme se demuestra, el BNM fue excluido del proceso de elaboración del mecanismo estatal destinado a solucionar los problemas de liquidez en el sistema bancario. La exclusión del Banco es aún más grave debido a que dicho mecanismo estaba directamente relacionado con la continuidad del negocio y los intereses económicos del inversionista en el BNM, tal como se detalla en la sección siguiente.

3.6.2 La Tendencia del Programa de Consolidación del Sistema Financiero que Forzaba la Absorción de Bancos Chicos

315. Respecto al mecanismo del Programa de Consolidación del Sistema Financiero (“Programa de Consolidación” ó “PCSF”), creado por el DU 108-2000, Forsyth, Perito Experto en derecho bancario, señala que dicha norma fue creada para el fortalecimiento del sistema financiero golpeado por la crisis política y económica que enfrentaba el Perú. Dicho fortalecimiento pasaba necesariamente por la absorción de las instituciones financieras en problemas, por parte de aquellas entidades que estuvieran enfrentando la crisis en mejores condiciones. Para ello, el Estado destinó una línea del Tesoro Público por US\$ 400 millones, que serviría para cubrir mediante bonos del Estado las eventuales pérdidas que tuvieran que enfrentar las entidades absorbentes (Forsyth ¶224).

316. Es importante señalar que el Programa de Consolidación no buscaba la rehabilitación de los bancos en problemas, sino que dichas entidades debían necesariamente pasar por un proceso de disolución al ser asumido su patrimonio o un bloque patrimonial por la entidad financiera adquirente (Forsyth ¶226).

317. Reputados analistas económicos criticaron la política del MEF plasmada en el DU 108-2000, señalando que el Programa de Consolidación del

¹³² ZAPATA, Luis. Año 2000. “Problema de liquidez. Tras la intervención del Banco Nuevo Mundo”. *Semana Económica*. Lima, 10 de diciembre de 2000, p.3. (Anexo V-18)

Sistema Financiero transmitía hacia el mercado el claro mensaje que los bancos chicos en el Perú se encontraban en problemas y debían desaparecer. Entre ellos, el economista Julio Velarde, entonces ex director del Banco Central de Reserva del Perú, cargo público que ocupa nuevamente en la actualidad, consultado acerca de la intervención del BNM, declaró lo siguiente:

“[Julio Velarde] Consideró que hasta el momento, el Ministerio de Economía y Finanzas ha dado señales contrarias al anunciar que aumentará el capital mínimo de los bancos y la nueva ley de fusiones [DU 108-2000] que hacen pensar que el MEF considera que los bancos pequeños no deben mantenerse.

‘Creo que [el Ministro de Economía] Silva Ruete ha dado algunas malas señales, pues ha puesto como proyecto de ley el elevar el capital de los bancos, así como la nueva ley de fusiones, **como si los bancos pequeños deberían desaparecer**’, puntualizó.”¹³³ (Énfasis agregado)

“Julio Velarde, ex director del Banco Central de Reserva (BCR), opinó que el sistema financiero enfrenta problemas; no obstante en general está relativamente sólido. (...) Velarde instó a que el Gobierno anuncie su apoyo a la banca. Finalmente indico que **el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) dio algunas señales equivocadas respecto a los bancos pequeños que no debían mantenerse**. ‘Entonces yo creo que esas cosas generan mucha confusión’, manifestó”¹³⁴ (énfasis agregado)

318. En consecuencia, en el entorno bancario nacional e internacional, se hizo evidente que, con la creación del Programa de Consolidación del Sistema Financiero del DU 108-2000, el Estado buscaba retirar del mercado a los bancos de menor participación como el BNM, empujándolo forzosamente a ser absorbido por otra entidad más grande, lo que no pasó desapercibido en las redacciones de importantes diarios nacionales en la época:

“En una de sus primeras acciones, el gobierno de Valentín Paniagua, mediante decreto de urgencia creó el PCSF que propicia la reorganización societaria de las empresas bancarias múltiples. (...) La creación de **este mecanismo despertó suspicacias en el ambiente financiero en donde se comentaba que el PCSF había sido diseñado**

¹³³ “Velarde: Hay falta de liderazgo en sector financiero”. *Diario Expreso*, sección *Economía*. Lima, (8.12.2000), p.3. (Anexo V-12)

¹³⁴ “Periscopio Financiero. Gobierno debe apoyar a la banca”. *Diario Gestión*, sección *Finanzas*. Lima, (9.12.2000), p.20. (Anexo V-16)

específicamente para cinco bancos, tres de ellos son el NBK Bank, el BNM y el Banco Latino”¹³⁵ (énfasis agregado)

“Sin duda, es preocupante la situación que atraviesa en esta coyuntura la banca nacional y de esta crisis se pueden desprender múltiples interpretaciones.

Una apunta a que **al MEF no le causa mayor molestia el prescindir de los llamados bancos pequeños. Para respaldar este juicio, nos encontramos con el famoso programa de consolidación del sistema financiero**, que vía decreto de urgencia fue lanzado en días pasados – cuya reglamentación sigue sin conocerse-, el cual se supone que promovería las fusiones entre bancos, pero desde cuya mención nos hemos encontrado con la caída sistemática de entidades bancarias.”¹³⁶ (Énfasis agregado)

3.7 El Incumplimiento del Rol Estabilizador del Estado Frente al Pánico Financiero Desatado en Octubre de 2000 en Perjuicio del BNM

3.7.1 La Fuga de Depósitos Privados en el BNM por el Pánico Financiero Desatado por su Supuesta Inestabilidad

319. Desde octubre de 2000, el BNM fue objeto de una serie de rumores que persistentemente advertían al público de su inminente caída en el sistema financiero. Ello, aunado a la promulgación del “Programa de Consolidación del Sistema Financiero” -destinado a que los bancos mas pequeños fueran absorbidos por, o vendidos en bloque a, los mas grandes- y luego que el BNM fuera sometido por 62 días a una segunda Visita de Inspección en el año por la SBS, generó incertidumbre en el mercado respecto de la estabilidad y viabilidad del Banco en el sistema.

320. El previo retiro sistemático de los fondos públicos depositados en el BNM durante los meses de julio a octubre, sumado a los rumores sobre la pronta intervención del Banco, tuvo como consecuencia una corrida masiva de los

¹³⁵ GUERRA, Lilia. Año 2001. “Continuaron reajustes en el sistema financiero peruano”. *Diario Expreso*. Lima, (1.01.2001), p. 2. (Anexo V-27)

¹³⁶ “Otro más y siguen escondidos”. *Revista Síntesis*, columna *Editorial*. Lima, 12 de diciembre de 2000, p.3. (Anexo V-21)

depósitos privados (JLevy ¶¶54 y 55). Lógicamente, los rumores trascendieron de la calle hacia los medios de comunicación, que posteriormente recogieron dichos comentarios en diversas publicaciones locales:

“Una de sus últimas víctimas [de los rumores de quiebra de un banco esparcidos por Internet] ha sido el Nuevo Mundo, que, aparte del tiro de gracia dado por las empresas públicas que retiraron sus fondos del sexto banco del sistema, **sus clientes fueron alertados del pronto colapso financiero del Nuevo Mundo a través del e-mail.**

Fuentes de la SBS confirmaron a EXPRESO de este hecho y manifestaron que están haciendo las pesquisas del caso para identificar a estos ‘clarividentes financieros’. ¿Quién caerá primero?”¹³⁷ (Énfasis agregado)

“[En el contexto de] la grave crisis política desatada a partir de la difusión del famoso video Montesinos-Kouri, lo que originó retiros de numerosos depositantes privados y la contracción (y encarecimiento) de las líneas de crédito externas. Es así que el BNM en muy pocos meses pasó de una situación de cierta holgura en la liquidez a una grave iliquidez.

Naturalmente una vez desatada la crisis, la cual se vio potenciada **por incesantes rumores y mensajes electrónicos adversos que acentuaban el ritmo de los retiros** (los depósitos cayeron en S/.302 millones entre septiembre y noviembre, habiéndose registrado los mayores retiros en el último mes), ni los recursos propios, ni los redescuentos, ni las operaciones de venta de cartera pudieron parar la crisis de liquidez...”¹³⁸ (Énfasis agregado)

“Como se conoce, el Banco Nuevo Mundo fue intervenido el martes pasado por no contar con la liquidez suficiente para enfrentar un retiro masivo de depósitos causado, en cierta medida, por **rumores** sobre su probable delicada situación”¹³⁹

“Desde hace algunas semanas Lima estaba inundada de chismes que circulaban en reuniones sociales, llamadas telefónicas y cadenas de correos electrónicos. Aquellos que todo lo saben alertaban sobre la difícil situación que se cernía sobre el sistema financiero. Lo cierto es que junto

¹³⁷ “Rumores”. Diario *Expreso*, sección *Economía*. Lima, (7.12.2000), p.1. (Anexo V-9)

¹³⁸ “La crisis del banco Nuevo Mundo”. Diario *Gestión*, columna *Opinión*. Lima, (7.12.2000), p. 22. (Anexo V-8)

¹³⁹ “Piden a Silva Ruete enfrentar rumores”. Diario *Correo*, sección *Economía*. Lima (9.12.2000), p.2. (Anexo V-15)

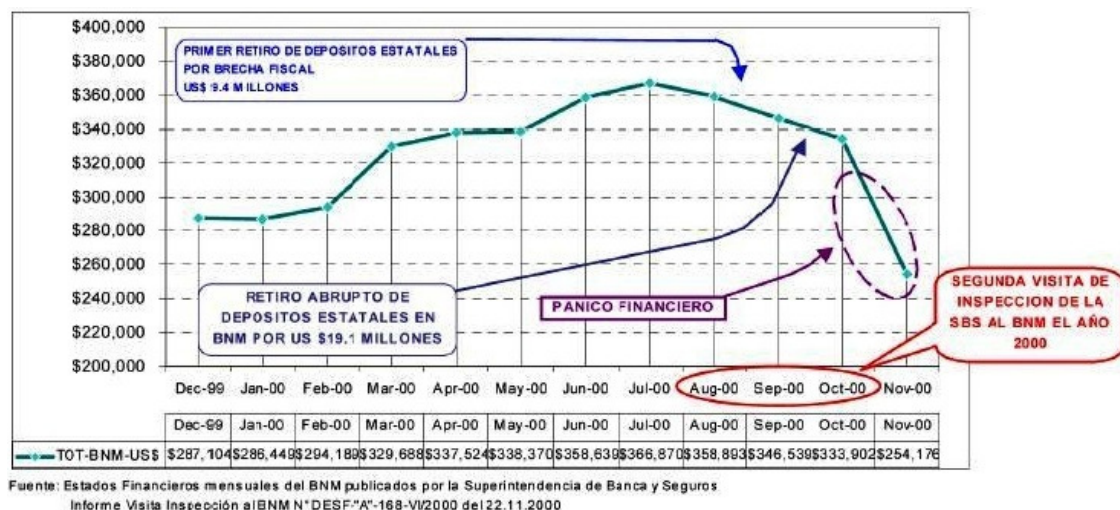
con la inestabilidad política, el desgobierno que se apoderó de la administración pública (muestra de una inocultable falta de liderazgo, como lo ha señalado ayer Julio Velarde), y lo que era un retiro ordenado de los fondos públicos se convirtió en una segunda estampida. Es aquí donde se presenta el problema de iliquidez en algunas instituciones entre ellas el Banco Nuevo Mundo”¹⁴⁰

321. Desatado el pánico entre los ahorristas del BNM, desde el mes de septiembre de 2000 aproximadamente S/. 300 millones fueron retirados en 10 semanas del Banco por depositantes privados, la mayoría en cheques de gerencia. Cuentas enteras fueron cerradas todos los días y el Banco perdía liquidez conforme los rumores se esparcían por el mercado y éstos no eran debidamente enfrentados y desmentidos por las autoridades del Estado. (JLevy ¶55-57)

322. Conforme se aprecia en el gráfico siguiente, a partir del mes de octubre, los depósitos privados siguieron la tendencia del retiro de colocaciones decretado por el Ministerio de Economía y, acrecentados por los rumores desestabilizadores no neutralizados por el Estado, conllevaron la fuga de los depósitos de los ahorristas privados en el BNM¹⁴¹:

¹⁴⁰ VALDIVIA, Juan Carlos. “Irresponsables”. Diario *Correo*, sección *Política*. Lima, (11.12.2000), p. 8. (Anexo V-20)

¹⁴¹ Las cifras empleadas para el cuadro bajo referencia, excluyen los depósitos de bancos y otras entidades financieras locales y extranjeras en la muestra del total de bancos analizados. La razón es que, para el análisis de riesgo y la determinación de la percepción del mercado sobre el nivel de riesgo de un banco, no deben considerarse los depósitos recibidos de otros bancos. En la mayoría de casos, dichos depósitos *interbancarios* son efectuados por periodos muy cortos de tiempo y con propósitos de cumplimiento del encaje legal bancario. En otros casos, provienen de casas matrices y/o bancos subsidiarios –en el caso de bancos multinacionales- o de entidades relacionadas o vinculadas –para el caso de bancos nacionales. Por dicha razón, las cuentas denominadas “Adeudados a bancos y otras instituciones financieras” no han sido considerados para la ilustración.



323. Sobre la fuga de depósitos producto de la corrida de ahorristas en pánico por los rumores sobre la inestabilidad del Banco, el propio Superintendente de Banca y Seguros reconoció –el mismo día en que se decretó la intervención estatal del BNM- que el problema de liquidez del Banco se originó en la corrida de depósitos:

“El propio superintendente de Banca y Seguros, Luis Cortavarría, explicó a la prensa que los depósitos totales del banco mostraron una reducción del **48 por ciento entre el 31 agosto y el 30 de noviembre**, es decir, “hubo una corrida” de 301,9 millones de soles, lo que prácticamente dejó al banco sin liquidez para afrontar sus obligaciones corrientes.”¹⁴² (Énfasis agregado)

“[El Superintendente Cortavarría] señaló que los depósitos totales del banco mostraron una reducción, entre el 31 de agosto y el 30 de noviembre pasado, de S/. 301.9 millones, lo cual representa un 24.1%. En dicha reducción, ahorros fue el rubro de depósitos más afectado con una disminución de 48.5% en el referido lapso. (...)”

Asimismo, **admitió que fue en noviembre que se dio el mayor retiro de depósitos**, pero no precisó el monto ni porcentaje de retiros por parte de los sectores público y privado”¹⁴³ (Énfasis agregado)

¹⁴² “Superintendencia intervino Nuevo Mundo”. Diario *Ojo*, columna *Informe*. Lima, (6.12.2000), p. 8 (Anexo V-4)

¹⁴³ “Entidad adolecía de aguda crisis de liquidez”. Diario *La República*, sección *Economía*. Lima, (6.12.2000), p. 13 (Anexo V-5)

324. El impacto que tuvieron los rumores desestabilizadores acerca del BNM condujo a la fuga de ahorristas del Banco. Conforme se acrecentaron las corridas, sin que la SBS actuara en cumplimiento de sus funciones, la situación del Banco fue insostenible. Aún cuando la entidad contaba con fundamentos patrimoniales sólidos, la ola de rumores sobre su inestabilidad no pudo ser contenida por sí misma, puesto que ningún banco puede soportar el retiro constante e imparable de los depósitos de sus ahorristas si es que el regulador bancario no actúa frenando los rumores que motivan la corrida de depositantes¹⁴⁴.

3.7.2 El Incumplimiento de la SBS de su Rol Estabilizador del Sistema Bancario Frente al Pánico Financiero Desatado

325. La Constitución Política del Perú, en su artículo 87°, le encarga a la SBS la protección del interés del público en el ámbito del sistema financiero, para lo cual debe asegurar su estabilidad (Forsyth ¶¶21, 24 y 26).

326. De este modo, tal como ha sido señalado por el máximo intérprete de la Constitución peruana¹⁴⁵, la Superintendencia es una de las entidades encargadas de garantizar el orden público económico -entendido éste como el valor de tener un sistema financiero tranquilo y saludable- donde el Estado pueda cumplir con su deber constitucional de proteger el ahorro consagrado en el artículo 87° de la Constitución. En esta tarea le acompaña estrechamente el Poder

¹⁴⁴ De acuerdo con Forsyth, la corrida bancaria y el pánico financiero pueden en muy corto tiempo llevar a una empresa sólida y líquida a una situación de liquidez que la ponga al borde del régimen de intervención por la causal de no pago de obligaciones. (Forsyth ¶145)

¹⁴⁵ “Es importante resaltar que, en dicha tarea [de garantizar la estabilidad del sistema bancario y financiero], [el BCR] debe contar con la cooperación y coordinación de la SBS, al constituir órganos constitucionales con funciones relacionadas con la moneda y la Banca, que, como ya lo señalamos de manera precedente, se relacionan de manera intrínseca. Es a través de la participación de ambas entidades que se garantiza la estabilidad económica financiera y el orden público económico, por lo que nuestro modelo financiero supone - bajo criterios de cooperación entre poderes y órganos públicos – una labor racional e integrada de ambos entes, siendo que sus competencias requieren articularse permanentemente con un importante grado de coordinación, sin perjuicio de la autonomía que constitucionalmente les ha sido reconocida (artículos 84 y 87)” (Énfasis agregado). Ver, Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0005-2005-CC/TC, (FORSYTH ANEXO IV-001).

Ejecutivo a través del Presidente de la República¹⁴⁶ y el Ministerio de Economía y Finanzas (Forsyth ¶203).

327. Por lo tanto, conforme a sus deberes constitucionales de protección al ahorro, el BCR, la Superintendencia y el MEF deben tomar medidas inmediatas tendientes a contrarrestar los efectos del pánico financiero, existiendo en nuestro país experiencias donde ello ha sucedido¹⁴⁷ (Forsyth ¶209).

328. Sobre la base del análisis de la actuación de la SBS, en el marco de sus funciones regulatorias establecidas por la ley peruana y su conducta respecto del BNM durante la ola de rumores que afectaron su estabilidad en el sistema, el Perito Experto llega a concluir lo siguiente:

“Por los argumentos expuestos en el presente acápite, puedo concluir que conforme a sus deberes constitucionales de protección al ahorro, el BCR, la Superintendencia y el MEF dentro de sus debidas competencias, debieron tomar medidas inmediatas tendientes a contrarrestar los efectos del pánico financiero. Hay en nuestro país experiencias donde ello ha sucedido. Por lo demás, no existen causas objetivas y razonables que justifiquen un trato diferenciado en el ejercicio de este deber constitucional, protegiendo a unas empresas y desamparando a otras”. (Forsyth ¶217)

329. Por otro lado, diversos especialistas nacionales coinciden con las conclusiones alcanzadas por el Perito Experto en materia legal, y apuntan que la omisión de la SBS en enfrentar y desmentir los rumores sobre el inminente desplome del BNM, generó una crisis de desconfianza en el Banco, produciéndose retiros masivos de ahorros, lo que empujó al BNM a una situación iliquidez:

“La intervención del Nuevo Mundo la desatan los rumores, nada más. **Sin rumores hubiera seguido en el mercado**, no sé si cinco años más,

¹⁴⁶ Conforme al artículo 118° (19) de la Constitución Política del Perú (ANEXO FORSYTH II-001), el Presidente de la República tiene la facultad de dictar Decretos de Urgencia con rango de ley en materia económica y financiera en situaciones extraordinarias y en caso de interés nacional, lo que denota la responsabilidad del máximo representante del Poder Ejecutivo en un caso como sería una situación de crisis y pánico financiero.

¹⁴⁷ Tal es el caso de los rumores desestabilizadores que se propagaron en enero de 2001, que advertían de una inminente caída e intervención del *Banco Wiese* y *Banco de Crédito*. En dichos casos, la SBS, el MEF y el BCR desmintieron públicamente dichos rumores y llamaron a la calma a los ahorristas privados (mayor detalle en: ¶¶344 en adelante, *infra*).

pero por lo menos el tiempo suficiente para salir ordenadamente. Si la SBS hubiera querido actuar lo hubiera hecho, y la intervención hubiese sido ordenada. **Se necesita una SBS tomando la iniciativa** y no a la gente recurriendo a retirar sus depósitos.”¹⁴⁸ (Énfasis agregado)

“Yo diría que ha habido unos problema coyunturales de liquidez graves debido a **fuertes rumores que coinciden con una etapa de incertidumbre política, lo que sirvió de caldo de cultivo para estos rumores y golpeó severamente a estas dos instituciones** [BNM y NBK Bank]. Me remito también a lo opinado por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) por cuanto acá el problema no ha sido de solvencia sino de liquidez. (...)”

Los bancos se desangran por falta de liquidez, los bancos no mueren por rentabilidad, mueren por liquidez y aquí, **a ambos bancos le han hecho un corte en la aorta y se han desangrado**.”¹⁴⁹ (Énfasis agregado)

330. Por su parte, el prestigiado economista peruano Eduardo Morón¹⁵⁰ declaró en ese entonces a un diario local:

“Hemos tenido varias semanas de rumores que no han sido desmentidos y es obvio que **cualquier banco no va a soportar una crisis de rumores, menos si las autoridades no salen a desmentir** qué es lo que está pasando”¹⁵¹ (énfasis agregado)

331. Asimismo, Juan Jose Marthans¹⁵², quien luego ocuparía el cargo de Superintendente de Banca y Seguros, escribió un artículo criticando la omisión del deber de la SBS en el caso del BNM afectado por rumores sin fundamento:

“¿Se pudo evitar la inestabilidad financiera que los peruanos enfrentamos las últimas semanas? (...)”

¹⁴⁸ Entrevista al economista Pablo Secada, entonces jefe de analistas del *Santander Central Hispano Investment* en el Perú. FLORES, Raúl. “Secada: No hay señales claras de lo que quiere el gabinete”. *Diario Correo*. Lima, (11.12.2000), p.12. (Anexo V-19)

¹⁴⁹ Entrevista a Enrique Arroyo Rizo-Patrón, gerente del gremio bancario nacional, la *Asociación de Bancos del Perú* (ASBANC). GUERRA, Lilia. “Mas que crear banca de fomento se debe hacer sujetos de crédito”. *Diario Expreso*, sección *Economía*. Lima, (8.01.2001), p.8. (Anexo V-28)

¹⁵⁰ Doctor en Economía por la Universidad de California, ex Viceministro de Economía y entonces catedrático del Departamento Académico de Economía de la Universidad del Pacífico.

¹⁵¹ “Responsabilizan a Boloña”. *Diario La República*, sección *Economía*. Lima, (8.12.2000), p.14. (Anexo V-13)

¹⁵² Ex Director del Banco Central de Reserva del Perú, ex Superintendente de Banca y Seguros, profesor de Economía y Banca en la Universidad del Pacífico y la Universidad de Piura.

Cuando rumores malintencionados o pronunciamientos irresponsables aceleraron las restricciones de liquidez en un segmento de nuestra banca, **lo elemental hubiera sido el pronunciamiento y desmentido por parte de nuestra máxima autoridad** en economía y finanzas.

No sólo para evitar la caída de entidades bancarias, sino para que situaciones extremas no profundicen los males heredados en el ámbito económico...”¹⁵³ (Énfasis agregado)

“En tanto, el economista Juan José Marthans afirmó que detrás de los problemas que desequilibraron el sistema financiero en la última semana hubo ‘una ola de rumores interesados en desestabilizar algunas entidades medianas y pequeñas’. (...)

Frente a esta situación, Marthans indicó que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) debe garantizar la estabilidad del sistema bancario y tratar de superar esta coyuntura que produce iliquidez.”¹⁵⁴

332. Por otro lado, cuando el Congreso de la República investigó el caso del BNM, llegó a las mismas conclusiones arriba señaladas, detectando una grave omisión de la SBS, que a la larga determinó la asfixia del BNM por la imparable fuga de ahorros privados. Así, la *Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo* señaló en su Informe Final del 21 de enero de 2002, luego de más de 100 días de trabajo de investigación, concluyó lo siguiente¹⁵⁵:

“4.19) Ante la pregunta de los señores Congresistas, el Superintendente de Banca y Seguros no ha podido evidenciar las oportunidades en las que apareció en los medios de comunicación, entre octubre y noviembre del 2000, con el fin de evitar el creciente retiro de depósitos en los bancos Nuevo Mundo y NBK (...). Cabe señalar que el rol de la SBS es de prevención y de supervisión, **no quedando claro para esta Sub Comisión, las medidas que adoptó la SBS para evitar la crisis** de estos dos bancos. (...)”

5. CONCLUSIONES

¹⁵³ MARTHANS, Juan José. “Banca a la vista”. Diario *El Comercio*, columna *Opinión*. Lima, (17.12.2000), p.2 (Anexo V-26)

¹⁵⁴ “Posible fusión del BNM tiene que ser tratada con la SBS”. Diario *Expreso*, sección *Economía*. Lima, (9.12.2000), p.2. (Anexo V-14)

¹⁵⁵ “Informe Final de la Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, enero de 2002, p. 16-17 (Anexo I-6)

Por lo expuesto en este documento y con el sustento de la información que obra en nuestro poder y los análisis y demás aspectos técnicos que se han cubierto como corresponde, esta Subcomisión de Trabajo ha llegado a las siguientes conclusiones y recomendaciones: (...)

- 5.3) El Señor Superintendente de Banca **no ha podido sustentar ni evidenciar ante esta Sub Comisión**, las razones por las que no apareció en medios de comunicación entre octubre y noviembre del 2000 **para evitar que se generara en el Banco Nuevo Mundo el pánico financiero que, finalmente, fue la principal causal de su Intervención.**” (Énfasis agregado)

333. Por lo tanto, ha quedado acreditado también por parte uno de los poderes del Estado –Congreso- que la SBS incumplió su obligación de garantizar la estabilidad del sistema bancario, dejando desprotegido al BNM frente a rumores infundados que, en el contexto de crisis política, económica e institucional del país, generó el desplome del nivel de liquidez del Banco.

3.7.3 La Actuación Diferenciada de la SBS Frente a Rumores Que Afectaron a Otros Bancos Locales

334. Sin embargo, cuando los rumores de intervención afectaron a otros bancos del sistema, la SBS y el MEF cumplieron su rol estabilizador, enfrentando con firmeza y prontitud los rumores existentes, conforme se demuestra con las siguientes que son algunas de las notas de prensa que fueron publicadas en enero y febrero de 2001, recogiendo las puntuales y enérgicas declaraciones de la Superintendencia, desvirtuando los rumores que en ese entonces se esparcían en el sistema bancario local:

“A inicios de semana circularon rumores sobre una presunta situación delicada de los bancos de Crédito y Wiese Sudameris, lo cual provocó cierto retiro de depósitos en ambas instituciones. Tanto el superintendente de Banca como **el propio ministro de Economía salieron de inmediato al frente para desvirtuar los rumores** infundados, lo cual afortunadamente restauró la tranquilidad del sistema bancario.”¹⁵⁶ (Énfasis agregado)

¹⁵⁶ “Se desvirtuaron falsos rumores desestabilizadores en la banca”. Diario *Gestión*, columna *Resumen Semanal*. Lima (3.02.2001). (Anexo V-36)

“El superintendente de Banca y Seguros, Luis Cortavarría, aseveró que son ‘**absolutamente falsas**’ las versiones acerca de que esta entidad intervendría instituciones financieras en las próximas horas. Tal noticia circuló ayer insistentemente en el mercado y fue desmentida, además, por otras fuentes del Ejecutivo y del sector privado. (...)”

Cortavarría sostuvo luego, en un programa de televisión, que el sistema bancario se encuentra estable y continuará así, para descartar ‘**totalmente**’, de nuevo, una posible intervención. (...)”

Como se recuerda, en diciembre pasado dos bancos, el Nuevo Mundo y el NBK Bank, de una envergadura mucho menor, sucumbieron ante los rumores de su inminente intervención.”¹⁵⁷ (Énfasis contenido en el texto original)

“En conversación con Gestión Luis Cortavarría, jefe de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), **desmintió ayer categóricamente los ‘rumores’** que circularon sobre la intervención del Banco de Crédito.

“Son versiones absolutamente falsas, no hay ninguna acción en ese sentido. (...) así que estas versiones que se vienen dando son absolutamente falsas”, remarcó”¹⁵⁸ (Énfasis agregado)

335. Muchos otros medios escritos recogieron las declaraciones de la Superintendencia y del propio Ministro de Economía y Finanzas que, tratándose de rumores acerca de la delicada situación de dos bancos nacionales, *Banco de Crédito del Perú* y del *Wiese Sudameris*, cumplieron diligentemente su rol de garantes de la estabilidad del sistema bancario¹⁵⁹.

¹⁵⁷ “SBS descarta nuevas intervenciones”. Diario *Correo*, sección *Economía*. Lima, (30.01.2001), p.15. (Anexo V-29)

¹⁵⁸ “SBS desmiente rumores de nuevas intervenciones en el sistema bancario”. Diario *Gestión*. Lima, (30.01.2001). Una versión más legible del mismo artículo en: Gestión Digital (versión *online*), del 1 de febrero de 2001, consultada el 16/08/2011; http://www.panamaamerica.com.pa/periodico/buscador/resultado.php?story_id=219195&page=2&texto=sbs (ambas como Anexo V-30)

¹⁵⁹ Ver, también las siguientes notas de prensa: “Silva Ruete denuncia conspiración contra la economía del país”, *RPP Noticias* versión *online*, martes 30 de enero de 2001 (Anexo V-31); “Ministro Silva Ruete denuncia intento de desestabilizar la economía”, *Diario Oficial El Peruano*, sección *Economía*, Lima (31.01.2001), p. 18 (Anexo V-32); “Sostienen que SBS debió denunciar a congresista”, *Diario El Comercio*, sección *Economía*, Lima (1.02.2001), p. 34 (Anexo V-33); “Nos fusionaremos antes del próximo 9 de marzo”, *Diario La República*, sección *Economía*, Lima (1.02.2001), p. 24 (Anexo V-34); “Investigan presunto delito de pánico financiero”, *Diario Gestión*, columna *Periscopio Financiero*, Lima (2.02.2001), p. 14 (Anexo V-35).

336. Lo anterior demuestra claramente el trato discriminatorio que sufrió el BNM cuando idéntica situación lo afectó en la segunda mitad del año 2000, sin que las autoridades del Estado enfrenten los rumores acerca de su insolvencia, que propiciaron un retiro masivo de fondos y, en segunda instancia, su intervención estatal¹⁶⁰.

337. Tal como lo sustenta el Perito Experto Legal, el Estado y sus diversas reparticiones deben actuar siempre y en todos los casos ante el pánico financiero, sin importar la identidad de la empresa afectada. Lo contrario implica una violación de sus deberes constitucionales y un trato discriminatorio¹⁶¹ a la empresa que no recibe el apoyo de las autoridades:

“Pues bien, no existe una causa objetiva y razonable para que se proteja a una empresa del pánico financiero y a otra no, especialmente si se toma en cuenta el efecto de contagio que ello puede acarrear. El deber del Estado es cautelar el ahorro público en general, lo que implica proteger a todas las empresas del sistema financiero que sean víctimas de rumores destinados a desestabilizarlas. No hay margen para un trato diferenciado en el cumplimiento del deber constitucional del Estado de proteger los depósitos del público.” (Forsyth ¶216)

¹⁶⁰ La siguiente nota de prensa refleja la conducta abiertamente discriminatoria de la SBS frente al BNM, puesto que recién **después** de la intervención del Banco, la Superintendencia decidió tomar medidas para evitar el terrorismo financiero que mediante correos electrónicos asfixió la liquidez del BNM, conduciéndolo a la intervención:

“La Superintendencia de Banca y Seguros está tomando medidas para evitar cierto tipo de terrorismo financiero desatado a través de los correos electrónicos de la ciudad, llamando al pánico a los ahorristas de ciertos bancos, **luego de la intervención del Banco Nuevo Mundo**. Inclusive, ya se habría identificado a un connotado periodista económico en la colada.” En: “Con las horas contadas”; Diario *Correo*, sección *Política*; (7.12.2000); p. 6 (Anexo V-10) (énfasis agregado)

¹⁶¹ En el Perú, el derecho a la igualdad se encuentra recogido en el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución peruana, que señala: “*Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*”. (FORSYTH ANEXO II-001).

En el ámbito específico del sistema financiero, el derecho a la igualdad ha sido también recogido. Así, el artículo 6° de la Ley de Bancos señala: “*Las disposiciones de carácter general que, en ejercicio de sus atribuciones, dicten el Banco Central o la Superintendencia, no pueden incorporar tratamientos de excepción, que discriminen entre: (...) 1. Empresas de igual naturaleza. (...) 2. Empresas de distinta naturaleza, en lo referente a una misma operación. (...) 3. Empresas establecidas en el país respecto de sus similares en el exterior. (...) 4. Personas naturales y jurídicas extranjeras residentes frente a las nacionales, en lo referente a la recepción de créditos*”. (FORSYTH ANEXO II-002).

3.8 La Negativa Injustificada del BCR a Conceder el Crédito de Regulación Monetaria Solicitado por el BNM en Diciembre de 2000

3.8.1 El Deber del BCR de actuar como Prestamista en Situaciones de Crisis de Liquidez

338. El BCR tiene en el Perú, entre otras funciones, la de ser un prestamista de última instancia, otorgando liquidez a los bancos que lo soliciten¹⁶², mediante la figura de los *créditos de regulación monetaria* (préstamos y redescuentos o anticipos monetarios), que en buena cuenta son de créditos de corto plazo otorgados por el BCR al sistema financiero para superar problemas de liquidez temporal¹⁶³.

339. Respecto del rol de “prestamista de última instancia”, el reconocido especialista financiero Luis Alberto Giorgio, citado por Forsyth, señala que la idea básica que fundamenta dicha función (refiriéndose al prestamista de última instancia) consiste en anunciar que el banco central está dispuesto a proceder en tal carácter y sin límite cuando las circunstancias lo exijan; es decir, la autoridad monetaria se compromete libremente y a altas tasas de interés, en momentos de pánico: “libremente”, para que los bancos puedan satisfacer la demanda de efectivo de sus clientes y así evitar el pánico de sus clientes, y a “altas tasas de interés”, para que el banco central sea realmente un prestamista de última instancia, en el sentido que las entidades bancarias puedan acudir a él cuando el sistema bancario ya no disponga de más efectivo (Forsyth ¶108).

340. Por su parte, la Constitución del Perú, en el segundo párrafo del artículo 84° contiene un mandato para que el BCR actúe como estabilizador del sistema en cuestiones de índole monetaria, pues señala expresamente que: “La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones

¹⁶² BRINGAS, Paul y TUESTA, Vicente. Determinantes de la tasa de interés interbancaria y la importancia de la variabilidad para su estimación. Revista *Estudios Económicos*. Banco Central de Reserva del Perú. Lima, No. 03, agosto 1998, p.1. (Anexo V-1)

¹⁶³ De acuerdo con el artículo 78° del Estatuto del BCR (FORSYTH ANEXO II-007), “*Los créditos a que se refiere el Artículo 58 de la Ley [se refiere a la LOBCR] pueden ser concedidos en las siguientes modalidades: (...) a) Redescuento de documentos de crédito. (...) b) Préstamos, adecuadamente garantizados, a juicio del Banco*”.

son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica”

341. Respecto de los alcances del mandato constitucional del BCR, según Forsyth, éste se debe interpretar en dos escenarios distintos: en aquellas situaciones regulares o normales de necesidad de crédito por parte de los bancos y en aquellas situaciones extraordinarias o de crisis financiera. De otro modo no podría ser, puesto que el nivel de exigencia con relación a la participación y el compromiso de parte de la autoridad con una cuota importante de responsabilidad respecto de la estabilidad del sistema financiero no puede ser la misma en situaciones regulares o corrientes, que en situaciones de crisis y pánico financiero (Forsyth ¶113). Sobre este punto en particular, el Perito Experto concluye:

“[C]onsidero categórica la responsabilidad del BCR como prestamista de última instancia en un caso de crisis o pánico financiero, derivada del mandato constitucional contenido en el artículo 84° de la Constitución por el que se le encarga la política monetaria del país (y por ende la estabilidad del sistema financiero), así como derivada, de manera complementaria, del artículo 87° y la garantía genérica del Estado al ahorro público manejado por las entidades bancarias, tal como ya lo ha interpretado el propio Tribunal Constitucional.” (Forsyth ¶129)

342. De otro lado, la Ley Orgánica del BCR, en su artículo 58°, señala que: *“El Banco [Central de Reserva] concede créditos con fines de regulación monetaria. Sólo acceden a ellos las instituciones financieras susceptibles de ser sometidas al Régimen de Vigilancia¹⁶⁴ a que hace referencia la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros¹⁶⁵, en tanto no se hallen sujetas a dicho régimen”*. Más adelante, el artículo 59° de la misma ley del BCR establece que: *“Rigen respecto de los créditos las siguientes normas: (...) a. su plazo no excede de treinta días calendario. (...) b. Se garantizan preferentemente con valores negociables de primera calidad. (...) c. El monto de los otorgados a una misma institución no puede exceder del valor del patrimonio efectivo de ésta. (...)”*

¹⁶⁴ De acuerdo con la Ley General son empresas que son susceptibles de ser sometidas al Régimen de Vigilancia las empresas bancarias y financieras, entre las que claramente se encontraba incluido el BNM.

¹⁶⁵ Con este término la norma citada hace referencia expresa a la Ley General de Banca.

d. Puede supeditárseles a la adopción de determinadas medidas económicas y financieras por la entidad solicitante”¹⁶⁶

343. De acuerdo con la legislación bancaria vigente en el año 2000, las condiciones y/o parámetros generales sobre los cuales el BCR hubiera podido financiar con un préstamo o redescuento de cartera actuando como prestamista de última instancia eran (Forsyth ¶175):

- (i) Que el plazo del financiamiento no hubiera excedido los 30 días calendario (artículo 58° (a) de la LOBCR). Siempre que con dicho plazo el banco en cuestión no completara 90 días en los últimos 180 días de apoyo crediticio del BCR, pues ello sería causal de sometimiento a régimen de vigilancia (artículo 95° (2) (c) de la Ley General).
- (ii) Que podía llevarse a cabo mediante redescuentos de documentos de crédito o por préstamos directos garantizados (artículo 78° del Estatuto del BCR).
- (iii) Que se garantice con valores negociables de primera calidad (artículo 58° (b) de la LOBCR), o cualquier otra garantía adecuada a juicio del BCR (artículo 78° (b) del Estatuto del BCR).
- (iv) Que el monto global de este financiamiento junto con otros financiamientos vigentes previamente otorgados no superen en su conjunto el patrimonio efectivo del banco (artículo 58° (c) de la LOBCR y artículo 81° del Estatuto del BCR).
- (v) El BCR podría en este caso supeditar el otorgamiento del crédito a la adopción por parte del banco de medidas económicas y financieras (artículo 58° (d) de la LOBCR).

344. Conforme lo acreditó la *Sub-comisión de Economía del Congreso de la República* encargada de investigar la irregular intervención del BNM, “*el Banco Nuevo Mundo había utilizado sólo 6 días de redescuentos, de los 90 que le*

¹⁶⁶ La norma citada se ubica en FORSYTH ANEXO II-016.

*era permitido por Ley, cada semestre*¹⁶⁷, por lo que se encontraba perfectamente habilitado para acceder al crédito de regulación monetaria que solicitó al BCR el 5 de diciembre de 2000 y que fue arbitrariamente rechazado.

3.8.2 El Rechazo del BCR a la Solicitud de Crédito de Regulación Monetaria del BNM el 5 de Diciembre de 2000

345. Mediante Carta del 5 de diciembre de 2000, el Presidente Ejecutivo del BNM solicitó al BCR el otorgamiento de un crédito de regulación monetaria por US\$ 10 millones aproximadamente¹⁶⁸. Sin atender las garantías ofrecidas por el BNM, mediante Oficio No. 225-2000-PRES¹⁶⁹ del 5 de diciembre de 2000, el BCR concedió únicamente la suma de US\$ 1,2 millones, rechazando arbitrariamente el pedido del Banco y pese a la problemática situación de liquidez que enfrentaba el BNM. Horas más tarde ese mismo día, el BNM fue intervenido por la SBS, siendo eliminado desde ese momento del sistema bancario.

346. Respecto de ésta negativa irrazonable del BCR de otorgar al BNM el crédito de regulación monetaria solicitado, luego del análisis legal y casuístico, el Perito Experto concluye:

“Ahora bien, y tal como hemos desarrollado a lo largo de toda esta sección, el rol del BCR como prestamista de última instancia y dotador de liquidez al sistema, especialmente en un escenario de pánico financiero, como el que se vivía al momento de la intervención del BNM, en mi opinión, exige del BCR un compromiso mayor con la salud del sistema financiero aplicando de manera sistemática y en atención a las particulares circunstancias de crisis, sus propias reglas para el otorgamiento del crédito con fines monetarios.

De este modo, el BCR en virtud al mandato Constitucional, a la LOBCR y a la Ley de Bancos (como veremos más adelante) debió actuar como prestamista de última instancia a favor del BNM, llevando a cabo una

¹⁶⁷ Ver, ¶347, *infra*.

¹⁶⁸ Ver, “Informe Final del Grupo de Trabajo de la Comisión de Fiscalización y Contraloría encargado de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo”, junio de 2004, p. 22 (Anexo I-8).

¹⁶⁹ Documento cuya producción ha sido solicitada por la Demandante y ordenada por el Tribunal (ítems 14 y 15 de la solicitud), respecto del cual, la Demandada ha señalado que no lo encuentra en sus archivos y “*lo seguirá buscando*”.

transacción de redescuento de cartera o de crédito garantizado, cumpliendo la finalidad de las disposiciones de las normas citadas en este párrafo, con el claro propósito de salvar al BNM del régimen de intervención.” (Forsyth ¶¶188-189)

347. De idéntico modo y luego de más de 100 días de investigación, la *Sub-comisión de Economía del Congreso de la República* encargada de investigar la irregular intervención del BNM, alcanzó la siguiente conclusión¹⁷⁰:

“5.4) Es evidente que la decisión de Intervención del Banco Nuevo Mundo responde a una causal objetiva prevista en la Ley N° 26702 [Ley de Banca], pero también es cierto que la Superintendencia de Banca y Seguros actuó con precipitación para adoptar esta decisión, no sólo por la elevada volatilidad que caracterizó al sistema financiero nacional producto de la crisis política que se registró en el país desde mediados y hasta el final del año 2000 – la cual incidió en una pérdida total de depósitos en el sistema financiero nacional de US \$400 millones – sino también porque de acuerdo a las disposiciones legales existentes en ese momento sobre el manejo de agregados monetarios, la Superintendencia podía patrocinar y coordinar la utilización de créditos de regulación monetaria, para ayudar al Banco Nuevo Mundo a superar la crisis coyuntural de liquidez que lo afectaba, o propiciar que el Banco Central de Reserva apoye para que dicho banco pueda acceder al redescuento de US \$15 millones que solicitaba, basado en una cartera fundamentalmente integrada por créditos leasing, así como también, porque el Banco Nuevo Mundo había utilizado sólo 6 días de redescuentos, de los 90 que le era permitido por Ley , cada semestre.”

348. Efectivamente, el BNM, como medida de mitigación del problema de liquidez que tuvo que afrontar debido a la propagación de rumores sobre su inestabilidad en el sistema y a la corrida de fondos privados y públicos, encontrándose dentro de los límites legales para hacerlo, solicitó al BCR el 5 de diciembre de 2000 un crédito de regulación monetaria que le permitiera enfrentar su posición deudora frente a la Cámara de Compensación Electrónica¹⁷¹. El BCR,

¹⁷⁰ “Informe Final de la Sub-comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, enero de 2002, p. 17 (Anexo I-6).

¹⁷¹ Ese mismo día, 5 de diciembre de 2000, el BNM fue intervenido por la SBS al encontrarse en incumplimiento frente a la Cámara de Compensación Electrónica del BCR, con una posición deudora de US\$9.9 millones, aproximadamente. Mayor detalle en: ¶360, *infra*.

empleando arbitrariamente sus facultades discrecionales, rechazó el pedido, concediendo únicamente la suma de US\$1.2 millones¹⁷².

349. Diversos economistas locales de mucho prestigio opinaron al respecto, coincidiendo todos en que el BCR incumplió su papel de garante de liquidez al sistema bancario, lo que pudo haber evitado la intervención del BNM:

“El economista y ex director del Banco Central de Reserva (BCR), Julio Velarde, indicó que las autoridades del sistema bancario peruano demostraron falta de liderazgo y no cumplieron con su misión, ya que debieron evitar el cierre del Banco Nuevo Mundo. (...)Especificó que fueron el Banco Central de Reserva (prestamista de última instancia), Cofide y el Banco de la Nación quienes no cumplieron con su papel.

Velarde explicó que **tradicionalmente cuando se producen problemas de liquidez en alguna entidad bancaria, el papel del BCR establecido en todo el mundo es el de ser prestamista de última instancia**, es decir una institución financiera que afronta problemas de liquidez puede acudir al banco central y si se confirma que el banco es sano y solvente (como supuestamente es en este caso) el BCR debe apoyarle.”¹⁷³ (Énfasis agregado)

350. En esa misma línea de opinión, Juan José Marthans¹⁷⁴ señaló a la prensa lo siguiente:

“El economista Juan José Marthans aseguró que el MEF y el BCR contaban con las herramientas técnicas para solucionar los problemas de iliquidez de los bancos Nuevo Mundo y NBK Bank, para evitar de esta manera la intervención de la SBS.

‘Si las razones de la iliquidez de un banco son eminentemente coyunturales y responden a factores exógenos, es obligación del MEF y el BCR responder rápidamente a este tipo de restricciones para evitar que la preocupación se extienda y afecte a otros partícipes del sistema bancario’, argumentó. (...)’

¹⁷² Ese mismo mes de noviembre de 2000, el BCR otorgó al sistema bancario créditos de regulación monetaria **por USD \$834 millones**. Ver: FIGUEROA, Luis y PALMA, Fernando. “Déficit fiscal y riesgo de liquidez en el sistema financiero peruano. Caso NBK Banco Nuevo Mundo”. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*. Universidad Mayor de San Marcos. Año V, número 19, p. 164. (Anexo V-2)

¹⁷³ “Velarde: Hay falta de liderazgo en sector financiero”. Diario *Expreso*, sección *Economía*. Lima, (8.12.2000), p.3. (Anexo V-12)

¹⁷⁴ Ex Director del Banco Central de Reserva del Perú, ex Superintendente de Banca y Seguros, profesor de Economía y Banca en la Universidad del Pacífico y la Universidad de Piura.

Sobre la responsabilidad del BCR, indicó que **el ente emisor también dispone de mecanismos expeditivos, como por ejemplo los créditos de regulación monetaria.**

‘Si no se quería utilizar este mecanismo de créditos de regulación monetaria, el BCR tenía la alternativa de reducir relativamente el encaje, o es que el directorio del BCR se ha olvidado de que hacia fines de 1998 redujeron el encaje para que una entidad bancaria grande pudiera pagar su servicio de deuda con el exterior’, dijo.”¹⁷⁵ (énfasis agregado)

“En el caso del BCR, [Marthans] anotó que el ente emisor contaba con mecanismos fácilmente expeditivos como por ejemplo los créditos de regulación monetaria, a pesar que la mayoría de éstos han sido garantizados con créditos leasing cuya recuperación es de mediano y largo plazo.”¹⁷⁶

351. Por su parte, el destacado economista Kurt Burneo¹⁷⁷ opinó:

“Si el [Banco] Nuevo Mundo cuando menos ya tenía un banco interesado, ¿por qué el Banco Central no continuó otorgando redescuentos, habida cuenta que el día de la intervención dicho banco habría presentado garantías por US\$ 15 mills pero el Banco Central sólo aceptó US\$ 1.5 mills? Claro esto originó el incumplimiento del pago de obligaciones y la intervención consiguiente, pero también ha causado que el valor de la entidad sufra un importante descuento en la perspectiva de los bancos interesados”¹⁷⁸

352. La negativa irrazonable del BCR para conceder la línea de redescuento monetario solicitada por el BNM significó que la situación coyuntural de falta de liquidez del Banco fuera irremediable e insostenible. El BNM se vio entonces empujado a una situación de cesación de pagos por acciones y omisiones del Estado.

¹⁷⁵ “MEF y BCR contaban con herramientas técnicas para ayudar a bancos con problemas de liquidez”. Diario *Gestión*, sección *Finanzas*. Lima, (13.12.2000), p. 32. (Anexo V-24)

¹⁷⁶ “El MEF y BCR pudieron evitar crisis de liquidez”. Revista *Síntesis*, sección *Actualidad*. Lima, 13 de diciembre de 2000, p.7. (Anexo V-23)

¹⁷⁷ Ex presidente del Banco de la Nación, y exdirector del Banco Central de Reserva, ex viceministro de Hacienda, catedrático de las más prestigiosas facultades de economía del país.

¹⁷⁸ BURNEO, Kurt. “Fondos públicos, bancos y transparencia”. Diario *La República*, columna *Opinión*. Lima, (12.12.2000). (Anexo V-22)

353. Una vez que la crisis de liquidez fue apremiante, el Banco fue abandonado por el principal agente estatal del sistema encargado de dar apoyo de última línea: el BCR. La intervención del Banco fue entonces incontenible.

IV. LA INTERVENCIÓN ESTATAL DEL BNM Y SU DEFICIENTE ADMINISTRACIÓN POR LA SBS

354. La intervención del BNM el 5 de diciembre de 2000 no fue causada por insolvencia patrimonial de la empresa, sino por una falta temporal de liquidez suficiente para cubrir sus obligaciones interbancarias. Para entonces, el Banco contaba con ratios de solvencia y salud patrimonial dentro de los límites legales permitidos, pero el retiro abrupto de fondos públicos, la reacción de los ahorristas privados en pánico y el recorte de la línea de crédito de última instancia del BCR, terminaron por afectar la liquidez del Banco, que se vio impedido de afrontar sus operaciones corrientes.

355. En esta sección demostraremos que, producida la intervención estatal a la que fue empujado el BNM por acciones y omisiones estatales ya descritas, la actuación de los interventores designados por la SBS afectó gravemente el patrimonio del Banco y anuló el derecho de sus accionistas al reducir ilegalmente su capital social a cero. Este impacto negativo se materializó en pocos meses, como consecuencia de una gestión negligente y de prácticas contables y administrativas irregulares.

356. Como se acreditará, la actuación de la SBS a lo largo del proceso de intervención -que fue excepcionalmente prorrogado una y otra vez- ha sido gravemente irregular y ha afectado el derecho de los accionistas del Banco. Dos comisiones de investigación conformadas por el Congreso de la República del Perú¹⁷⁹, luego de más de 365 días de investigación, coinciden en dicha conclusión.

¹⁷⁹ Ver el “Informe Final de la Sub-comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, enero de 2002 (Anexo I-6); y el “Informe Final del Grupo de Trabajo de la Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargado de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo”, junio de 2004 (Anexo I-8).

Los informes finales emitidos por dichos grupos de investigación forman parte de la evidencia que en este Memorial se presenta.

357. De igual modo, por medio de un mandato judicial del 26° Juzgado Civil de Lima, la gestión de la SBS durante la intervención del BNM fue auditada por una Junta de Administración Judicial provisional e independiente¹⁸⁰, la que dictaminó que existía un manejo irregular por parte de la SBS y que las prácticas contables y administrativas que aplicaba eran inadecuadas, afectando significativamente el patrimonio del Banco¹⁸¹.

358. Asimismo, los Tribunales judiciales nacionales también resolvieron y confirmaron en doble instancia que la SBS al reducir el capital social del BNM al valor cero, violó el derecho de los accionistas a estar representados en la sociedad¹⁸². Sin embargo, la Superintendencia ha desacatado sistemáticamente lo resulto en lo judicial a favor de los accionistas del Banco.

359. Adicionalmente, la negativa a brindar información y el desacato de los requerimientos judiciales y parlamentarios para que cumpla las reglas de transparencia informativa ha sido una conducta constante de la SBS. Como ha podido apreciar el Tribunal, las actuaciones desarrolladas por la Demandada hasta la fecha en el presente arbitraje no han sido diferentes.

¹⁸⁰ Mediante la Resolución No. 10 del 20 de julio de 2001, el 26° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a cargo de la Juez Elizabeth Ticona Chávez, emitió una **medida provisional mediante la cual ordenó el cese de los interventores nombrados por la SBS, designando a una de Administración Judicial** que los reemplazaría en tanto se prolongara el proceso judicial iniciado por los accionistas del BNM. El 6 de agosto de 2001, la medida cautelar fue levantada por el Juzgado.

¹⁸¹ Ver “Informe de Administración Judicial al Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima” del 20 de agosto de 2001 (Anexo III-6).

¹⁸² Ver “Resolución No. 18 del Expediente 3787-2001”, sentencia de primera instancia por el 63° Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima (Anexo III-7) y “Resolución del 11 de agosto de 2003 del Expediente 1794-02”, sentencia de segunda instancia por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Anexo III-8).

4.1 La Intervención Estatal del BNM por Falta de Liquidez en Diciembre de 2000

360. El 5 de diciembre de 2000, mediante el Oficio No. 226-2000-PRES (ANEXO IV-9), el Banco Central de Reserva del Perú informó a la SBS que el BNM había sido excluido de la Cámara de Compensación Electrónica al no haber cubierto su saldo multilateral deudor. La comunicación señalaba que el Banco había suspendido sus pagos, al cierre de esa rueda, con una posición deudora neta frente a la Cámara de US\$ 9.1 millones y S/. 2.3 millones, respectivamente.

361. La corrida de depósitos, el contexto de crisis de liquidez y la negativa del BCR a otorgar un crédito de regulación monetaria, habían colocado al Banco en una situación de incapacidad coyuntural para afrontar su saldo deudor en dicha sesión.

362. Respecto de la gravedad de la serie de omisiones estatales que hemos venido acreditando, resulta en extremo significativa y franca la revelación efectuada por el propio ex ministro de Economía y Finanzas, Carlos Boloña, quien tan solo 9 días antes de la intervención del BNM había ocupado el cargo de ministro, en el sentido que había faltado voluntad política desde el gobierno para salvar la situación de liquidez del Banco¹⁸³:

‘[El ex ministro de Economía Carlos Boloña] dejó entrever que **fue una falta de actitud política la que produjo la intervención** de la mencionada entidad bancaria.

“Al día siguiente que dejé el ministerio se lo comuniqué al nuevo titular del MEF y le planteé la delicada situación económica de ese banco”, refirió.

Asimismo, dijo que los problemas financieros no se resuelven solos y que **el nuevo gobierno debió tomar decisiones** con los costos políticos que éstos traen. “Lo más caro es no tomar decisiones y esperar que las cosas pasen”, agregó” (Énfasis agregado)

¹⁸³ “Boloña: Faltó voluntad para salvar al Nuevo Mundo”. Diario *Expreso*, sección *Economía*. Lima, (7.12.2000), p. 3 (Anexo V-11).

363. El mismo 5 de diciembre, la SBS declaró la intervención del BNM por medio de la Resolución SBS No. 885-2000, designando a los señores Carlos Quiroz Montalvo y Manuela Carrillo Portocarrero como los Interventores a cargo (ANEXO IV-15)¹⁸⁴.

364. Posteriormente, el 18 de abril de 2001, mediante la Resolución SBS No. 284-2001 (ANEXO IV-20), la Superintendencia resolvió someter al BNM al denominado Régimen Especial Transitorio, que había sido especialmente instaurado por medio del Decreto de Urgencia 108-2000, creador del Programa de Consolidación del Sistema Financiero. El Banco fue sometido al Régimen Especial Transitorio por encontrarse en implementación un proceso de reorganización societaria en el marco del referido programa, mediante la transferencia de un bloque patrimonial del BNM hacia el *Banco Interamericano de Finanzas*.

365. El Régimen Especial Transitorio fue creado mediante el Reglamento Operativo del Programa de Consolidación del Sistema Financiero (ANEXO FORSYTH II-006), con la finalidad de que los bancos que estuvieran sometidos al Régimen de Intervención pudieran continuar sin ser disueltos, mientras se producía la valorización y los acuerdos necesarios a fin de perfeccionar la reorganización societaria a que se refiere el Programa de Consolidación del Sistema Financiero (Forsyth ¶¶251-252).

366. Conforme dictamina el Perito Experto, el Régimen Especial Transitorio creado por el Programa de Consolidación del Sistema Financiero creó un régimen paralelo al de intervención ya existente, con similares características y consecuencias¹⁸⁵. Así, los accionistas del banco sujeto a dicho régimen especial

¹⁸⁴ Posteriormente, en aplicación de lo señalado en el artículo 105° de la Ley de Banca, el 18 de enero de 2001, mediante Resolución SBS No. 034-2001, el régimen de intervención del BNM fue ampliado por un período de 45 días adicionales (Anexo IV-17). Luego, por Decreto de Urgencia No. 027-2001, se facultó a la SBS para prorrogar el régimen de intervención, excepcionalmente, por 45 días adicionales a los 90 días que estaban establecidos en la Ley de Banca como duración máxima de una intervención bancaria. En ejercicio de tal facultad, mediante la Resolución SBS No. 172-2001, del 2 de marzo de 2001, la Superintendencia extendió por 45 días más la intervención del BNM (Anexo IV-19).

¹⁸⁵ Tales como la suspensión de las operaciones bancarias de la institución sujeta al régimen especial y el control exclusivo de dicha empresa a cargo de la Superintendencia (Forsyth ¶253).

estaban al margen de la administración de su empresa y de la adopción de las decisiones respecto a la negociación y detalles sobre la reorganización societaria objeto del Programa de Consolidación (Forsyth ¶259).

367. Por esa razón, durante la vigencia del Régimen Especial Transitorio, los accionistas del BNM estuvieron anulados de participar en el proceso de negociación para la reorganización societaria (transferencia de un bloque patrimonial) hacia el *Banco Interamericano de Finanzas*, pues habían sido reemplazados por una Comisión Especial de Promoción para la Reorganización Societaria (CEPRE), conformada por (i) un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, (ii) uno de COFIDE y (iii) el acreedor mayoritario individual del BNM intervenido (Forsyth ¶259).

368. De acuerdo con la legislación de banca entonces vigente, el Régimen de Intervención implicó que (i) la Junta General de Accionistas del BNM estuviera limitada de adoptar acuerdos, (ii) el Banco tuvo que suspender sus operaciones en el sistema bancario, entre otros (Forsyth ¶68). El BNM tuvo que suspender todas sus operaciones como agente bancario. Esa suspensión se mantuvo vigente hasta que la SBS decidió ilegalmente su disolución en octubre de 2001.

4.2 La Deficiente Gestión Financiera a Cargo de los Interventores de la SBS y el Deterioro de la Cartera del BNM Desde Diciembre de 2000

369. En una institución financiera intervenida, la política de gestión de créditos debe estar orientada al aseguramiento y recaudación pronta del dinero de la cartera de colocaciones del banco intervenido. Para tal fin, un administrador bancario diligente debe trazar una política activa de cobranzas, conjugando una serie de elementos, controles e incentivos tales como tasas de interés, plazos para pago de cuotas, refinanciamiento de la deuda, reestructuración del crédito y/o el mejoramiento de las garantías otorgadas por el deudor.

370. Ese es el estándar de conducta que la Superintendencia debía respetar, en protección del ahorro público depositado en el BNM intervenido. Ese

es también el estándar que legítimamente los banqueros –y los ahorristas en general- en el Perú esperan en los casos de una intervención bancaria. Sin embargo, la Superintendencia una vez más incumplió y la mala gestión de sus funcionarios e interventores originó un rápido deterioro de la cartera de colocaciones del Banco. Esto se reflejó en un alto porcentaje de créditos vencidos y en cobranza judicial, puesto que ninguna de las prácticas de administración de una entidad bancaria intervenida fue adoptada por el Comité de Intervención de la SBS, permitiendo que el patrimonio del Banco se redujera significativamente ante la inacción de los interventores.

371. Como se acredita más adelante, la deficiente gestión financiera que tuvo la Superintendencia en el BNM no ha afectado únicamente el derecho de sus accionistas a participar del remanente del patrimonio de su empresa (en el supuesto que se hubiera tratado de una intervención estatal legítima) sino también, y principalmente, ha afectado el recupero del dinero de las colocaciones del Banco que debió estar destinado a pagar a sus ahorristas. En consecuencia, la SBS ***desatendió la finalidad pública*** que a su institución le corresponde; la de cautelar el ahorro del público depositado en los bancos supervisados, por lo que su gestión causante del perjuicio económico a los accionistas del Banco resulta injustificable.

372. El deterioro de la cartera de colocaciones de créditos del BNM es imputable únicamente a la Superintendencia puesto que a partir del 5 de diciembre de 2000, fecha de intervención del Banco, los controles relacionados con el (i) otorgamiento, la (ii) refinanciación, (iii) evaluación y (iv) clasificación de la cartera de colocaciones pasaron a ser ejercidos exclusivamente por el Comité de Intervención de la SBS¹⁸⁶.

373. Al asumir exclusivamente todos esos controles y tener la gestión financiera del Banco, la práctica de los interventores de la SBS debió adecuarse

¹⁸⁶ “Notas al Informe Especial de la Cartera de Colocaciones, Inversiones y otros asuntos relacionados al 31 de diciembre del 2000”, punto 1), folio 056. En “Estados Financieros Auditados del Banco Nuevo Mundo En Intervención al 31 de diciembre del 2000 y 31 de diciembre de 1999”, por PricewaterhouseCoopers. (Anexo I-11)

con diligencia al objetivo fundamental de todo régimen de intervención debió orientarse al recupero de las colocaciones de créditos otorgados por el Banco.

374. Sin embargo, el Comité de Intervención de la SBS no permitía la reestructuración o el refinanciamiento de los créditos, tampoco la negociación ni la aceptación de mejoras de garantías a cambio de alternativas de repago o de modificación de cuotas que era el mecanismo idóneo para incrementar el recupero de los préstamos otorgados.

375. La mala administración del portafolio de créditos por parte de la SBS impidió el recupero eficiente de las colocaciones del Banco, pues la práctica financiera de los interventores desincentivaba a los deudores a cumplir con sus cuotas. Esto ocasionó un rápido menoscabo de la cartera de créditos del Banco.

376. Respecto de la gestión financiera del Comité de Intervención de la SBS, la Administración Judicial nombrada mediante medida provisional por el 26 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, señaló¹⁸⁷:

“A partir de marzo del 2001 se aprecia una reducción del ritmo de las cobranzas y un deterioro de los indicadores crediticios, **por no adecuar las prácticas de negociación con los clientes a la nueva realidad**, por establecer una duplicidad de controles operativos, por demoras en la toma de decisiones y por la escasa delegación de funciones tanto con los funcionarios del BNM de Negocios como de Recuperaciones.

Para julio 2001, el índice de Cartera Morosa (Vencidos + Judiciales) alcanza 0.51, es decir el 51% del total de la cartera del BNM se encuentra en situación de Vencidos y de Cobranza Judicial y el índice de Cartera Deteriorada es 0.58, ello significa que el 58% de la Cartera refleja la Cartera Morosa más Refinanciados y Reestructurados.” (Énfasis agregado)

377. En ese mismo sentido, sobre las altas tasas de interés activas ordenadas por la SBS, el propio Informe destaca más adelante¹⁸⁸:

¹⁸⁷ “Informe de Administración Judicial al Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima” del 20 de agosto de 2000, punto 2.3), folio 012 (Anexo III-6).

¹⁸⁸ *Id.*, folio 011.

“En cuanto a las tasas de interés moratorio, los funcionarios de Negocios y de Recuperación indican que éstas no son adecuadas para negociar planteamientos de cancelación de deudas o reestructuración de deudas. Las tasas anuales vencidas y moratorias en Soles son del 180% y en Dólares del 38%, muy por encima de lo observado en la Banca Nacional.

Elo desalienta una política de recuperación de adeudos, incrementa el nivel de los créditos vencidos, desmejora la calificación de la cartera e incrementa ficticiamente el nivel de las provisiones y el volumen de los intereses por cobrar.” (Énfasis agregado)

378. El siguiente cuadro, contenido en el referido Informe de Administración Judicial, grafica objetivamente la evolución de la cartera de colocaciones del BNM mes a mes, desde su intervención en diciembre de 2000 hasta julio de 2001, expresada en millones de Nuevos Soles¹⁸⁹:

	Dic. 2000	Mar. 2001	May. 2001	Jun. 2001	Jul. 2001
Colocaciones Brutas	1,694	1,417	1,346	1,287	1,245
Vigentes	1,133	691	558	515	512
Refinanciadas	142	72	65	66	79
Reestructuradas	26	24	26	25	27
Créditos Vencidos	275	437	464	448	412
Créditos Judiciales	119	163	209	208	233
Provisiones	309	329	392	389	383

379. En el gráfico se evidencia claramente el deterioro de las colocaciones del BNM pues los créditos *vigentes* se redujeron en más del 50% en menos de cinco meses de gestión exclusiva a cargo de la SBS. Dicho porcentaje del portafolio deteriorado pasa a ser considerado un crédito *vencido* o a *cobranza judicial*. Una colocación clasificada como *vencida* o *en cobranza judicial* debe expresarse negativamente en la contabilidad de la empresa como una *provisión*.

380. La Administración Judicial del BNM concluyó, de manera expresa, que “los controles relacionados con el otorgamiento, refinanciación, evaluación y clasificación de la cartera de colocaciones establecidos durante el Régimen de Intervención no ha sido óptima”. Que la cartera deteriorada por la SBS estaba “conformada por clientes que tienen viabilidad económica – financiera” pero que, sin embargo, al exigírsele intereses moratorios exorbitantes

¹⁸⁹ *Id.*, folio 013.

de 38% para créditos en moneda extranjera y 180% en moneda nacional, la negociación para su reestructuración o refinanciamiento se truncaba¹⁹⁰.

381. Los Administradores Judiciales también detectaron que en la relación de los créditos vencidos durante la gestión de la SBS, alrededor de 450 operaciones tenían una antigüedad mayor a 90 días y que, en el 80% de esos casos, no se había acordado planteamientos o tasas acordes con la situación de intervención del Banco. Asimismo, que la asignación de personal hecha por la SBS para las Áreas de Negocios y Recuperaciones no había sido óptima y que la comunicación entre ellas no era fluida¹⁹¹.

382. Por otro lado, al asumir el encargo del juzgado civil que los designó, la Junta de Administración Judicial solicitó a las principales gerencias del BNM la elaboración de sendos informes ejecutivos respecto de la situación de sus respectivas áreas, actualizada desde la fecha de la intervención estatal.

383. Respecto del deterioro del portafolio de colocaciones del Banco, la Gerencia de Planificación y Control Financiero presentó la evolución negativa de la cartera del Banco¹⁹²:

“3. Según los Estados Financieros analizados, el comportamiento de la cartera de colocaciones (créditos) del 30.Nov.2000 al 20.Jul.2001 revela un incremento de la morosidad en S/.531 millones (235%).

La mayor morosidad originó entre otros:

- Mayor exigencia de provisiones por colocaciones de cobranza dudosa.
- Los ingresos financieros por colocaciones presentan una tendencia deficiente.
- Los intereses en suspenso presentan una tendencia creciente: Menores ingresos.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² “Informe N° 01-AI-JAJ-BNM-2001” de la Gerencia de Planificación y Control Financiero, agosto de 2001, Cuadro No. 2 y 3, p. 6 (Anexo III-1). Este informe forma parte del “Informe de Administración Judicial al Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima” como Anexo 1-L.

Tal como se visualiza en el Cuadro No. 03:

Cuadro No. 03
Evolución de cartera morosa e intereses por colocaciones

Concepto	Saldo al 30.Nov.2000 (Millones de Nuevos Soles)	Saldo 20.Jul.2001 (Millones de Nuevos Soles)	Incremento (Millones de Nuevos Soles)
Cartera Morosa (Créditos refinanciados, reestructurados, vencidos, cob. Judicial)	226	757	531
Intereses en suspense	39	185	146
Concepto	01 al 30.Nov.2000 (Millones de Nuevos Soles)	01 al 20.Jul.2001 (Millones de Nuevos Soles)	Disminución (Millones de Nuevos Soles)
Intereses por colocaciones	24	5	19

Fuente: Estados financieros mensuales”

384. Conforme se aprecia en las primeas dos filas, la cartera de créditos deteriorada más los intereses dejados de percibir por la mala gestión financiera desde la intervención del Banco es de S/.677 millones, menoscabo producido en 8 meses de exclusiva gestión de la SBS.

385. En esa misma línea, respecto al grave índice de morosidad de la cartera del Banco, el Área de Revisión de Créditos concluyó lo siguiente¹⁹³:

- “El incremento de las provisiones en el periodo del 30.Nov.2000 al 30.Jun.2001 se genera por el aumento de la Cartera Morosa, que incluye créditos en situación de Vencidos y Cobranza Judicial, desde S/.129 millones (30.Nov.00) y alcanzó S/.673 millones (30.Jun.2001), representando un incremento de S/.531 millones, **equivalente a un crecimiento de 235%**.
- 2. El comportamiento de los Índices de Morosidad en el período comprendido del 30.Nov.2000 al 30.Jun.2001, revelan crecimiento **de los créditos en situación de Vencidos y Cobranza Judicial.**

¹⁹³ Ver “Informe N° 03-AI-JAJ-BNM-2001” del Área de Revisión de Créditos, agosto de 2001, p.4 (Anexo III-3). Este informe forma parte del “Informe de Administración Judicial al Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima” como Anexo 1-N.

El Cuadro N° 02 (página 5) de dicho informe grafica la evolución mensual de la devaluación de la cartera de colocaciones de créditos del BNM por cada categoría deudor, desde el mes de diciembre de 2000 (inicio de la intervención estatal) hasta junio de 2001 (fecha de emisión del informe).

Apreciándose que el mayor Índice de Morosidad se presente en el mes de Junio de 2001 que alcanza:

- Sólo el 51.01% del total de la Cartera del BNM se encuentra en la situación de Vencidos y de Cobranza Judicial.
- Y el **58.21% del total de la Cartera del BNM** representa: los Créditos Vencidos, Cobranza Judicial más Refinanciados y Reestructurados.” (Énfasis agregado)

386. Es importante destacar que las deficiencias y actuaciones negligentes de la SBS, detectadas por la Administración Judicial, no se limitaron únicamente a la mala gestión de la cartera sino también a incorrecciones administrativas y financieras tales como:

- (i) La irregular asignación de los fondos disponibles del Banco que fueron concentrados sistemáticamente por orden de la SBS en una entidad de mayor riesgo como el *Banco Interamericano de Finanzas* (BIF)¹⁹⁴;
- (ii) La aplicación de un esquema de tasas de interés que no corresponden con la finalidad de recupero y cobranza de créditos propias de un Banco intervenido¹⁹⁵;
- (iii) La no reducción de costos operativos innecesarios, como los de personal y el mantenimiento de agencias bancarias abiertas aún cuando el Banco había dejado de operar en el sistema¹⁹⁶;
- (iv) La falta de custodia de una serie de documentos de pago extraviados durante la Intervención¹⁹⁷; y,
- (v) La inexistencia de archivos con contratos significativos suscritos durante la intervención¹⁹⁸.

¹⁹⁴ *Id.*, punto 2.2.1, folios 007 y 008.

¹⁹⁵ *Id.*, punto 2.2.2, folios 009 – 011.

¹⁹⁶ *Id.*, punto 2.1, folio 005.

¹⁹⁷ *Ver* “Informe N° 05-AI-JAJ-BNMI-2001” de la Gerencia de Operaciones Centralizadas – Dpto. de Cartera, agosto 2001, pp. 3 y 4 (Anexo III-5). En este informe, se detallan los documentos de pago extraviados y los dejados de protestar por la gestión de la SBS.

¹⁹⁸ *Id.*, punto 2.1, folio 005.

387. Otros aspectos deficientes en la gestión de la SBS, detectados por la Junta de Administración Judicial, tales como la exigencia exorbitante de provisiones contables, así como la irregular práctica contable llevada a cabo durante la intervención, por su gravedad, se detallan en acápites aparte, *infra*.

388. Finalmente, debemos mencionar que, con relación a las deficiencias detectadas por la Administración Judicial del BNM, la *Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo* señaló en su Informe Final lo siguiente¹⁹⁹:

“4.9) La SBS no ha presentado un informe de respuesta a las denuncias efectuadas por los administradores judiciales, sobre sus políticas crediticias, administrativas y operativas, a través de sus interventores. Este informe **le fue solicitado por la Comisión de Economía el 25.09.01 y reiterado mediante cartas del 30.10 y 10.12 del mismo año.** Las mencionadas políticas aplicadas por los Interventores, según esta denuncia, habrían generado pérdidas, las que se vieron incrementadas por la aplicación retroactiva de cargos contables para el año 2000...” (Énfasis agregado)

389. Mediante las fuentes oficiales de información presentadas en este punto del Memorial, se ha acreditado la mala gestión financiera de la SBS, según hallazgos de la Junta de Administración designada por el propio Poder Judicial peruano y que, a pesar de haber sido solicitados los descargos de la SBS por el Congreso de la República, la Superintendencia incumplió reiteradamente esos pedidos.

¹⁹⁹ Ver “Informe Final de la Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, p. 13. (Anexo I-6)

4.3 La Arbitraria Sobrecarga de Provisiones en la Contabilidad del BNM durante su Intervención

4.3.1 La Regulación Sobre Clasificación de Riesgo de Cartera y Constitución de Provisiones Contables

390. Por regulación legal²⁰⁰ y contable²⁰¹ específica, la cartera deteriorada, luego de la evaluación y clasificación correspondiente, debe expresarse en la contabilidad del Banco, lo que se hace mediante el cálculo adecuado y posterior registro de provisiones.

391. Una *provisión* de cartera es un registro contable que busca prever un riesgo futuro de no poder recuperar el crédito. Como el futuro puede ser incierto, se reserva recursos para cuando haga falta cubrir con patrimonio de la empresa la ocurrencia del riesgo.

392. El registro se hace mediante la anotación de la provisión, cuyo valor correspondiente se anota como *gasto* en el Estado de Ganancias y Pérdidas. Naturalmente, todo gasto disminuye los ingresos de la empresa por lo que, en la medida que se creen más provisiones, la utilidad se contrae y puede resultar en un valor negativo si así lo determina la carga de provisiones. Una utilidad negativa impacta, a su vez, en el patrimonio de una empresa puesto que su valor debe registrarse en la cuenta patrimonial del balance general.

393. Para la correcta constitución de una provisión, en primer lugar, se debe evaluar y clasificar al deudor dentro de la *categoría* correspondiente. De acuerdo con el Reglamento de Clasificación y Provisiones, la cartera de créditos de una institución bancaria se divide en créditos *comerciales*, créditos a

²⁰⁰ Los parámetros regulatorios específicos sobre esta materia se encuentran establecidos en el “Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones”, aprobado mediante Resolución SBS No. 572-97 del 20 de agosto de 1997, que era el entonces vigente para el caso que nos ocupa (Anexo FORSYTH II-030).

²⁰¹ Norma Internacional de Contabilidad No. 37 (*NIC37*), cuyo objetivo es asegurar que se utilicen las bases apropiadas para el reconocimiento y la medición de las provisiones, activos y pasivos de carácter contingentes, así como que se revele la información complementaria suficiente, por medio de las notas a los estados financieros.

*microempresas (MES), créditos de consumo y créditos hipotecarios para vivienda*²⁰². Por su parte, los deudores se clasifican en las categorías *Normal (0), Con Problemas Potenciales (1), Deficiente (2), Dudoso (3) y Pérdida (4)*²⁰³.

394. En segundo lugar, se debe calcular el valor de la provisión correspondiente, reflejando el riesgo de incumplimiento en cifras.

395. Como tercer paso, corresponde la anotación contable del monto calculado, registrándolo como *gasto* en el Estado de Ganancias y Pérdidas (Estado de Resultados ó, simplemente, *resultados*) de la empresa.

396. Fundamentalmente, la Ley General de Banca establece expresamente que para la evaluación de la cartera crediticia de un banco, se debe considerar como criterio básico la capacidad de pago del deudor y que las garantías que respaldan su deuda son subsidiarias –mas no inservibles- para su clasificación²⁰⁴.

397. Asimismo, señala que uno de los medios para atenuar los riesgos de incumplimiento del ahorrista es la constitución de provisiones genéricas y específicas²⁰⁵, destacando que éstas se deben constituir sin deducir las garantías que respaldan la deuda, pero que dichas garantías deben considerarse, entre otros factores más relevantes, para la previa clasificación del deudor²⁰⁶.

²⁰² “Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones”, Capítulo I. (Anexo FORSYTH II-030).

²⁰³ *Id.*, Capítulo II.

²⁰⁴ El artículo 222° de la Ley General de Banca establece que: “*Con relación a las operaciones que integran la cartera crediticia, deberá tenerse presente que para su evaluación se tomará en cuenta los flujos de caja del deudor, sus ingresos y capacidad de servicio de la deuda, situación financiera, patrimonio neto, proyectos futuros y otros factores relevantes para determinar la capacidad de servicio y pago de la deuda del deudor. El criterio básico es la capacidad de pago del deudor. Las garantías tienen carácter subsidiario.*” (Ver ANEXO FORSYTH II-002)

²⁰⁵ El numeral 4 del artículo 132° de la Ley General de Banca establece que una de las formas mediante las cuales se procura la atenuación de los riesgos del ahorro público es: “*La constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos, y la constitución de las otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos del mercado.*”

²⁰⁶ El artículo 133° de la Ley General de Banca establecía: “*Las empresas que realizan operaciones sujetas a riesgo crediticio, efectuarán con cargo a resultados, las provisiones genéricas o específicas*

4.3.2 La Reclasificación de Cartera y Sobre-exigencia de Provisiones en el BNM por parte de la SBS

398. Al cierre contable del último mes en el que los accionistas del BNM tuvieron el control del Banco, es decir, al 30 de noviembre de 2000, las cuentas patrimoniales de la empresa eran las siguientes²⁰⁷:

PATRIMONIO NETO	255,147,346.98
Capital Social	186,152,790.00
Reservas	58,152,830.54
Utilidad del ejercicio	8,768,197.71

399. El Balance General del BNM procesado al 31 de diciembre de 2000, es decir, 26 días después de que el Banco fue intervenido y estuvo bajo gestión exclusiva de la SBS, la cuenta patrimonial registraba las siguientes cifras significativamente inferiores²⁰⁸:

PATRIMONIO NETO	82,258,064.81-
Capital Social	186,332,790.00
Reservas	60,284,512.10
Utilidad del ejercicio	328,875,366.91-

400. Como se aprecia, **en menos de 30 días bajo la gestión exclusiva de la SBS**, el BNM pasó de tener un patrimonio de S/.255 millones a uno negativo de S/.-82.3 millones.

401. El siguiente cuadro, contenido en el Informe de Estados Financieros Auditados al 31 de diciembre de 2000 del BNM en Intervención muestra el enorme impacto entre los resultados del ejercicio del año 1999

necesarias, según la calificación del crédito, conforme a las regulaciones de aplicación general que dicte la Superintendencia. Las provisiones genéricas no excederán del uno por ciento de la cartera normal, salvo situaciones excepcionales. Sin deducirse las garantías para efectos de la constitución de las provisiones genéricas o específicas antes señaladas, la calificación del crédito considera entre otros factores, tales garantías.” (Énfasis agregado)

²⁰⁷ Balance General al 30/11/2000 en Nuevos Soles (Anexo I-14).

²⁰⁸ Fuente: Balance General al 31/12/2000 en Nuevos Soles (Anexo ECh-8).

comparados con los del año 2000²⁰⁹. Debe tenerse en cuenta que el deterioro del patrimonio del Banco se produce en menos de 30 días desde iniciada la intervención estatal hasta el cierre del ejercicio anual:

“Al 31 de diciembre del 2000 y de 1999, la (pérdida) utilidad neta por acción ha sido determinada como sigue:

	<u>2000</u>	<u>1999</u>
(Pérdida) utilidad neta del año (en miles de nuevos soles)	(328,875)18,919	
(Pérdida) utilidad básica por acción (en nuevos soles)	(1.971)	0.117”

402. El enorme desmedro en el patrimonio del Banco contabilizado por la SBS obedece a una serie de ajustes contables efectuados exclusivamente por la Superintendencia, que correspondieron principalmente a una *exigencia de mayores provisiones* a las ya registradas por el propio BNM antes de ser intervenido.

403. Hasta la fecha de emisión del presente documento, la Demandante no ha podido (ni por cuenta propia, ni por medio de los accionistas del BNM, ya sea a través de medidas judiciales adoptadas o de las investigaciones parlamentarias realizadas) tener acceso a los papeles de trabajo, informes o evaluaciones llevadas a cabo por la SBS que sustenten la enorme reclasificación de cartera y el consiguiente cálculo de provisiones que motivó que, en menos de un mes, el Banco pasara de un patrimonio neto de S/.255 millones a uno negativo de S/.-82.3 millones.

404. De hecho, en el procedimiento de Discovery, la parte Demandada ha señalado que dichos **papeles y documentos de sustento no existen**, lo que acredita que la enorme reclasificación de cartera fue arbitrariamente efectuada, sin sustento ni metodología alguna, lo que arrojó un enorme monto de ajuste de provisiones, afectando ingentemente el patrimonio del Banco.

405. Es evidente que el mencionado ajuste contable negativo efectuado por la SBS contrasta significativamente no sólo con los estados financieros que el Banco reportaba mensualmente a la Superintendencia, sino también con resultados

²⁰⁹ “Notas a los Estados Financieros del Banco Nuevo Mundo en Intervención al 31 de diciembre del 2000”, auditados por *PricewaterhouseCoopers*, nota 15, “PERDIDA O UTILIDAD NETA POR ACCION”, foja 042. (Anexo I-11).

de las evaluaciones efectuadas sobre el BNM por las clasificadoras de riesgo *Class & Asociados* y por *Apoyo & Asociados Internacionales* las que, como conforme se encuentra acreditado (*Ver ¶241, supra*) no han sido objetadas por la SBS ni por las comisiones parlamentarias que investigaron el caso.

406. Aún más substancial, resulta la grave contradicción entre el ajuste negativo efectuado por la SBS frente a los hallazgos que la propia Superintendencia efectuó en su Segunda Visita de Inspección llevada a cabo el año 2000. En dicha Segunda Visita de Inspección, cuyo informe de resultados fue presentado al BNM el **27 de noviembre de 2000**, la Superintendencia calculó pérdidas por US\$ 20,1 millones, las cuales estaban conformadas por un déficit de provisiones de S/. 66,1 millones y la corrección de una sobrestimación de ingresos por S/. 3,8 millones, generados por los intereses de operaciones vencidas registradas como cartera *Vigente* (*Ver ¶292, supra*).

407. Resulta entonces inexplicable la enorme discrepancia frente al supuesto déficit de provisiones y los ajustes correspondientes efectuados en la contabilidad del BNM por la SBS al **31 de diciembre de 2000, imputando al Banco pérdidas por más de S/.337 millones al cierre de dicho ejercicio.**

408. Surgen así serias dudas respecto de los supuestos hallazgos de la Superintendencia en el Banco, que nos llevan a cuestionar qué pudo haber sucedido con la cartera de créditos del BNM durante esos breves 26 días que transcurrieron entre el inicio de la intervención y el cierre del ejercicio al 31 de diciembre de 2000. ¿Es que acaso la cartera pudo deteriorarse tan significativamente en menos de un mes?²¹⁰

²¹⁰ Sobre la evidente discrepancia, la *Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo* señaló en su Informe Final del 21 de enero de 2002 lo siguiente: “Según el informe de auditoría dictaminado por PricewaterhouseCoopers (Collas, Dongo-Soria y Asociados), para los años 1999 y 2000, el patrimonio neto del Banco Nuevo Mundo fue de S/.235.6 millones al 31.12.99 y de S/.82.3 millones negativo al 31.12.00. Según las normas de auditoría vigentes en el país, emitidas por CONASEV y por la SBS (Resolución SBS N° 1042-99, del Reglamento de Auditoría del 27.11.99), establece que los auditores externos deben revisar por lo menos el 50% de la cartera de colocaciones de un banco. Por esta razón, existiría cierta contradicción en la labor realizada por los auditores externos, debido a la discrepancia que se observa en los dos balances auditados, los cuales muestran una disminución en el patrimonio de S/.317.19 millones en el año 2000” (Informe Final, p. 10, Anexo I-6)

409. La respuesta a dicha discrepancia, que se acredita suficientemente en los siguientes acápites, es que el Comité de Intervención de la SBS (i) tuvo una gestión financiera negligente que permitió el deterioro deliberado de la cartera de colocaciones del Banco (¶¶374-377, *supra*), (ii) manejó una política de clasificación arbitraria de deudores con la consecuente sobre-exigencia de registro de mayores provisiones (¶¶402-404, *infra*), (iii) efectuó ajustes negativos indebidos en la contabilidad del Banco y, principalmente (¶¶415-421, *infra*), (iv) llevó a cabo una ilegal práctica de registro retroactivo de provisiones y ajustes contables detectados en el 2001 y que fueron cargados en el ejercicio del año 2000, que se encontraba ya cerrado (*idem*).

410. Respecto de la clasificación de deudores, el procedimiento al interior del BNM antes de su intervención establecía revisiones globales e individuales periódicas, con la finalidad de asegurar que las provisiones fueran suficientes y de acuerdo a las exigencias legales de la SBS. La función del Jefe de Revisión de Créditos antes de la intervención, era la de supervisar la cartera de colocaciones del Banco, otorgar las clasificaciones que según la regulación vigente le correspondía a cada cliente deudor y calcular el monto de las provisiones respectivas. Sus resultados y procedimientos eran presentados periódicamente al Comité de Riesgo del BNM y las provisiones calculadas eran siempre comunicadas al Contador General del Banco para las anotaciones contables oficiales (Seminario ¶¶21-22 y 30).

411. Una vez intervenido el Banco, la función del Jefe de Revisión de Créditos fue drásticamente recortada, siendo reemplazado por el Comité de Intervención de la SBS que asumió la tarea de clasificación de deudores y asignación de las categorías de riesgo. La Jefatura de Revisión de Créditos pasó a tener una función que se limitaba únicamente al cálculo de las mayores provisiones que eran exigidas por la SBS producto de la reclasificación de los deudores que efectuaban directamente los Interventores. Las instrucciones que se le impartía desde el Comité de Intervención se limitaban a reportarle el número de deudores reclasificados y la orden de calcular el monto de las provisiones que a su nueva categoría de riesgo le correspondían. (Seminario ¶¶31-34).

412. Tal como se acredita mediante la evidencia adjunta a su declaración testimonial (ANEXOS PS-10, PS-11, PS-12 y PS-13), los montos de las mayores provisiones solicitadas por la SBS eran bastante significativos y su tendencia era creciente²¹¹, muestra inequívoca del deterioro de la cartera de colocaciones del Banco, consecuencia de la mala gestión financiera imputable al Comité de Intervención de la SBS (§§369 en adelante, *supra*.)

413. Respecto de este punto, la Junta de Administración Judicial alcanzó la misma conclusión, destacando lo siguiente²¹²:

“El Estado de Pérdidas y Ganancias al 31.07.01 refleja los siete meses de gestión de la SBS. Hemos hecho una comparación entre el 21.07.01, momento en que los curadores administradores judiciales toman posesión de sus cargos y el 31.07.01, fecha cercana al cese.

El resultado del ejercicio es negativo, asimismo cabe mencionar que el capital social del Banco es cero. Analizando las cuentas que están reflejadas en los estados financieros antes mencionados, es menester decir que **en el BNM se aplicaron en los últimos meses medidas no adecuadas, creando un alto nivel de provisiones, fundamentalmente por el incremento del deterioro de la cartera de colocaciones** y la inactividad para reestructurar las mismas, como anteriormente se ha manifestado.” (Énfasis agregado)

414. Sin perjuicio del cuantioso impacto en el patrimonio del BNM como consecuencia del deterioro de cartera producido por la gestión de la SBS, de la arbitraria re-categorización de cartera y la sobre-exigencia de provisiones, señaladas en los párrafos precedentes, resultó de mayor gravedad la ilegal y deliberada práctica del Comité de Intervención de la SBS de registrar retroactivamente ajustes contables indebidamente anotados en el Balance General del BNM luego que el ejercicio del año 2000 se encontraba ya cerrado, tal como se acredita en el acápite siguiente.

²¹¹ Así, por ejemplo, mediante el correo electrónico de fecha 14/06/2001 (Anexo PS-13) la SBS exige mayores provisiones por USD.73 MM aproximadamente y S/60 MM aproximados. Asimismo se exige el registro retroactivo de dichas provisiones al cierre del balance del año 2000.

²¹² “Informe de Administración Judicial al Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima” del 20 de agosto de 2000, punto 3.1), folio 015 (Anexo III-6).

4.4 El Registro Contable Retroactivo de Provisiones y de Otros Ajustes Efectuado Por La SBS en el BNM

415. Durante el año 2001, el Comité de Intervención de la SBS permitió el deterioro de la cartera del BNM, re-categorizó el nivel de riesgo de los créditos colocados y ordenó el registro de las provisiones resultantes en los Estados Financieros al mes de diciembre de 2000, cuando el ejercicio contable se encontraba hacía ya varios meses cerrado. Del mismo modo retroactivo, se efectuó deliberadamente el registro de otros ajustes patrimoniales negativos.

416. Sobre este punto en particular, la investigación de la *Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo* concluyó en su Informe Final lo siguiente²¹³:

“Producida la Intervención del Banco Nuevo Mundo el 05.12.00, la Superintendencia de Banca y Seguros alteró la situación patrimonial del banco convirtiendo un patrimonio neto por el equivalente de US \$72.3 millones al 30.11.00 en uno negativo de US \$23.3 millones al 31.12.00, según el siguiente cuadro expuesto por el Superintendente de Banca ante la Comisión de Economía el 25.09.01, para lo cual aplicó criterios contables establecidos por las normas internacionales de contabilidad que el Perú está obligado a aplicar a partir de su vigencia y no en forma retroactiva, como ha efectuado la SBS con las NIC 36 y 38.

	US\$
PATRIMONIO NETO AL 30.11.00	72,280
AJUSTES EN EL BALANCE AL 05.12.00	-25,650
Déficit Prov. cartera - Visita de Inspección	-12,301
Provisiones por Colocaciones	-6,935
Amortización de Diferidos y otros	-6,414
AJUSTES EN BALANCE DEL 05.12.00 AL 31.12.00	-38,312
Provisiones por Colocaciones (Incluye el DS 099-99)	-18,418
Amortización del GOODWILL	-10,094
Otras provisiones y regularizaciones	-9,800
AUDITORES EXTERNOS	-31,687
PATRIMONIO AL 31.12.00	-23,302
Nota: Este Patrimonio negativo no incluye valorización del DU 108	

En los cargos, gastos y provisiones expuestas genéricamente por el Superintendente ante la Comisión de Economía del Congreso el 25.09.01, se observa conceptos no aplicables para registrarse en el ejercicio 2000.

²¹³ “Informe Final de la Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, p. 11-12. (Anexo I-6).

sino recién a partir de enero 1, 2001, según lo expresan las NIC –Normas Internacionales de Contabilidad- 36 (estimación del valor recuperable de activos deteriorados) y 38 (reconocimiento de activos intangibles), así como la 39 (reconocimiento y medición de instrumentos financieros) y 40 (inversiones inmobiliarias), cuya aplicación aún está pendiente según lo dispuesto por la Superintendencia de Banca y Seguros. Esta explicación está expuesta en el Informe de Auditoría (páginas 9 y 10) al 31.12.00 del Banco Nuevo Mundo.” (Énfasis contenido en el texto original)

417. Resulta evidentemente arbitrario el ajuste que efectúa la SBS en el rubro “Amortización del *Goodwill*” por más de US\$10 millones (*Ver* novena fila del gráfico inserto en el Informe Final de la Subcomisión de Economía del Congreso), cuando se trataba de un valor que, de acuerdo a la propia autorización de la SBS, podía ser amortizado en un período de cinco años, siendo el ejercicio del año 2000 el primer período (*Ver* ¶ 218, *supra*). Dicha práctica contable adoptada por la SBS no solamente afectó negativamente el patrimonio del Banco sino que contradijo su propia aprobación efectuada con anterioridad.

418. Respecto de esta evidente actuación contradictoria de parte de la Superintendencia, la *Subcomisión de Economía del Congreso* coincide en señalar su mala práctica contable, destacando lo siguiente²¹⁴:

“[E]l Crédito Mercantil (goodwill) indicado de US \$10.1 millones, correspondía al mayor valor pagado por la adquisición del BANPAIS en comparación al valor de sus activos y pasivos. Este Crédito Mercantil (goodwill) **fue oportunamente aprobado por la Superintendencia de Banca y Seguros** (Circular SBS 7409-99 y 715-99) y a partir del año 2000 se inició su período de amortización en cinco años. Más aún, este Crédito Mercantil cumplía con lo requerido en la NIC 38 para ser calificado como un activo intangible que generaría beneficios futuros y **su costo fue técnicamente determinado**. Este valor de goodwill se debe mantener según criterios económicos aún con el banco sometido a régimen de Intervención o Liquidación, porque es resultado de cuentas por cobrar cuya parte incobrable fue provisionada y castigada previamente según la citada circular. A este goodwill no se le puede aplicar la NIC 22 referente a fusión de negocios, por cuanto corresponde a una adquisición de cartera” (Énfasis agregado)

419. Ahora bien, la ilegal práctica contable ejercida por la Superintendencia no se limitó únicamente a desconocer el crédito mercantil que,

²¹⁴ *Id.*

como ya se ha señalado, esa misma institución había autorizado un año antes; sino que se extendió también a otros ajustes incluso más significativos, que determinaron artificiosamente un patrimonio negativo en el BNM al cierre del ejercicio del año 2000 como consecuencia de la aplicación retroactiva de ajuste contables.

420. Tal es el caso de las provisiones por aproximadamente S/. 200 millones que la SBS ordenó fueran registradas en la contabilidad al mes de diciembre del año 2000, cuando éstas habían sido calculadas varios meses después en el año 2001. Esto resulta más grave aún, al haberse tomado en consideración la reclasificación de riesgo que tenían los deudores en períodos que correspondían a varios meses después de iniciado el ejercicio del año 2001. De esta forma, la Superintendencia deliberadamente efectuó cargos negativos en el patrimonio del Banco imputándolos a un ejercicio ya concluido. Respecto de dicha práctica, el testigo Pablo Seminario indica:

“Calcular provisiones retroactivas por riesgo de cartera eran las instrucciones del Comité de Intervención de la SBS. Es decir, se me solicitaba actualizar y recalcular las provisiones de meses anteriores, tomando como base de cálculo reclasificaciones actualizadas de deudores. Yo debía efectuar esos recálculos y comunicárselo a los funcionarios del Comité de Intervención de la SBS y al Contador General, con la finalidad que se registre esas mayores provisiones en períodos anteriores.” (Seminario ¶ 35).

421. Lo señalado por el Jefe de Revisión de Créditos del BNM coincide con los hallazgos de la Junta de Administración Judicial del Banco, que respecto de los aspectos contables de la auditoría que llevó a cabo en la institución concluyó²¹⁵:

“Con respecto a la Pérdida Neta del ejercicio 2000, se observa el registro de cargos por las partidas de provisión y gastos cerca de los S/. 200 Millones determinados meses después del cierre del ejercicio pero obligados a retroceder y contabilizarlos con fecha valor del 31.12.00.

La determinación y los ajustes contables aplicados para registrar el 17.07.01 las pérdidas del ejercicio 2000 contra las reservas y capital

²¹⁵ “Informe de Administración Judicial al Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima” del 20 de agosto de 2000, punto 2.1), folio 006 (Anexo III-6).

social del BNM con fecha valor del 30.06.01, al amparo de la resolución SBS N° 509-2001 publicada en El Peruano el 13.07.01, resulta en un primer análisis contraria a las prácticas contables y de auditoría, porque el ejercicio económico-financiero del 2000 del BNM al 17.07.01 se encontraba cerrado y presentado a la SUNAT, y legales porque el ordenamiento jurídico no admite la retroactividad de una norma (SBS N° 509-2001) que como se sabe es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”²¹⁶ (Énfasis agregado)

4.4 La Eliminación de los Derechos de los Accionistas del BNM Mediante la Reducción De Su Capital Social A Cero Ordenada Por La SBS En Junio de 2001

422. Mediante Resolución SBS No. 509-2001, de fecha 28 de junio de 2001, que inexplicablemente no fue hecha pública sino hasta el 13 de julio de 2001, conforme se aprecia en la publicación en el Diario Oficial que se adjunta (ANEXO IV-25), la Superintendencia decretó la reducción del capital social del Banco a cero Nuevos Soles (S/.0.00)²¹⁷ como consecuencia de la compensación de pérdidas por S/.328 millones, calculadas por la propia SBS, contra el patrimonio contable del BNM. La Resolución determinó que “*al 31 de diciembre de 2000, las pérdidas del banco ascendieron a S/.328 875 366,91 (Trescientos veintiocho millones ochocientos setenticinco mil trescientos sesentiséis y 91/100 nuevos soles) y que al efectuarse la cancelación de dichas pérdidas con cargo a las reservas legales, facultativas y al capital social, éste se ha reducido en su totalidad*”.

423. La eliminación del capital social del Banco significó la extinción de todo derecho que sus accionistas tenían sobre la sociedad, pues quedaron excluidos de estar representados en el patrimonio del BNM. Al respecto, Forsyth señala que la medida adoptada por la SBS no sólo violó la legislación societaria peruana, sino que fundamentalmente afectó el derecho de propiedad de los accionistas del Banco (Forsyth ¶344).

²¹⁶ Mediante la mencionada Resolución SBS No. 509-2001, la Superintendencia decretó reducir el capital social del Banco a S/.0.00 (cero) luego de aplicar supuestas pérdidas por S/. 328,8 millones contra reservas legales y el capital social. (¶¶422-423, *infra*).

²¹⁷ Al momento de su intervención, el BNM contaba con un capital social registrado de S/.280 millones (¶212, *supra*).

424. Adicionalmente, el Perito Experto detecta que la arbitrariedad de la medida adoptada por la Superintendencia es aún más grave, dado que la SBS no se encontraba facultada legalmente para tomar una medida de tal magnitud (Forsyth ¶348).

425. En efecto, tal como señala la propia Resolución SBS No. 509-2001 (ANEXO IV-25), la SBS efectuó la reducción del capital del BNM a la suma de cero en aplicación de las facultades otorgadas mediante la Resolución Ministerial No. 124-2001-EF-10 (ANEXO FORSYTH II-02). Esa norma *infralegal*, de mínima jerarquía, le había otorgado a la SBS la facultad para “*determinar el patrimonio real y cancelar las pérdidas con cargo a las reservas legales y facultativas, y en su caso, al capital social*”.

426. Dicha norma de jerarquía inferior era contraria a la Ley General de Sociedades y también a la Ley General de Bancos, ya que eliminó la titularidad de los accionistas del Banco y no respetó su derecho a la propiedad, por lo que el Perito Experto concluye que:

“[L]a reducción del capital a cero decretada por la Superintendencia mediante Resolución SBS N° 509-2001 no sólo se realizó en contravención a las disposiciones societarias peruanas y sin una habilitación legal expresa, sino que también afectó el derecho de propiedad de los accionistas del BNM, viciando todo acto administrativo que posteriormente pudiera sustentarse en dicha situación” (Forsyth ¶353)

427. En ese sentido, como medida de defensa contra la arbitraria eliminación de sus derechos políticos y económicos como accionista del Banco, el 27 de julio de 2001, Nuevo Mundo Holding S.A. interpuso una acción de amparo contra la SBS, solicitando que se declare la inaplicabilidad de la Resolución que redujo el capital social del BNM a cero.

428. El 23 de octubre de 2001, el 63° Juzgado Civil emitió la sentencia en primera instancia (ANEXO III-7) declarando fundada la demanda interpuesta por NMH y decretó la inaplicabilidad de la Resolución SBS No. 509-2001, ordenando a la SBS expedir una nueva resolución. Entre los fundamentos de su

resolución el Juzgado señaló que si bien podría ocurrir que *“el pasivo supere con creces al activo y que mediante tal operación de llegue a la conclusión de que el capital desaparece, se debe considerar que este hecho contable no puede conducir a la eliminación de los accionistas por cuanto estos primeros cálculos [de pérdidas efectuados por la SBS al 31.12.2000] son meramente estimativos”*²¹⁸.

429. Asimismo, concluyó que la SBS *“tiene la facultad de aplicar el capital social a las pérdidas, reduciéndolo, mas no la de eliminar la calidad de accionistas”*, por lo que su potestad se limita a *“reducirlo hasta el límite mínimo posible, que puede ser una fracción, dentro de la cual pueden verse representados los porcentajes de participación de cada accionista”*²¹⁹. De acuerdo con esos fundamentos, el Juzgado determinó que se había violado el derecho constitucional de propiedad de NMH y falló declarando la inaplicabilidad de la arbitraria reducción de capital social decretada por la SBS.

430. Lo resuelto por el 63º Juzgado Civil de Lima en primera instancia, fue confirmado, el 11 de agosto de 2003, luego de la apelación efectuada por la propia SBS. En la sentencia, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (ANEXO III-8) reconoció la facultad de la SBS para determinar el patrimonio real de un banco intervenido debía ser ejercida en ponderación de los derechos que la administración afecte. El Tribunal de segunda instancia coincidió en que la reducción del capital social del BNM a cero afectaba el derecho de los accionistas a un posible remanente patrimonial en su Banco, pero remarcó que la consecuencia más grave era que dicha reducción también eliminaba el derecho de los accionistas a una tutela jurisdiccional efectiva, puesto que se había anulado su derecho a accionar contra la SBS invocando ser accionistas del Banco.

431. Sobre este punto en particular, el Tribunal de segunda instancia concluyó²²⁰:

²¹⁸ Resolución No. 18 (Sentencia) del 63º Juzgado Civil de Lima, *considerando* Décimo Quinto.

²¹⁹ *Id.*, *considerando* Décimo Octavo.

²²⁰ Resolución del 11 de agosto de 2003, de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

“Octavo: Mediante comunicado publicado en el diario Gestión, el día 4 de abril de 2002, la SBS sostiene: “...en los diversos procesos judiciales actualmente en trámite, la Superintendencia ha demostrado que la demandante, Nuevo Mundo Holding S.A., ha perdido la calidad de accionista del Banco Nuevo Mundo, al haber consentido y quedado firme la Resolución SBS N° 509-2001, que redujo el capital social a cero”.

Noveno: En nuestra opinión resulta inadmisibles, en un Estado de Derecho, que si un particular interpone una demanda cuestionando una decisión administrativa su legitimidad para obrar en ese proceso dependa de la voluntad de la entidad pública demandada.”

432. Al detectar el desacato de la SBS, que venía invocando como válida y firme la Resolución que había sido declarada inaplicable en primera instancia judicial, el Tribunal señaló: “[esa conducta] *nos convence de la necesidad de amparar la presente demanda con el fin de proteger el derecho de la actora a que se debatan en un proceso judicial los agravios que supuestamente ha sufrido su derecho*”²²¹. Por ese motivo, se confirmó la inaplicabilidad de la Resolución SBS No. 509-2001 que redujo el capital social del Banco a cero nuevos soles.

433. Contrariamente a lo resuelto en doble instancia por el Poder Judicial peruano, la Superintendencia contravino una vez más la decisión judicial y continuó aplicando la Resolución SBS No. 509-2001, en perjuicio de los derechos tutelados de los accionistas del BNM. De hecho, dicha resolución fue uno de los *considerandos* sobre los cuales se fundamentó la Disolución del Banco en octubre de 2001²²², la cual fue decretada mientras se encontraba vigente el pronunciamiento judicial que ordenó su inaplicabilidad, confirmado en segunda instancia.

434. De este modo, el mecanismo judicial de defensa de derechos constitucionales empleado por el accionista NMH no tuvo ninguna efectividad

²²¹ *Id.*, considerando Décimo.

²²² Mediante la Resolución SBS No. 775-2001 del 18 de octubre de 2001 (Anexo IV-26), la SBS decretó la disolución del BNM. El quinto párrafo de los considerandos de dicha resolución señalaba: “Que, (...) con base en los Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 2000, esta Superintendencia determinó el patrimonio real del banco en referencia y dispuso la cancelación de sus pérdidas ascendentes a S/. 328 875 366, 91 (trescientos veintiocho millones ochocientos setenta y cinco mil trescientos sesenta y seis y 91/100 nuevos soles) con cargo a las reservas legales y al **íntegro de su capital social, conforme se establece en la Resolución SBS N° 509-2001 del 28 de junio del presente año;**” (Énfasis agregado)

práctica, pese a haber obtenido sentencias fundadas en doble instancia. No existiendo otros remedios legales viables, NMH se encontró en una situación de indefensión frente al Estado peruano.

V. LA DISOLUCIÓN DEL BNM DECRETADA POR LA SBS EN OCTUBRE DE 2001

435. Además de la serie de irregularidades y excesos cometidos por la Superintendencia durante la etapa de intervención del BNM, que tuvieron como consecuencia una significativa reducción patrimonial y la deliberada anulación de los derechos de sus accionistas, el Estado (i) rechazó la propuesta de solución integral planteada por NMH y, posteriormente, (ii) declaró la disolución del Banco fundamentándose en falsos supuestos, empleados fuera de contexto para imputar al BNM una grave insuficiencia patrimonial que lo condujo hacia su liquidación.

436. Así, previamente a que fuera declarada la disolución por el Estado -lo que consumaría la destrucción irreversible de su inversión en el BNM- el accionista NMH presentó y sustentó una propuesta de solución integral al problema surgido a raíz de la intervención del Banco. A pesar de contener un compromiso serio y bien estructurado para el reflatamiento y puesta en marcha de las operaciones del Banco, el Ministerio de Economía y Finanzas desatendió la propuesta de NMH, sin siquiera concederle reuniones para discutir el asunto.

437. Posteriormente, para decretar la disolución y liquidación del BNM, en octubre de 2001, la Superintendencia fundamentó su decisión en un supuesto déficit patrimonial de USD \$217 millones del Banco. De acuerdo con la argumentación de la SBS, este importe negativo determinaba que, para cubrir su insuficiencia patrimonial, el BNM requería recursos que presuntamente excedían el límite máximo permitido por el Programa de Consolidación del Sistema Financiero. En consecuencia, la Superintendencia declaró que el rescate del banco era inviable y su disolución quedaba como la única alternativa legal.

438. Como se demuestra en los acápites siguientes, ese supuesto déficit patrimonial de USD \$217 le fue arbitrariamente imputado al BNM, pues se trató

de un importe sacado de contexto, que fuera calculado mediante una evaluación contable parcial del Banco, en el marco del proceso de transferencia de un bloque patrimonial hacia otra entidad financiera interesada.

439. En efecto, para determinar ese supuesto déficit patrimonial atribuido al BNM para declarar su disolución, la SBS se basó en una valorización parcial efectuada por la firma *Arthur Andersen* sobre un bloque patrimonial del Banco, que de ninguna manera podría haberse empleado para determinar la verdadera situación patrimonial global del Banco, puesto que se trató de la cuantificación de únicamente un fragmento del patrimonio del BNM en el marco de un proceso de venta de un bloque de cartera a otra entidad bancaria interesada. Dicha valorización parcial no significó en lo absoluto una cuantificación integral del negocio del Banco, por lo que su empleo por parte de la SBS para decretar que el BNM tenía un déficit patrimonial que ameritaba su disolución, fue ilegal.

440. En este mismo sentido se pronunciaron tanto la *Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargado de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo*, como la *Sub Comisión de Trabajo de la Comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo*, en cuyos informes finales se determinó que la valorización efectuada por la firma *Arthur Andersen* no tuvo por objeto determinar el patrimonio integral del BNM sino que estuvo dirigida exclusivamente para fines establecidos en el marco de una negociación de venta de una porción del patrimonio del Banco, tal como detallamos en los acápites siguientes.

5.1 El Rechazo Estatal a la Propuesta de Solución Planteada por NMH en Septiembre de 2001

441. Encontrándose el BNM bajo control estatal, sometido al denominado Régimen Especial Transitorio, el accionista NMH planteó ante el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante carta de fecha 23 de septiembre de 2001, su propuesta oficial de solución al problema surgido por la irregular

intervención estatal del Banco (ANEXO II-40) . La propuesta de solución integral presentada por NMH al Estado peruano suponía para el Tesoro nacional un ahorro de aproximadamente US\$ 277 millones en comparación con los costos que tendría que afrontar el Estado en caso se optara por transferir bloques patrimoniales del BNM a terceras entidades y enviarlo luego a disolución y liquidación.

442. La propuesta de NMH consideraba el levantamiento de la intervención del Banco y el retorno a operaciones, para lo cual los accionistas del BNM se harían cargo del íntegro de la deuda de la institución. Con ello, se permitiría la devolución de los depósitos a los ahorristas, el recupero por parte del Estado de los depósitos de las empresas públicas y de su inversión en bonos subordinados del Banco. De acuerdo con lo propuesto, los accionistas del BNM aportarían US\$ 342 millones, incorporando a un operador bancario internacional al accionariado del Banco.

443. Por su parte, el Estado emitiría bonos subordinados a 10 años – redimibles a partir del quinto año o convertibles en acciones preferentes del BNM– por US\$ 63 millones y se emplearía US\$ 126 millones del fondo establecido para el Programa de Consolidación del Sistema Financiero del D.U. 108-2000, que luego los accionistas del Banco repagarían.

444. Como señal de su compromiso y de la confianza en la propuesta estructurada, NMH publicó su ofrecimiento de solución integral en diversos medios de comunicación locales²²³.

445. Asimismo, dos días después de presentada la propuesta al Ministerio de Economía y Finanzas, el 25 de septiembre de 2001, los representantes de NMH, junto con miembros de la firma consultora en ingeniería de soluciones *Strike & Value*, acudieron a la citación efectuada por la *Sub-*

²²³ Ver, comunicado de los accionistas del BNM publicado en Diario *Expreso*, Lima (14.09.2001), p. 5 (Anexo V-40) y en Diario *El Comercio*, Lima (17.09.2001), p. A7 (Anexo V-41). Ver también: notas de prensa que recogieron la propuesta efectuada por los accionistas: “Grupo Levy pide al gobierno apoyo para retomar el Banco Nuevo Mundo”, Diario Correo, sección Economía, Lima (14.09.2001), p.16 (Anexo V-37); “Accionistas del Nuevo Mundo proponen solución acorde a intereses del Estado”, Diario Liberación, sección Política, Lima (14.09.2001), p.4 (Anexo V-38); y, “Accionistas presentan propuesta”, Diario El Comercio, Lima (14.09.2001), p. B3 (Anexo V-39).

comisión de Economía del Congreso de la República con la finalidad de exponer el mecanismo de su propuesta integral de solución²²⁴. Sobre este aspecto, y respecto de la negativa ministerial a la propuesta planteada, la *Sub Comisión de Trabajo de la Comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo*, señaló en su Informe Final del 21 de enero de 2002²²⁵:

“Los accionistas del Banco Nuevo Mundo, con carta fechada 25.09.01, presentaron al Ministro de Economía una Propuesta de Solución, la misma que fue acompañada de un informe técnico elaborado por Strike & Value S.A. En la presentación efectuada por los representantes del Banco Nuevo Mundo, indicaron que no recibieron comunicación alguna o invitación para sostener reuniones (de discusión) con relación a su propuesta por parte del Ministro de Economía ni de ningún otro funcionario del Ministerio”

5.2 La Ilegal Aplicación de Una Evaluación Contable Parcial Por Parte de la SBS Como Fundamento Para Decretar la Disolución del BNM

446. La Superintendencia decretó la disolución y liquidación del Banco mediante la Resolución SBS No. 775-2001 del 18 de octubre de 2001 (ANEXO IV-26).

447. Entre los principales considerandos de dicha resolución, destacan los siguientes²²⁶:

“Que, **la valorización efectuada por la Sociedad de Auditoría Medina, Zaldívar y Asociados (Arthur Andersen)** y revisada por la Sociedad de Auditoría Collas, Dongo-Soria y Asociados (PricewaterhouseCoopers), realizada sobre cifras al 30 de abril de 2001, ha arrojado un **importe negativo ascendente a US\$ 217 062** (...), suma que agregada a la pérdida operativa registrada entre el mes de mayo y agosto del presente

²²⁴ Ver, presentación en powerpoint ante la *Sub-comisión de Economía del Congreso de la República* del 25 de septiembre de 2001 [por error mecanográfico, el documento original señalaba “25 de octubre”] (Anexo II-41)

²²⁵ “Informe Final de la Sub-comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, enero de 2002, p.16 (Anexo I-6)

²²⁶ Resolución SBS No. 775-2001, *considerandos* séptimo, octavo y décimo tercero.

año y que asciende de US\$ 5 455 mil (...), produce un resultado total de US\$ 222 517 mil;

Que, (...) el monto que se requeriría –en recursos del Ministerio de Economía y Finanzas y del Fondo de Seguro de Depósitos- para cubrir el déficit patrimonial del Banco Nuevo Mundo, excede el límite de 1.5 veces su patrimonio contable reportado al 30 de noviembre de 2000, establecido en el artículo 8° de la Resolución Ministerial N° 174-2000-EF (Reglamento Operativo del citado Programa de Consolidación)(...);

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 20° del precitado Reglamento Operativo del Programa de Consolidación del Sistema Financiero, el Régimen Especial Transitorio concluye en caso no se cumpla, entre otros, con el límite de tres veces el patrimonio contable reportado al 30 de noviembre de 2000, establecido en el artículo 8° del mismo Reglamento Operativo” (Énfasis agregado)

448. Conforme se aprecia en los considerandos transcritos, la Superintendencia determinó que el BNM tenía que ser excluido del Régimen Especial Transitorio y, por lo tanto, debía declararse su disolución e ingresar a un proceso de liquidación, puesto que se le había atribuido un supuesto déficit patrimonial de más de US\$ 217 millones. Dada la magnitud del mencionado déficit, el BNM habría excedido el límite patrimonial establecido para acceder al “Programa de Consolidación del Sistema Financiero”, por lo que el Régimen Especial Transitorio al cual se había sometido al Banco debía concluir.

449. El mencionado déficit, que fue la razón medular para la disolución del Banco, fue obtenido por la SBS de “*la valorización efectuada por la Sociedad de Auditoría Medina, Zaldívar y Asociados (Arthur Andersen) y revisada por la Sociedad de Auditoría Collas, Dongo-Soria y Asociados (PricewaterhouseCoopers), realizada sobre cifras al 30 de abril de 2001*”. Cabe preguntarse entonces cuál es esa importante valorización invocada por la SBS para disolver al BNM.

450. Esa supuesta “*valorización efectuada por la Sociedad de Auditoría Medina, Zaldívar y Asociados (Arthur Andersen)*” sobre el BNM, invocada por la Superintendencia como una valorización patrimonial integral del Banco, no es otro trabajo que el “Informe Sobre el Examen de Ciertos Rubros del

Balance General del Banco Nuevo Mundo en Intervención al 30 de Abril de 2001” (en adelante, el “Informe de Arthur Andersen”) (ANEXO I-3).

451. De acuerdo a la naturaleza del Informe de Arthur Andersen, dicho trabajo no constituyó en lo absoluto una valorización del BNM, sino tan sólo “la aplicación de ciertas pruebas de auditoría (...) sobre rubros seleccionados del balance general del Banco Nuevo Mundo en Régimen Especial Transitorio al 30 de abril de 2001”²²⁷.

452. Resulta aclaratorio, y acredita la arbitrariedad con que la referida evaluación fue empleada por la SBS, que en la carta de presentación del Informe de Arthur Andersen, de fecha 15 de octubre de 2001, los evaluadores señalaran expresamente lo siguiente²²⁸:

“Nuestro trabajo consistió en la **evaluación de ciertos aspectos contables, tributarios, legales y laborales**, con el alcance que se detalla en nuestra carta propuesta y cartas modificatorias (...).
Al aceptar este informe ustedes reconocen que:

- (i) Los procedimientos ejecutados (...) fueron en su totalidad aprobados por ustedes y es de su responsabilidad la suficiencia de los mismos para sus propósitos, y que ustedes **no nos han solicitado realizar procedimientos adicionales**; (...)

De acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas en el Perú, los procedimientos aplicados **no constituyen**: (i) una auditoría de los estados financieros del banco, (ii) una tasación de los activos y pasivos del Banco, y/o (iii) una revisión de los controles internos del Banco. (...)

Este informe se emite para uso exclusivo de los Representantes del Banco Nuevo Mundo en Régimen Especial Transitorio y de la Gerencia del Banco Interamericano de Finanzas **y no debe ser usado**, entregado o difundido a terceros, de manera parcial o integral, **con ningún otro propósito**.” (Énfasis agregado)

²²⁷ “Carta propuesta”, del 30 de mayo de 2001, sobre el enfoque, alcance y oportunidad del trabajo de la firma contratada, donde se señala el alcance del trabajo encargado a la firma y las cuentas del activo que serán auditadas por ésta. La referida carta figura como Anexo I del “Informe de Arthur Andersen, Volumen II” (Anexo I-3)

²²⁸ Carta de presentación del 15 de octubre de 2001 del “Informe de Arthur Andersen, Volumen I” (Anexo I-3).

453. Llegado a este punto, es pertinente ilustrar al Tribunal respecto de la razón exacta por la cual se contrató a la firma *Arthur Andersen* para realizar la evaluación bajo análisis.

454. Mediante el “Acuerdo Marco Suscrito Entre el Banco Interamericano de Finanzas S.A. y el Banco Nuevo Mundo S.A. en Régimen Especial Transitorio en el Ámbito de Reorganización Societaria Convenido Entre Ambas Empresas” (en adelante el “Acuerdo Marco BNM-BIF” (ANEXO IV-21), el BNM, representado por la CEPRE (§367, *supra*), acordó con el Banco Interamericano de Finanzas (BIF) llevar a cabo la revisión de un bloque patrimonial del BNM en el marco de las negociaciones sostenidas con el BIF, entidad que estaba interesada en adquirir parte de la cartera del Banco. Al respecto, el objeto del acuerdo marco fue²²⁹:

“[E]stablecer los conceptos, criterios y acuerdos a los que las partes se someten a efectos de llevar adelante el proceso de reorganización societaria de la IFI [Institución Financiera] adquirente [BIF] y la IFI a transferir [BNM]...”

455. Para dicho fin, las partes convinieron en “*encomendar la valorización de la IFI a transferir a la Sociedad de Auditoría Externa Medina, Zaldivar y asociados (Andersen)*”²³⁰ y acordaron que la valorización se “*realizar[ía] de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el Perú y de acuerdo con los procedimientos de valorización contenidos en la propuesta que la Sociedad de Auditoría ha[bía] formulado a las partes*”²³¹.

456. Ahora bien, conforme señalamos con anterioridad (§452, *supra*), el procedimiento de valorización propuesto por la sociedad de auditoría afiliada a *Arthur Andersen* consistió en la aplicación de “*la aplicación de ciertas pruebas de*

²²⁹ Acuerdo Marco BNM-BIF, punto 3, referido al objeto del acuerdo suscrito entre las partes. (Anexo IV-21)

²³⁰ *Ver, Id.*, punto 5, referido al mecanismo de valorización.

²³¹ *Ver, Id.*, punto 5.2, referido a los criterios de la valorización.

auditoría (...) sobre rubros seleccionados del balance general del Banco Nuevo Mundo en Régimen Especial Transitorio al 30 de abril de 2001”.

457. Resulta entonces evidente que la SBS empleó el resultado de la evaluación parcial efectuada sobre un fragmento patrimonial del BNM²³², para declarar que en virtud del déficit hallado en el Informe de Arthur Andersen, el BNM debía ser disuelto y liquidado.

458. Pese a que el supuesto déficit arrojado el Informe de Arthur Andersen correspondía a hallazgos correspondientes a la evaluación parcial de ciertas cuentas del Balance del BNM, cuyo análisis había sido encargado a la referida firma en el marco de una negociación exclusiva entre dos partes: el BNM representado por la CEPRE y el *Banco Interamericano de Finanzas*; la SBS tergiversó dicha información, llegando a emitir una serie de comunicados en diferentes medios de comunicación nacionales, señalando incorrectamente lo siguiente²³³:

“2. De acuerdo a lo establecido por el D.U. 108-2000, dos sociedades de auditoría, de reconocido prestigio internacional, han realizado la valorización del Banco Nuevo Mundo al 30 de abril del 2001, **a fin de determinar el patrimonio del banco** y consecuentemente proyectar la participación del Estado y del Fondo de Seguro de Depósitos en el mencionado proceso.

3. **El resultado de la valorización preparada y revisada** por las dos firmas auditoras arroja un valor negativo de US\$ 217 millones, el cual por sí solo ya excede los límites máximos antes indicados...” (Énfasis agregado)

459. La grave y flagrante desinformación causada en el mercado bancario y entre el público en general sobre ese supuesto y enorme déficit

²³² Sobre este asunto, el punto 9 del Acuerdo Marco BNM-BIF, titulado “Compromiso de realizar el proceso de reorganización societaria y segregación del **bloque patrimonial**” resulta muy ilustrativo, puesto que en su numeral 9.2, señala: “La IFI adquirente **elegirá el bloque patrimonial que adquirirá** de la IFI a transferir en función a los siguientes criterios:...” (Los énfasis han sido agregados). Indudablemente, las partes se encontraban en negociaciones para la transferencia de un bloque patrimonial del Banco y no de toda la sociedad. En tal sentido, le encargaron a la firma valorizadora la evaluación únicamente de las cuentas contables que correspondían al bloque negociado.

²³³ Entre dichas publicaciones, ver Comunicado en: Diario *Correo*, Lima (19.10.2001), p. 11 (Anexo V-42).

patrimonial que la SBS le imputó a la contabilidad del BNM eliminó de plano cualquier posible interés tanto de (i) los principales acreedores del Banco que pudieran encontrarse dispuestos a presentar un programa de rehabilitación para salvarlo de la intervención; (ii) de entidades nacionales y extranjeras en capacidad de dotar de liquidez vía préstamo o aporte de capital fresco al Banco para superar su intervención estatal (tal como los esfuerzos del accionista NMH lo reflejaron en su propuesta de solución integral referida en ¶¶441-445 *supra*), y/o (iii) de otras entidades bancarias interesadas en absorber al Banco ó a un bloque patrimonial de éste, en el marco del Programa de Consolidación Financiera, lo que habría significado que los accionistas del BNM hubieran tenido una participación equivalente en el accionariado de la empresa absorbente, mitigando en cierta medida los efectos de los actos estatales contra su Banco (JLevy ¶¶92-93).

460. Sobre esta actuación irregular, la *Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargada de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo*, luego de revisar la evidencia del caso y recibir los reportes y declaraciones de los funcionarios de la SBS, de las propias firmas locales afiliadas a *Arthur Andersen* y *PricewaterhouseCoopers*, en su Informe Final concluyó:

“Primero. (...) El citado informe [de *Arthur Andersen*] tal como lo mencionan en diversas partes de su comunicación tiene como único objeto la evaluación de ciertos aspectos contables, tributarios, legales y laborales del Banco Nuevo Mundo, al 30 de abril del 2001, para efectos de la transferencia de un bloque patrimonial de esta entidad al Banco Interamericano de Finanzas. Tan es cierto esto que en la carta [de presentación del Informe, de fecha 15 de octubre de 2001] antes indicada en su penúltimo párrafo la Auditora señala que “***Las Gerencias de las partes involucradas (BNM y BIF) en la negociación son las únicas responsables de utilizar su juicio profesional para evaluar el trabajo realizado, y este informe, y tomar las decisiones de negocio que consideren convenientes...***”. (...)

Con esta salvedad se entiende por qué la SBS manifestó a la Comisión Investigadora de la Comisión de Economía, que presidió el Congresista Carlos Infantas, que no poseía este documento, ya que el mismo era propiedad del Banco Nuevo Mundo, **pero contradictoriamente extraño es que fuera usado como fundamento de la Resolución SBS N° 775-2001, que dispuso la liquidación del Banco Nuevo Mundo.**” (Énfasis contenido en el texto original)

461. En ese mismo sentido, respecto de la evaluación efectuada por la firma local afiliada a *PricewaterhouseCoopers*, la *Comisión de Fiscalización y Contraloría* concluyó:

“Segundo. Por su parte Collas Dongo Soria (Pricewaterhouse) mediante su comunicación de fecha 15 de octubre del año 2001, señalan que su labora se ha limitado a “**verificar la aplicación de la metodología de valuación de ciertos rubros del balance general del Banco Nuevo Mundo en Régimen Especial Transitorio al 30 de abril del año 2001 contenida en ... la propuesta de servicios profesionales presentada por la sociedad de Auditoría Medina Zaldivar...**”.

Es más en el acápite 1.2.2 de su comunicación Collas Dongo Soria señala que su “**responsabilidad consiste en verificar, sobre bases selectivas, el cumplimiento por parte de la sociedad de auditoría MZA de la aplicación de la metodología de valuación antes indicada... No fuimos contratados para realizar una auditoría...**” (Énfasis contenido en el texto original)

462. Finalmente, respecto de la incorrecta aplicación de los informes de evaluación y revisión -de *Arthur Andersen* y *PricewaterhouseCoopers*, respectivamente- la *Comisión de Fiscalización y Contraloría* señaló:

“Cuarto. Por instrucciones del Banco Nuevo Mundo en Régimen Especial Transitorio y del Banco Interamericano de Finanzas, **se detrae del patrimonio de la primera de las mencionadas la suma de 432’000,000 millones de soles, que son los activos y cartera de créditos que el Banco Interamericano de Finanzas no estaba interesado en adquirir**, lo cual hace que este monto se traslade como patrimonio negativo para fines del contrato de venta de bloque patrimonial suscrito entre ambos bancos.

Quinto. Lo antes indicado quiere decir que sin entrar a cuestionar la metodología y criterios utilizados por los auditores Medina Zaldivar (Arthur Andersen) y Collas Dongo Soria (Pricewaterhouse), ... cabe inferir que los mismos **no tuvieron por objeto determinar el patrimonio del Banco Nuevo Mundo, o valorizar el mismo, ya que solo servían para los fines exclusivos que se han indicado en el punto Primero**” (Énfasis agregado)

463. En este mismo sentido, la *Sub Comisión de Trabajo de la Comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el*

Banco Nuevo Mundo, por su parte y en lo que correspondió al alcance de sus investigaciones concluyó categóricamente lo siguiente²³⁴:

“5. CONCLUSIONES

5.8) La **simple valorización contable** dispuesta por el Superintendente de Banca y Seguros es objetable técnicamente por el nivel de cifras oficializadas por la Superintendencia (US \$22.5 millones), así como por las que adelantó el CEPRE (US \$281 millones), como también por haberse efectuado dicha valorización **sobre una base irreal** como son los asientos contables retroactivos o con fecha valor al 05.12.00 y 31.12.00 dispuestos con el fin de generar pérdidas por el íntegro de su patrimonio neto (US \$72.3 millones) en los estados financieros del Banco Nuevo Mundo por conceptos que no son procedentes legal ni contablemente (aplicación adelantada de NICs que recién son válidas y vigentes desde el 01.01.01).

5.9) La aplicación de estos **conceptos contables inusuales e improcedentes y el proceder discrecional y discriminatorio de la Superintendencia de Banca y Seguros** en el caso Banco Nuevo Mundo han generado para el Estado Peruano una contingencia de varias decenas de millones de dólares e inclusive afectan el repago de las imposiciones de los depositantes, pues al ordenar la Superintendencia que se efectúen cargos retroactivos y sin validez, obligando inclusive al Contador General del Banco a efectuarlos(...)” (Énfasis agregado)

464. Entonces, la Superintendencia falseó abiertamente los considerandos empleados para motivar el acto administrativo objeto de su Resolución SBS No. 775-2001 del 18 de octubre de 2001 (ANEXO IV-26) (*Ver* los considerandos bajo análisis en ¶447 *supra*). Con dicha conducta, la SBS incurrió en una causal de invalidez del acto administrativo²³⁵ constituido por dicha resolución.

465. En efecto, tal como expone el Perito Experto, uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es su “debida motivación”, la cual debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa entre los hechos relevantes del caso en específico y la exposición de las razones jurídicas que

²³⁴ “Informe Final de la Sub-comisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y el Banco Nuevo Mundo”, enero de 2002, pp. 18-19 (Anexo I-6)

²³⁵ Cabe recordar que, por su naturaleza jurídica, la Resolución SBS No. 775-2001 constituye un acto administrativo. *Ver*, Forsyth ¶49.

justifican el acto adoptado (Forsyth ¶¶49-50). Siendo falsa la motivación empleada por la SBS para determinar la disolución del Banco, resultaba inválido el acto administrativo dictado.

466. Conforme se ha acreditado, queda suficientemente demostrado que el supuesto déficit patrimonial de USD \$217 millones imputado por la Superintendencia al BNM fue obtenido de una evaluación contable parcial efectuada por la firma de auditoría Medina Zaldivar Asociados (*Arthur Andersen*), revisado por Collas Dongo Soria (*PricewaterhouseCoopers*) cuya finalidad exclusiva fue evaluar algunas cuentas contables del BNM. El monto patrimonial deficitario determinado por dichas auditorías fue deliberadamente sacado de contexto por la SBS, que lo invocó arbitrariamente en su Resolución SBS 775-2001 mediante la que declaró la disolución del Banco, determinando la extinción de la inversión de sus accionistas²³⁶.

VI. LA GRAVE INTERFERENCIA DE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO EN LA ACCIÓN JUDICIAL INTERPUESTA POR NMH CONTRA LA DISOLUCIÓN DEL BNM

6.1 La Impugnación Judicial de NMH en Primera Instancia

467. Luego de decretada la Resolución SBS 775-2001 (ANEXO IV-26), mediante la cual el Estado declaró disuelto el BNM e iniciado su proceso de liquidación, NMH interpuso una Acción Contencioso Administrativa²³⁷ contra dicha resolución, la cual era la única vía interna mediante la cual podía contradecir la actuación estatal en contra de su inversión en el Banco.

²³⁶ Es importante señalar que la Resolución SBS No. 775-2001 mediante la cual se declaró la disolución del BNM, además de invocar como fundamento una supuesta valorización sacada de contexto (que, como se ha acreditado, fue parcial y abarcó únicamente algunas cuentas contables del Banco), se apoyó también en la Resolución SBS No. 509-2001 (Anexo IV-25), que había sido declarada inaplicable al haber sido resuelto fundada en doble instancia judicial la acción de amparo interpuesta en su contra por NMH (*Ver*, ¶¶430-434, *supra*)

²³⁷ De acuerdo con la legislación nacional, la Acción Contencioso Administrativa es el recurso impugnatorio mediante el que se somete un acto administrativo a control jurisdiccional. La interposición de ésta acción no priva de eficacia al acto ni suspende sus efectos mientras dure el proceso.

468. NMH impugnó judicialmente la Resolución SBS 775-2001, solicitando se declare la nulidad e invalidez de ésta, por tratarse de un acto administrativo que se fundó ilegalmente en (i) otro acto administrativo previo, que había sido declarado inaplicable por dos cortes nacionales (Resolución SBS 509-2001) (¶¶430-434 *supra*); y que (ii) imputaba un supuesto déficit patrimonial al BNM, monto que había sido obtenido de una valorización parcial de un bloque patrimonial que se encontraba en proceso de negociación de venta al *Banco Interamericano de Finanzas* (¶¶450-455, *supra*). Como reparación por el daño causado por la Resolución impugnada, NMH solicitó el pago de una indemnización por US\$ 480 millones, aproximadamente.

469. Mediante Sentencia del 11 de noviembre de 2005 (ANEXO III-10), la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en primera instancia, declaró infundada la acción interpuesta por NMH. Para arribar a dicho pronunciamiento, dicho tribunal señaló, sin mayor análisis ni profundidad que sustentase su conclusión, que la Resolución SBS 775-2001 no había contravenido ninguna norma del derecho nacional vigente, pese a que, en su Quinto *considerando*, el propio Tribunal señaló las causales invocadas por la defensa del demandante (la inaplicabilidad de la Resolución SBS 509-2001, previamente declarada y firme en doble instancia vía judicial, y la aplicación de una valorización parcial y ajena para imputar un supuesto déficit al BNM). A pesar de la flagrante ilegalidad de los argumentos sobre los cuales la SBS sustentó su resolución de disolución y liquidación del BNM, el Tribunal de primera instancia señaló no haber identificado norma vulnerada por la Resolución SBS 775-2001.

470. NMH apeló lo resuelto en primera instancia y el proceso fue elevado a la Corte Suprema de la República, donde se esperaba que, mediante un control jurisdiccional adecuado y suficiente -que a dicho nivel judicial corresponde-, la Suprema detectara los vicios del acto administrativo impugnado y corrigiera la omisión del Tribunal de primera instancia.

6.2 La Serie de Advertencias del Presidente de la República Hacia la Corte Suprema Para Fallar en Contra de NMH

471. Sin embargo, encontrándose la causa pronta a ser resuelta por la Corte Suprema, el Poder Ejecutivo y Legislativo iniciaron una serie de pronunciamientos y medidas de presión política y mediática para influir en lo que fuera a ser resuelto en instancia judicial definitiva. Así, el 27 de febrero de 2006, el entonces Presidente de la República, Alan García Pérez, declaró públicamente sobre el riesgo que se cernía sobre el país si es que la Corte Suprema declaraba fundada la demanda de NMH y ordenaba el pago de la indemnización solicitada. Diversos medios escritos recogieron las declaraciones presidenciales, que señalaban lo siguiente²³⁸:

“Quiero advertir al país del gravísimo peligro que corremos todos los peruanos. En la Corte Suprema de Justicia está por decidirse un tema que compromete la economía del país y la economía de cada uno de los peruanos: se trata de la demanda contra el Estado peruano por el banco denominado Nuevo Mundo por US\$ 500 millones... No vaya a ser que personas que no conozcan a fondo asuntos financieros [refiriéndose a los Magistrados de la Corte Suprema] terminen dando un dictamen que comprometa al Perú a pagar 1,600 millones de soles a un grupo particular”

472. Estas declaraciones coercitivas, impropias de un jefe de Estado no fueron las únicas. Del mismo modo, el líder de la bancada parlamentaria oficialista, congresista Javier Velásquez Quesquén consiguió una moción de orden oficial en el parlamento nacional que señaló lo siguiente²³⁹:

“El Poder Legislativo muestra su preocupación toda vez que tan importante proceso [refiriéndose a la Acción Contencioso Administrativa de NMH] pone en riesgo la estabilidad jurídica de las normas que emite

²³⁸ “Banco Nuevo Mundo amenaza la economía”. Diario *Expreso*, sección *Política*. Lima, (28.09.2006) (Anexo V-50). *Ver también*: otras notas periodísticas en ese mismo sentido, tales como: “Alan advierte que indemnización a Banco Nuevo Mundo pondría en peligro la economía”; Diario *Gestión*, sección *Economía*; Lima, (28.09.2006); p. 18 (Anexo V-51). “García preocupado por la demanda del BNM”; Diario *Perú 21*, sección *Economía*; Lima, (28.09.2006) (Anexo V-47). “AGP preocupado por posible indemnización millonaria”; Diario *La República*, versión *online* del 28 de septiembre de 2006; consultada el 11/08/2011; <http://larepublica.pe/28-09-2006/agp-preocupado-por-posible-indemnizacion-millonaria>. (Anexo V-48)

²³⁹ “Preocupación en Congreso por caso ex Banco Nuevo Mundo”. Diario *Gestión*, sección *Finanzas*. Lima, (27.09.2006), p. 10. (Anexo V-46)

la Superintendencia de Banca y Seguros y generaría un gran perjuicio para el Estado si se declara fundada la demanda”

473. Resulta muy pertinente señalar que, en esa época, se encontraba en proceso de aprobación en el Congreso de la República un proyecto de ley destinado a rebajar la remuneración de los Vocales de la Corte Suprema. De hecho, el mismo 27 de septiembre de 2006, el Pleno del Congreso había aprobado el proyecto de ley que rebajaba de S/. 26 mil a S/. 15.6 mil la remuneración mensual de los vocales supremos del Poder Judicial²⁴⁰.

474. Es precisamente por esa razón que las declaraciones presidenciales y parlamentarias antes referidas sirvieron como un mecanismo de persuasión dirigido inequívocamente hacia los Vocales de la Corte Suprema encargados de la causa de NMH, porque -en el preciso momento en que el “gravísimo riesgo que comprometía la economía nacional” era advertido por el Presidente de la República y dirigido hacia la Suprema- se encontraba en discusión en el Parlamento la ley que reduciría los salarios de los Vocales de la Corte y que sería posteriormente sometida a aprobación del Presidente de la República, quien cuenta con facultades constitucionales para vetar la ley.

475. Naturalmente, frente a la injerencia y presión del Ejecutivo, hecha con un tono tan fuerte y directo, la Corte Suprema se vio compelida a fallar de acuerdo a las instrucciones y advertencias efectuadas por el Presidente. En ese contexto, el prestigioso diario nacional El Comercio, publicó una nota respecto a la interferencia del Poder Ejecutivo en las decisiones del Poder Judicial²⁴¹:

²⁴⁰ “Congreso rebaja a 15,600 el sueldo de los vocales supremos”. *Noticias Terra*, sección *Política*, versión *online*; 28 de septiembre de 2006; consultada el 11/08/2011; <http://www.terra.com.pe/noticias/noticias/act605216/.html> (Anexo V-49).

²⁴¹ Boza, Beatriz. “El Ejecutivo y la justicia: ¿paja en el ojo ajeno?”. Diario *El Comercio*. Lima, (5.10.2006) (Anexo V-54). Sobre el enfrentamiento entre el Poder Judicial y el Parlamento, por la interferencia en su función jurisdiccional mediante la amenaza de reducción salarial, *ver también*: “Vásquez Vejarano: Ley que rebaja sueldos a magistrados es inaceptable”; *Noticias Terra*, sección *Política*, versión *online*; 2 de octubre de 2006; consultada el 11/08/2011; <http://www.terra.com.pe/noticias/noticias/act607348/.html> (Anexo V-53). “Presidente del PJ pide a García observar ley que reduce sueldos a vocales supremos”; Diario *Peru21*, sección *Actualidad*; versión *online*; 2 de octubre de 2006; consultada el 11/08/2011; <http://peru21.pe/noticia/49455/presidente-pj-pide-garcia-observar-ley-reduce-sueldos-vocales> (Anexo V-52)

“La situación en la que se está colocando al Poder Judicial a raíz de **la reducción de sueldos de los magistrados es muy delicada** y nos afecta a todos (...)”

[E]stán los casos en que se discute la intervención del regulador, si hizo bien o dejó de hacer lo que debía (Banco Latino, Wiese o **Nuevo Mundo**) (...). Por más críticos que seamos con ella [refiriéndose a la administración de justicia], y por más alicaída que esté, debemos cuidar su independencia y promover su institucionalidad, especialmente en un país presidencialista como el nuestro, con un estado de derecho todavía frágil y escasos mecanismos de participación ciudadana y rendición de cuentas.” (Énfasis agregado)

476. Finalmente, el 3 de octubre de 2006, el Congreso de la República aprobó la “Ley que modifica el literal A) del numeral 5 del Artículo 186º, y el artículo 193º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial” (ANEXO X-11). Dicha norma redujo el salario mensual de los Magistrados de la Corte Suprema a la suma de S/.15,600.00 Nuevos Soles.

477. El mecanismo de presión contra la Suprema se encontraba entonces perfectamente preparado y el Presidente podía entonces vetar la Ley a discreción.

6.3 El Resultado de la Ilegal Presión Contra la Corte Suprema: El Fallo en Contra de NMH en Segunda Instancia

478. El 11 de octubre de 2006, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió sentencia en segunda instancia frente a la Acción Contencioso Administrativa interpuesta por NMH contra la Resolución SBS No. 775-2001 (ANEXO III-12).

479. En dicho fallo, la Corte Suprema declaró infundada la demanda de NMH, por considerar no acreditada la causal de nulidad de la Resolución SBS No. 775-2001, pues argumentó que la sentencia que declaró inaplicable la Resolución SBS No. 509-2001 (ANEXO IV-25) (que redujo el capital a cero S/.0.00), no se refería a la “*invalidación de los actos administrativos realizados por la Superintendencia de Banca y Seguros durante el período de intervención del Banco Nuevo Mundo, pues esta inaplicabilidad se circunscribe sólo a los*”

efectos de impedir que se afecte el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los accionistas de dicho Banco”²⁴².

480. La Corte Suprema, excediendo sus facultades y violando el derecho a una tutela judicial efectiva, interpretó de forma restrictiva una sentencia firme de segunda instancia, emitida en un proceso judicial distinto de la causa que tenía en revisión. El exceso cometido por el Tribunal, modificó ilegalmente el sentido de lo resuelto a favor de NMH en el proceso que siguió contra la ilegal reducción del capital social del BNM a cero.

481. De acuerdo al cumplimiento de las instrucciones y advertencias efectuadas semanas antes por el Presidente de la República, luego de menos de quince días de emitido el fallo de la Corte Suprema en contra de NMH, el Poder Ejecutivo observó la Ley del 3 de octubre de 2006 mediante la cual el Congreso había aprobado la reducción salarial de los Magistrados Supremos.

482. En efecto, el 24 de octubre de 2006, en uso de sus atribuciones legales, el Presidente Alan García vetó la referida Ley, en retribución a la conducta sometida de la Corte Suprema frente a sus advertencias previas²⁴³. Se acredita entonces la efectividad de la injerencia desde el Poder Ejecutivo en las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema, poder que debería mantenerse autónomo e independiente de presiones como la ya señalada.

²⁴² Ver, considerando Décimo Segundo de la Sentencia bajo análisis.

²⁴³ Sobre la observación presidencial a la ley bajo comentario, ver: “Ejecutivo observa homologación de sueldos para magistrados”; *Noticias Terra*, sección *Política*, versión *online*; 25 de octubre de 2006; consultada el 11/08/2011; <http://www.terra.com.pe/noticias/noticias/act628371/.html> (Anexo IV-55). “Ejecutivo observa ley que homologa sueldos de jueces y legisladores”; *Diario La República*, versión *online*; 26 de octubre de 2006; consultada el 11/08/2011; <http://www.larepublica.pe/26-10-2006/ejecutivo-observa-ley-que-homologa-sueldos-de-jueces-y-legisladores> (Anexo IV-56).

TERCERA PARTE: ANTECEDENTES DE DERECHO DE LA CONTROVERSIA

I. VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE “TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO”

483. El principio de “trato justo y equitativo” puede considerarse como uno de los principales estándares de protección y tratamiento a la inversión extranjera contenidos en los Convenios de Inversión, incorporando una amplia gama de protecciones de naturaleza procesal y sustantiva²⁴⁴.

484. La visión de este principio presupone una concepción positiva y pro-activa del Estado en relación a la promoción y creación de condiciones favorables a la inversión y no constituye simplemente una relación de prohibiciones y limitaciones al accionar del Estado²⁴⁵.

485. En tal sentido, el Preámbulo del APPRI Perú – Francia señala lo siguiente:

“Deseosos de reforzar la cooperación económica entre los dos estados y de crear condiciones favorables para las inversiones peruanas en Francia y francesas en el Perú;

²⁴⁴ KNOLL-TUDOR, Ioana. “The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms”: “In “*Waste Management*, the tribunal held that the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of the case. The standard has an ability to cover an extensive list of factual situations through its ‘open-ended’ nature”. En: Human Rights in International Investment Law and Arbitration. Oxford University Press, 2009. p.320. Ver asimismo Laudo, *Waste Management Inc. vs. México*, del 30 de abril de 2004, párrafo 99 (Anexo VI-47) y Laudo *Mondev International Ltd. vs. United States of America*, del 11 de octubre de 2002, párrafo 127 in fine (Anexo VI-27).

²⁴⁵ Ver Laudo *CIADI Azurix Corp. vs. República Argentina* del 14 de Julio de 2006, p. 307 (Anexo VI-4): “En el preámbulo del TBI, las partes acordaron que ‘a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones’. Por lo tanto, el propio TBI es un documento que exige determinado trato de las inversiones que las partes han considerado necesario para ‘estimular el flujo de capital privado’. Al interpretar el TBI, el Tribunal debe tener presente el objetivo que las partes tuvieron en mira al celebrarlo” y ver Laudo *CIADI MTD vs. República de Chile* del 25 de Mayo de 2004, p. 113 (Anexo VI-13): “In terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement – ‘to promote’, ‘to create’, ‘to stimulate’- rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors”. En el párrafo 117 de éste laudo se señala que las condiciones favorables a la inversión contemplan “(...) an effective normative framework; impartial courts, an efficient and legally restrained bureaucracy, and the measure of transparency in decisions that has increasingly been recognized as a control mechanism over governments”.

Convencidos que el incentivo y la protección de estas inversiones tienden a estimular las transferencias de capitales y de tecnología entre ambos países, en el interés de su desarrollo económico.”;

486. Asimismo, el Artículo 3 del APPRI Perú – Francia incorpora el principio de “trato justo y equitativo”, al señalar lo siguiente:

Artículo 3

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a asegurar, en su territorio y área marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra parte contratante, de modo que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado ni de hecho ni de derecho.

487. Es importante tener en consideración que conforme a lo dispuesto en el Artículo 2 del *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado* de Naciones Unidas, una conducta estatal violatoria del estándar de trato justo y equitativo, podría tratarse tanto de un *acto estatal* como de una *omisión estatal*²⁴⁶.

488. De igual forma resulta irrelevante para la determinación de la violación del estándar de “trato justo y equitativo” que exista o no una intención estatal de causar perjuicio o de afectar a la inversión²⁴⁷.

489. El ámbito de protección que otorga el estándar de “trato justo y equitativo”, conforme a la doctrina en la materia²⁴⁸ y a la jurisprudencia arbitral²⁴⁹, abarca elementos diversos, tales como los siguientes:

²⁴⁶ El artículo 2° del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas dispone que: “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción o una omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado” (Anexo X-5).

²⁴⁷ Ver *Laudo CMS vs. República Argentina*, de 12 de Mayo de 2005, p. 280, en donde se señala que el principio de trato justo y equitativo es un estándar objetivo “*unrelated to whether the Respondent has had any deliberate intention or bad faith in adopting the measures in question. Of course, such intention and bad faith can aggravate the situation but are not an essential element of the standard*” (Anexo VI-7). Asimismo, ver *Laudo CIADI Modov International Ltd. vs. United States of America*, de 11 de octubre de 2002, p.116: “a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith” (Anexo VII-27).

- a) Garantía de no afectación de las legítimas expectativas del inversionista o de la inversión;
- b) Garantía de una conducta transparente y previsible por parte de los órganos estatales;
- c) Garantía de estabilidad jurídica y de un marco normativo transparente;
- d) Garantía contra actos arbitrarios y discriminatorios;
- e) Garantía contra el abuso de los poderes gubernamentales y la preservación del Estado de Derecho;
- f) Garantía contra actos estatales que impliquen mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento contra el inversionista o la inversión;
Garantía de una conducta diligente por parte de los órganos estatales y de los funcionarios públicos en relación a la inversión; y
- h) Garantía contra procedimientos judiciales y administrativos violatorios del debido proceso y del derecho de defensa.

490. Algunos autores vinculan el estándar de “trato justo y equitativo” y sus elementos constitutivos, con el concepto más amplio de Estado de Derecho, que debe ser permanentemente respetado por los funcionarios y entidades estatales en su relación con los inversionistas²⁵⁰.

²⁴⁸ NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. “Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment”. Kluwer Law International, 2009. p.279. “Fair and equitable treatment is a broad, overarching standard, that contains various elements of protection, including those elements commonly associated with the minimum standard of treatment... Fair and equitable treatment, and minimum standards more broadly, have been analyzed as an embodiment of the rule of law, as protecting against the abuse of government power, as a manifestation of the principle of good faith, as good governance norms and as reflecting general principles of law”. (Anexo VII-22).

²⁴⁹ Ver, *Laudo UNCITRAL S.D. Mayers vs. Canada*, de 13 de Noviembre de 2000, p.263: “when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective” (Anexo VI-34); Ver *Laudo CIADI Azurix vs. República Argentina*, de 14 de Julio de 2006, p.360: “.... from the ordinary meaning of the terms fair and equitable treatment and the purpose and object of the BIT ... fair and equitable should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment”. Ver *Laudo CIADI Loewen Group vs. USA*, del 6 de Junio de 2003, p.132: “Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial property would be enough...” (Anexo VI-43) y Ver *Laudo UNCITRAL Saluka vs. República Checa*, del 17 de Marzo de 2006: “according to the “fair and equitable treatment” standard the host State must never disregard the principles of procedural property and due process and must grant the investor freedom from coercion or harassment by its own regulatory authorities” (Anexo VI-35).

²⁵⁰ KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan. “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”. En 50 Years of the

491. Desarrollaremos a continuación la afectación por parte del Estado Peruano, mediante actos y omisiones, de los principales elementos del estándar de trato justo y equitativo contenido en el APPRI Perú-Francia.

492. Se debe tener en consideración que la totalidad de los antecedentes – no los hechos aislados – determina que se produjo una violación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano en el APPRI.

1.1 Garantía de no Afectación de las Legítimas Expectativas de la Inversión y de una Conducta Transparente y Previsible por parte de los Órganos Estatales

493. Diversas decisiones arbitrales²⁵¹, así como la doctrina en la materia, se refieren al concepto de “*legítimas expectativas*” como un elemento esencial del estándar de trato justo y equitativo. De hecho, este principio ha adquirido un carácter autónomo²⁵² debido a la creciente importancia de la protección de tales expectativas como parte del marco de estabilidad y

New York Convention. ICCA International Arbitration Conference. Kluwer Law International, 2009, p.16. “Five clusters of normative principles recur in the more detailed specification by arbitral tribunals of elements of fair and equitable treatment. These principles are (1) the requirement of stability, predictability and consistency of the legal framework; (2) the protection of legitimate expectations; (3) the requirement to grant procedural and administrative due process and the prohibition of denial of justice; (4) the requirement of transparency; and (5) the requirement of reasonableness and proportionality. These principles also figure prominently as sub-elements or expressions of the broader concept of the rule of law in many domestic legal systems”. (Anexo VII-16).

²⁵¹ Entre otras decisiones, ver *Laudo Arbitral UNCITRAL International Thunderbird Gaming Corporation vs. The United Mexican States*, de enero de 2006, señala lo siguiente: “The concept of “legitimate expectations” relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance of said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages”. p.49 (Anexo VI-18). Asimismo, ver *Laudo Arbitral UNCITRAL, Saluka Investments BV vs. República Checa*, de 17 de marzo de 2006, señala: “... the standard of ‘fair and equitable treatment’ is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of the standard”. Párrafo 302 (Anexo VI-35).

²⁵² SNODGRASS, Elizabeth. “Protecting Investor’s Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle”: “(...) the principle of protection for investor’s legitimate expectations has developed into a “self-standing sub-category and independent basis for a claim under a bilateral and multilateral investment treaties”.... “Protection for investor’s legitimate expectations can be justified as reflecting a “general principle of law recognized by civilized nations”. p. 2 (Anexo VII-29).

previsibilidad que debe ofrecer el Estado receptor, como condición *sine qua non* para el desarrollo y éxito de la empresa privada²⁵³.

494. El propósito fundamental de proteger las *legítimas expectativas* del inversionista y de la inversión mediante convenios internacionales es permitir que el inversor extranjero se encuentre en condiciones de adoptar decisiones racionales de negocios, sobre la base de las seguridades otorgadas por el Estado receptor, mediante la garantía de un *marco regulatorio previsible y un accionar consistente y transparente* en los procesos de adopción y ejecución de las decisiones gubernamentales, que no puedan ser calificadas como arbitrarias y/o irracionales²⁵⁴.

495. Estabilidad para los inversionistas significa que el Estado receptor no frustrará indebidamente sus *legítimas expectativas*, ni la *confianza* que las conductas y/o las promesas de dicho Estado han generado en el inversor para llevar adelante su proyecto sin interferencias arbitrarias²⁵⁵.

²⁵³ NEWCOMBE, Andrew. "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law". ICSID-Review Foreign Investment Law Journal, Vol. 20, No. 1, 2005. p.23. "Bits are intended to create favorable conditions for foreign investments, which contemplate "an affective normative framework; impartial courts and efficient and legally restrained bureaucracy, and the measure of transparency in decisions that has increasingly been recognized as a control of governments (...) (the State) must establish and maintain an appropriate legal, administrative and regulatory framework that modern investment theory has come to recognize as a *conditio sine qua non* of the success of private enterprise". (Anexo VII-21).

²⁵⁴ SCHREUER, Christoph. "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice". In The Journal of World Investment and Trade, June 2005, Vol. 6, No. 3, p. 374-378. "Transparency and the protection of the investor's legitimate expectations are closely related. Transparency means that the legal framework for the investor's operations is readily apparent and that any decisions affecting the investor can be traced to that legal framework" "The investor's legitimate expectations will be based on this clearly perceptible legal framework and on any undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host State" "... a State would have to accept liability if its officials fail to implement regulations or implement them in a discriminatory or arbitrary fashion. The key question was the extent to which an investor may rely on the implementation by the host State of laws in place before the investment was made". (Anexo VII-27).

²⁵⁵ Ver *Laudo Arbitral UNCITRAL International Thunderbird Gaming Corporation v.s The United Mexican States*. Separate Opinion de Thomas Walde: "As the World Bank Development Report for 2005, the authoritative policy instrument on foreign investment and economic development, formulates the relevant standard for government promises and administrative conduct: Can firms rely on them, with confidence, when making their investment decisions? It highlights the importance of government promises and administrative conduct to be "credible" – in order to support investment. It views the use of investment treaties and their "disciplines" as a potentially powerful tool to enhance the credibility of their contractual and policy commitments". p.30 (Anexo VI-17).

496. De producirse una interferencia que viole legítimas expectativas, sancionada por el Derecho Internacional, corresponderá que el Estado abone una compensación en favor del inversionista.

497. En el Laudo Arbitral CIADI *Tecmed vs. México* el Tribunal menciona la estrecha relación existente entre los conceptos de estabilidad, marco regulatorio previsible y legítimas expectativas del inversionista.

498. Este laudo es también relevante para el análisis de la necesaria coherencia y transparencia que requiere garantizar el Estado con el objetivo que el inversionista extranjero pueda conocer de manera anticipada las normas, reglamentaciones y las políticas que regirán sus actividades y poder así planificarlas y ajustar su conducta de manera oportuna²⁵⁶.

499. Debe tomarse en consideración que, conforme a la doctrina²⁵⁷, antecedentes arbitrales y al caso especial del modelo de negocio del BNM²⁵⁸, las

²⁵⁶ Ver *Laudo Arbitral CIADI Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 29 de mayo de 2003. p.98: “The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investments and comply with such regulations... The foregoing investor also expects the host State to act consistently i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decision or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities”. (Anexo VI-42).

²⁵⁷ SCHREUER, Christoph. “Tratamiento Justo y Equitativo en la Práctica Arbitral”. En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, Julio - Diciembre, 2006. p.56: “Las legítimas expectativas del inversionista estarán basadas en el marco legal claramente perceptible y en cualquier compromiso y representación hecha explícita o implícitamente por el Estado anfitrión”. (Anexo VII-27).

²⁵⁸ Ver *Laudo CIADI Total S.A. vs. República Argentina*, de 21 de diciembre de 2010: “ (...) when the basis of an investor’s invocation of entitlement to stability under a fair and equitable treatment clause relies on legislation or regulation of a unilateral and general character. In such instances, investor’s expectations are rooted in regulation of a normative and administrative nature that is not specifically addressed to the relevant investor. (...) a claim to stability can be based on the inherently prospective nature of the regulation at issue aimed at providing a defined framework for future operations. This is the case for regimes, which are applicable to long-term investments and operations, and/or providing for “fall backs” or contingent rights in case the relevant framework would be changed in unforeseen circumstances or in case certain listed events materialize. In such cases, reference to commonly recognized and applied financial and economic principles to be followed for the regular operation of investments of that type (be they domestic or foreign) may provide a yardstick. This is the case for capital intensive and long term investments and operation of utilities under a license, natural resources exploration and exploitation, project financing or Build Operate and Transfer schemes. The concept of “regulatory fairness” or “regulatory certainty” has been used in this respect” (Anexo VI-46). En el caso particular del BNM, por

legítimas expectativas del inversionista pueden ser creadas por el Estado receptor de diferentes maneras:

- (i) Mediante un compromiso explícito asumido frente a un inversionista en particular; o
- (ii) Mediante promesas o compromisos de carácter general asumidos frente a todos los inversionistas o de un determinado sector económico en particular.

500. En los casos mencionados en el numeral (ii), las expectativas son generadas mediante la estabilidad y previsibilidad de la norma doméstica o mediante las garantías y compromisos asumidos por el Estado frente a los inversionistas en el respectivo APPRI²⁵⁹.

501. Debe mencionarse que en el caso de la inversionista y el BNM, las legítimas expectativas no derivan únicamente de las garantías y protecciones propias del marco normativo peruano promotor de las inversiones, de la Ley de Banca y del propio APPRI Perú – Francia, sino que estas legítimas expectativas surgen también de la propia autorización de inicio de operaciones (licencia) otorgada al BNM mediante Resolución SBS No. 1455-92 del 30 de diciembre de 1992 (ANEXO IV-2), acto administrativo que generó legítimas expectativas de estabilidad y retorno en la inversión (ver Forsyth Nota a pie de N°.12).

502. Asimismo, se puede generar una legítima expectativa en relación a diferentes situaciones:

- *La continuidad de una situación legal específica;*

ley la Administración se encontraba en la obligación de presentar a la SBS un Plan de negocios a mediano y largo plazo (ver, Grant Thornton ¶48)

²⁵⁹ En relación con la creación de legítimas expectativas, ver WEILER, Todd. “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad vs. México”. En International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May. London. 2005. p. 737. “States do not merely owe the obligation to honour their treaty obligations in perfect good faith to each other. They owe this obligation generally, as members of the international community, to anybody who derives rights or benefits from the international legal order they have created. Without the promise of good faith, the international legal order would be little more than a house of cards, upon which no certainty of action could be built” (Anexo VII-33).

- La interpretación usual de una norma jurídica por las autoridades²⁶⁰ o,
- Una *determinada y reiterada* práctica de los organismos administrativos del Estado²⁶¹.

503. En el caso del BNM, se constata que la actuación del regulador peruano del sector bancario – SBS - durante los procesos de fiscalización, intervención, disolución y liquidación del Banco, así como de otros órganos estatales como el BCR y el MEF, vulneraron las legítimas expectativas del inversionista y principios básicos de predictibilidad, consistencia y transparencia, en cuanto a:

- La modificación de la tendencia normativa para superar períodos temporales de iliquidez en el sector bancario: y
- La propia conducta de los órganos del Estado para dar cumplimiento a su normativa²⁶².

²⁶⁰ En relación a la relevancia de las modificaciones en la interpretación del marco jurídico por las autoridades competentes y la consecuente vulneración de los derechos y expectativas de los inversionistas, KRIEBAUM, Ursula, Op cit., p.21 (Anexo VII-18), señala que entre los factores a ser considerados al examinar las legítimas expectativas, es necesario preguntarse si la afectación se debe a un cambio inesperado de la ley o de su interpretación con posterioridad a que la inversión haya sido efectuada. Asimismo, resulta relevante conocer el grado de transparencia de las normas y regulaciones domésticas. Para garantizar que no se produzca una sorpresa inadecuada, las regulaciones existentes deben ser claras y llevar a resultados predecibles por el inversionista. En un sentido similar, se señala en el *Laudo Arbitral UNCITRAL International Thunderbird Gaming Corporation vs. The United Mexican States*. Separate Opinion de Thomas Walde, p.24: “Under developed systems of administrative law, a citizen – even more so an investor – should be protected against unexpected and detrimental changes of policy if the investor has carried out significant investment with a reasonable, public-authority initiated assurance in the stability of such policy. Assurance on a particular interpretation of often open-ended statute against an unexpected detrimental change of such interpretation is in this context particularly relevant”. (Anexo VI-18).

²⁶¹ En relación a la protección de las legítimas expectativas del inversionista, ver *Laudo Arbitral CIADI Waste Management II vs. México*, de 30 de Abril de 2004, señala lo siguiente: “The international standard of treatment is infringed by conduct that is attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic (...) In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonable relied on by the claimant” (Anexo VI-47).

²⁶² NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. “Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment”. Kluwer Law International. 2009. P.286. “When investors acquire rights under domestic law, the fair and equitable treatment standard will protect legitimate expectations about the use and enjoyment of these rights. This requires a basis level of stability and predictability in the legal framework. Fundamental changes in the legal framework that eviscerate legitimately acquired rights are likely to violate fair and equitable treatment”. (Anexo VII-22).

504. La actuación violatoria del estándar de trato justo y equitativo, en cuanto a las legítimas expectativas del inversionista y la transparencia y predictibilidad que requiere la inversión, se vio materializada en los siguientes actos y omisiones de los órganos del Estado Peruano:

Frustración de la operación de adquisición del Banco Financiero

505. En el mes de octubre de 2000, se presentó preliminarmente al Superintendente de Banca y Seguros el proyecto de adquisición del Banco Financiero (¶¶252-256, *supra*). En reunión informal, el Superintendente manifestó que no aprobaría esta operación si es que antes el BNM no incrementaba su capital social. Sin embargo, este requerimiento de aumento de capital así como la determinación del monto nunca fue notificado formalmente por la SBS al BNM, frustrando en la práctica la operación y las legítimas expectativas del inversionista (*Ver*, JLevy ¶¶42-46).

Falta de transparencia en la variación de la normativa y no convocatoria al inversionista

506. La estructuración del DU 108-2000-EF fue decidida por el Estado con la participación exclusiva de los grandes bancos nacionales (¶¶312 al 314, *supra*; *ver también* JLevy ¶¶67-70)²⁶³.

507. La falta de transparencia con la que se decidieron estos cambios normativos, reflejados en el DU.108-2000-EF, sin considerar el interés y la afectación económica de todos los actores directamente involucrados en la medida, particularmente el BNM, ha sido materia de sanción previa en doctrina y laudos arbitrales CIADI²⁶⁴.

²⁶³ El entonces Ministro de Economía y Finanzas del Perú, Javier Silva Ruete y el Superintendente de Banca y Seguros (SBS), Luis Cortavarría, convocaron durante la última semana de noviembre del año 2000 y a pocos días de decretarse la intervención del BNM, a una reunión de presidentes y gerentes de los bancos del sistema financiero nacional para exponerles el DU 108-2000/EF, reunión de la que fue excluido el BNM, y donde se les explicó el mecanismo para adquirir este banco.

²⁶⁴ KNOLL-TUDOR, Ioana. op. cit. “The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms”: “In *Metalclad*, the tribunal evaluated the procedure that led to the denial of a construction permit to the investor: ‘The permit was denied at a meeting of the Municipal Town Council of which **Metalclad received no notice, to which it received no invitation, and at which it was given no opportunity to**

508. El Estado debió también considerar al BNM como parte de la solución al problema temporal de liquidez, pero se optó por no considerarlo y ni siquiera se buscó conocer su posición respecto a los sustanciales cambios legales proyectados, violando las legítimas expectativas de la inversionista.

El retiro abrupto de los fondos de las empresas del Estado

509. Se produjo el retiro abrupto, sistemático y sin contar con un plan de contingencia, de los fondos dinerarios de las empresas públicas depositados en los bancos al amparo del Reglamento de Subastas de Depósitos Públicos²⁶⁵, según orden del entonces Ministro de Economía y Finanzas, Carlos Boloña Behr (*ver* ¶297 al 308, *supra*), fondos que habían sido captados válidamente por el BNM mediante el mecanismo de subasta pública.

510. Estos fondos eran legítimamente considerados por el inversionista como una importante variable en la generación de valor de la inversión.

511. La demandante no cuestiona el derecho que tiene el Estado de retirar los fondos públicos de las entidades bancarias, sino específicamente la forma intempestiva, desproporcionada y sin la existencia de un plan de contingencia con los que estos retiros se realizaron (*ver* Forsyth ¶327 al 329).

512. Los volúmenes de los retiros²⁶⁶ llevados a cabo, afectaron de manera directa la viabilidad y situación de liquidez del BNM (*ver* JLevy ¶50-51), lo que conllevó a su posterior intervención, disolución y liquidación.

appear’. Thus, one of the elements examined by tribunals in order to appreciate if foreign investors were offered due process is the availability of local remedies and the possibility to benefit from a standard of review of the decisions that concern them directly” (el resaltado es nuestro). (Anexo VII-17)

²⁶⁵ Reglamento de Subastas de Depósitos Públicos, sobre adquisición de fondos de empresas públicas (Forsyth ¶317 AL 320).

²⁶⁶ Según consta en el cuadro presentado en la página 18 del Informe Oficial de la Visita de Inspección al BNM, los inspectores de la Superintendencia de Banca y Seguros reportan que entre septiembre y octubre del 2000, los depósitos estatales retirados del BNM ascienden a S/. 66,076 mil, que resultó ser el detonante de la posterior corrida de depósitos de particulares que se dio en dicho banco a fines de noviembre 2000 y los 5 primeros días de diciembre, cuando ocurrió su Intervención. Asimismo, en el

513. El acto de retiro abrupto de los fondos públicos ordenado por el Estado (*ver* ¶297 en adelante, *supra*), implicó la violación de las legítimas expectativas de la inversión y de la necesaria transparencia y predictibilidad que se requiere en la actuación de los órganos y funcionarios estatales.

Omisión en el enfrentamiento del pánico financiero

514. Se produjo la violación del rol garantista de la SBS en el combate frontal del pánico financiero, generado por rumores que anunciaban una inminente caída del BNM, provocando una percepción de inseguridad en los ahorristas y ocasionando el retiro masivo de depósitos de particulares.

515. Debemos mencionar que la figura del pánico financiero se encuentra tipificada como delito por la legislación penal del Estado receptor (Forsyth ¶¶205-207), por lo que constituye una legítima expectativa del inversor esperar una acción y respuesta rápida, clara, firme y más diligente del organismo regulador – SBS - ante rumores de esta naturaleza a fin de mantener la estabilidad del sistema financiero²⁶⁷.

516. Este hecho constituyó una omisión grave del Estado receptor, que debió salir a neutralizar estos rumores, más aun tratándose de un sector económico especialmente sensible a este tipo de acciones, como es el sector bancario y financiero, como lo han reconocido expertos en la materia (*ver* ¶329 al 331, *supra*).

Rechazo de crédito de regulación monetaria por el BCR

punto B) “Riesgos de Liquidez”, de la página 4 del Informe de la (segunda) Visita de Inspección al BNM – DESF “A”-168-VI/2000 del 22 de noviembre de 2000, el inspector concluye: “*El Banco presenta un altísimo riesgo de liquidez al haberse presentado retiros de depósitos de montos significativos en los últimos meses, principalmente de empresas públicas*” (Anexo IV-6).

²⁶⁷ La SBS y el MEF actuaron en forma claramente discriminatoria ante el BNM, ya que ante situaciones de pánico financiero que afectaron a los bancos nacionales Banco de Crédito y Banco Wiese, sí ejercieron con firmeza y prontitud su deber de desmentir los rumores que afectaban la estabilidad del sistema (*ver* Forsyth ¶209-210).

517. En situaciones de falta de liquidez, en donde el sistema interbancario de préstamos entre bancos privados no responda a las necesidades de algún banco solicitante, el BCR tiene una función residual de cubrir picos temporales de iliquidez, siempre que, entre otros aspectos, el banco solicitante no haya excedido el número de pedidos que establece la ley (*ver* Forsyth ¶180-182, 190-192, 198 y 354-358).

518. El 5 de diciembre del año 2000 se produjo el rechazo injustificado por el BCR de una operación de redescuento o crédito de corto plazo por US\$ 12 millones aproximadamente, solicitada como medida de mitigación por los accionistas del BNM para superar la crisis de liquidez temporal que padecía el Banco (*ver* ¶345 al 353, *supra* y JLevy ¶80-81).

519. A pesar que la ley interna establece el derecho a un determinado número de operaciones de redescuento, el BCR rechazó esta operación, no obstante que los accionistas ofrecieron garantías líquidas con el objeto de superar la falta temporal de liquidez.

520. Este rechazo injustificado del BCR afectó las legítimas expectativas de la inversión y la garantía de una conducta previsible por parte de las autoridades estatales²⁶⁸, lo que generó que ese mismo día el BNM cesara sus pagos frente a la Cámara de Compensación, lo que fue la causal de intervención por parte de la SBS.

Deterioro de la cartera crediticia

521. Se encuentra acreditado que durante la gestión de la Administración del inversionista, la calidad de la cartera crediticia del BNM era

²⁶⁸ Respecto al ejercicio de la discrecionalidad, CHENG, Bin. “General Principles of Law As Applied by International Courts and Tribunals”, citado por WEILER, Todd. En “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad vs. México”. En *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, London, 2005, p.732. “...Discretion must be exercised in good faith, and the law will intervene in all cases where this discretion is abused (...) Whenever, therefore, the owner of a right enjoys a certain discretionary power, this must be exercised in good faith, which means that it must be exercised reasonably, honestly, in conformity with the spirit of the law and with due regard to the interest of others”. (Anexo VII-33).

muy superior a los índices del resto del sistema bancario (*ver* GRANT THORTON ¶¶25-26)

522. No obstante ello, el deterioro de la cartera crediticia del BNM bajo la gestión y responsabilidad exclusiva de los Interventores fue dramática, al punto de afectar en gravedad el patrimonio de la sociedad.

523. Según lo señalaron los Administradores Judiciales (ANEXO III-6), la SBS aplicó durante la intervención, políticas inadecuadas de gestión en el área de finanzas, en el área de créditos y cobranzas, así como de operacionales de sistemas y control (¶¶376-385, *supra*) que llevó a la reclasificación arbitraria de la cartera generando mayores pérdidas sustanciales.

524. Otro punto adicional es el hecho de la inexistencia de informes técnicos y legales que sustenten la reclasificación de cartera y que el Estado siempre se ha negado a brindar, inclusive en la etapa de discovery y bajo la orden de este Tribunal Arbitral.

525. Esta ausencia de documentación sustentatoria no permite analizar los criterios y procedimientos empleados caso por caso por el Interventor que justifique mayores exigencias de provisiones, que durante la gestión del Inversor no existían.

526. Debe recordarse que la SBS justificó la posterior disolución y liquidación del BNM en la supuesta insuficiencia patrimonial del BNM (¶¶446-448, *supra*) , el mismo que fue determinado por el impacto de mayores exigencias de provisiones, principalmente debido a la reclasificación arbitraria realizada por los interventores de la SBS.

527. El inversionista esperaba del Estado un estándar mínimo de diligencia que asegurase una gestión idónea y transparente del patrimonio, así como de la cartera crediticia del BNM. Dicha conducta constituía una legítima expectativa del inversionista de que la gestión de los interventores de la SBS no tuviera como resultado la afectación sustancial de la inversión.

Violación de la prelación de pagos a los acreedores

528. Se encuentra acreditada la violación del orden de prelación de pagos establecido en la ley de bancos²⁶⁹, al ordenar la SBS el pago a bancos del exterior. Estos pagos fueron efectuados en forma ilegal y no transparente, en perjuicio del interés de los ahorristas y de los accionistas del BNM, en clara contradicción con el supuesto interés público protegido por la SBS. A estos bancos extranjeros les correspondía conforme a ley el cuarto orden de prelación.

529. La transgresión por parte de los organismos del propio Estado, de las normas del sector bancario que protegen el “interés público”, violó las legítimas expectativas del inversionista, así como la obligación del Estado de mantener una actuación transparente y previsible. Se encuentra acreditada la arbitraria reclasificación de la prelación legal de pagos, efectuada por la SBS a favor de bancos del exterior, la misma que no tiene sustento y vulnera la preferencia legal de los ahorristas particulares del Banco (ANEXO IV-33, ver numeral 9, p. 16 en adelante).

A manera de conclusión en materia de legítimas expectativas y conducta estatal transparente

530. Como consecuencia del análisis de cada uno de los supuestos de hecho antes mencionados, ha quedado acreditado que las *legítimas expectativas* de la inversionista fueron afectadas por actos u omisiones del Estado.

531. La protección de las legítimas expectativas de la inversión tiene como función evitar que el Estado pretenda justificar la imposición de medidas arbitrarias y violatorias de las disposiciones del APPRI y de los derechos de la inversionista en base a un supuesto “interés público”.

²⁶⁹ El Art. 117° de la Ley de Banca, aprobada mediante Ley No. 26702, establece que: “a los créditos de los bancos del exterior les corresponde el cuarto orden de prelación – cumplimiento de otras obligaciones” (Forsyth ¶87).

532. Las medidas adoptadas por el Estado no satisfacen las condiciones mínimas de proporcionalidad entre el supuesto interés invocado, el carácter de la medida y la afectación sustancial de los derechos del particular.

533. En el presente caso, las acciones de la SBS y del BCR no cumplieron las condiciones mínimas de proporcionalidad, razonabilidad y predictibilidad, afectando directamente las legítimas expectativas de la inversión.

534. En tal sentido, el Estado Peruano no puede pretender liberarse de toda responsabilidad por su conducta arbitraria y violatoria del APPRI²⁷⁰.

535. Un elemento adicional señalado por la doctrina para que proceda la protección de las legítimas expectativas del inversor, lo constituye el concepto de *buena fe* con el que debe actuar en todo momento el inversionista ante el Estado receptor²⁷¹, como resulta ser el caso del BNM y sus inversionistas. Incluso, algunos autores y laudos arbitrales se refieren al concepto de legítimas expectativas como parte integrante del concepto más amplio de buena fe²⁷².

536. Según hemos indicado en la relación de hechos relevantes y en la prueba adjunta relacionada al Informe de la Segunda Visita del año 2000 (¶¶291-292, *supra*), el BNM al mes de octubre del mismo año, no tenía contingencias de consideración con el Estado Peruano o con cualquier otro particular que pudiera afectar su viabilidad como empresa exitosa, contando por el contrario con una situación patrimonial y una solidez superior al estándar de otros bancos del sistema (¶¶213-214, *supra*).

²⁷⁰ NEWCOMBE, Andrew. Op cit. “The character of the government measure must be a “reasonable relationship of proportionality” between a legitimate government aim and the measure in question, where the investor has suffered “an individual and excessive burden”, the measure will fail the proportionality analysis” (Anexo VII-21).

²⁷¹ NEWCOMBE, Andrew. Op. cit. “The good faith of the person claiming the expectation is also central to the inquiry. Administrative acts produced by deception and fraud will not give rise to legitimate expectations. Nor will decisions that rest upon wrong or incomplete information from the person concerned. Failure to place all cards face up on the table and disclose all relevant circumstances will render a purported expectation illegitimate” (Anexo VII-21).

²⁷² Ver, *Laudo Arbitral UNCITRAL International Thunderbird Gaming Corporation vs. The United Mexican States*. Separate Opinion de Thomas Walde: “Legitimate expectation is not explicitly mentioned in Art. 1105 or in other similar investment treaties. It is, however, considered to be part of the good faith” principle which is a guiding principle (also a general principle of international law)”. p.17 (Anexo VI-18).

537. Asimismo, hasta antes de la intervención, el BNM había conseguido posicionarse de manera creciente en el mercado bancario al situarse en el ranking de los seis primeros bancos del país en cuanto a patrimonio neto, activos y cuota del mercado (GRANT THORTON ¶¶33-34), lo que reflejaba a ese momento la realidad de un contexto comercial y un marco regulatorio propicio para el crecimiento de sus inversiones y el incremento de sus ganancias.

538. Del mismo modo, el BNM había logrado consolidar relaciones comerciales con importantes bancos del extranjero, que le proporcionaban líneas de crédito en condiciones ventajosas (JLevy ¶¶33) situación que se reflejaba en la política de captación de depósitos, ofreciendo mejores tasas activas y pasivas para competir con solidez con otros bancos extranjeros y nacionales operando en el Perú.

539. En general, las perspectivas de crecimiento del BNM en el sector eran muy favorables, como se acredita con el Informe del Perito Experto en Daños.

540. Adicionalmente, mediante Resolución Gerencial No.057-200/EF/94.50 del 1 de diciembre del 2000 (¶¶260-262, *supra*) la entidad estatal CONASEV, 04 días antes de la intervención del BNM, autorizó la emisión de acciones del BNM en la Bolsa de Valores de Lima, lo que implica que el BNM reflejaba en dicho momento una solidez patrimonial que le permitía continuar con la tendencia de crecimiento (GRANT THORTON ¶36).

541. Por esta razón, los arbitrarios actos estatales vulneraron asimismo las legítimas expectativas del inversionista de obtener financiamiento en el mercado²⁷³.

²⁷³Con fecha 20 de julio de 2000 el BNM comunicó a la Conasev la aprobación de la Primera Emisión de Bonos Hipotecarios hasta por la suma de USD 20 MM (Anexo II-26). Ello demuestra, que el BNM acudía al mercado de valores para la obtención de recursos y que dichos títulos eran absorbidos por el mercado.

542. No obstante la buena fe con la que actuaron el BNM y sus accionistas, tanto antes como durante el proceso de intervención, se produjo una afectación sustancial de forma abrupta, impredecible e inesperada de las legítimas expectativas del BNM y sus accionistas, debido al conjunto de medidas arbitrarias, injustificadas e irracionales aplicadas por la SBS contra el BNM.

543. Determinados laudos arbitrales se han referido a la relación existente entre los conceptos de legítimas expectativas del inversionista, estabilidad y marco regulatorio previsible y transparente, los mismos que a continuación pasamos a detallar:

544. En *Tecmed vs. México*²⁷⁴ el Tribunal señaló lo siguiente:

“Part of these expectations is the foreign investor’s assumptions that the State receiving the investment will act consistently, without any ambiguities, and transparently with the foreign investor so that the investor may know in advance (and thus plan its activities...) not only the rules or regulations (...) but also the policies pursued by such rules and the administrative practices or guidelines that are relevant...”

545. En *Eureko vs. Poland*²⁷⁵, se señala lo siguiente:

“This provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investment treatment that does not affect the basic expectatives that were taken into account by the foreign investor to make the investment”.

546. Del mismo modo, en el caso *Opel Austria vs. Commission* seguido ante la Corte Europea de Justicia²⁷⁶, se señala lo siguiente:

²⁷⁴ *Laudo Arbitral ICSID Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos* de 29 de mayo de 2003. Párrafo 154 (Anexo VI-42).

²⁷⁵ Ver *Laudo Eureko B.V. vs. Republic of Poland*, del 19 de agosto de 2005, Párrafo 235 (Anexo VI-14).

²⁷⁶ Ver *Laudo Opel Austria vs. Commission. Corte Europea de Justicia*. Párrafo 124 (Anexo VI-29). En el caso *VEMW vs. Directeur DUTE* seguido ante la Corte Europea de Justicia se señala lo siguiente: “With regard to the principle of legal certainty, this requires in particular that rules involving negative consequences for individuals should be clear and precise and their application predictable for those subject to them.”

“According to the case-law, moreover, Community legislature must be certain and its application foreseeable by individuals. The principle of legal certainty requires that every measure of the institutions having legal effects must be clear and precise and must be brought to the notice of the person concerned in such a way that he can ascertain exactly the time at which the measure comes into being and starts to have legal effects.

That requirement of legal certainty must be observed all the more strictly in the case of a measure liable to have financial consequences in order that those concerned may know precisely the extent of the obligation which it imposes on them”

547. Al respecto, **Yannaca-Small** se pronuncia en relación al Laudo Arbitral *Parkerings vs. Lituania* así como al derecho del inversionista a contar con un marco legal estable y predecible y su relación con las legítimas expectativas del inversionista²⁷⁷.

548. En el presente caso, las legítimas expectativas del inversionista, en cuanto a recibir protección y respaldo del ente regulador – SBS, salvaguardando con ello la estabilidad del sistema ante el fomento injustificado del pánico financiero, fueron claramente afectadas ante la grave omisión de la SBS para salir a dar los necesarios y urgentes mensajes de tranquilidad al mercado, a diferencia de lo ocurrido en otros casos de bancos nacionales (§§334-337, *supra*)

549. Por otro lado, como ha quedado acreditado, en situaciones de crisis de liquidez en el mercado financiero, como la producida en el año 2000 en el Perú, debido a la crisis política generada por el propio Estado, constituye una legítima expectativa de todo inversionista, poder acudir a alternativas de obtención de liquidez ofrecidas por el Estado en su función de garante de la estabilidad del sistema bancario y financiero.

²⁷⁷ YANNACA-SMALL, Katia. “Fair and Equitable Treatment Standard – Recent Developments”. En Standards of Investment Protection. A. Reinich. Ed. Oxford University. 2008. p.128. “On the other hand it is recognized the right of the investor to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment and the right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances.” (Anexo VII-34).

550. En definitiva, la actuación del Estado, al ejecutar actos violatorios de principios y normas básicas del sistema jurídico peruano y de compromisos internacionales, vulneró las legítimas expectativas de la inversión.

551. Asimismo, las medidas vulneraron las mínimas condiciones de transparencia y predictibilidad en la actuación del Estado que requiere la inversión, el estándar de trato justo y equitativo y las disposiciones del APPRI Perú - Francia, siendo por ello sancionables por el Derecho Internacional²⁷⁸.

1.2 Garantía de estabilidad jurídica y de un marco normativo transparente

552. Resulta evidente que la garantía de un marco regulatorio transparente, así como la propia actuación transparente de los funcionarios públicos, constituye un importante elemento para la creación de un clima previsible, estable y seguro para la inversión extranjera²⁷⁹.

553. A nivel de los procesos arbitrales CIADI, el Laudo Arbitral *Metalclad vs. México*²⁸⁰, señaló que la falta de un marco transparente y predecible

²⁷⁸ KNOLL-TUDOR, Ioana. “The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms”. op. cit. “(...) There are expectations that are presumed legitimate. In *Saluka*, the tribunal noted that ‘the expectations of the foreign investor certainly include the observation by the host State of such well-established fundamental standards as good faith, due process, and non-discrimination. A link may be drawn between the concept of legitimate expectations and transparency on the one hand and the good faith principle on the other. The non-observance of the investors’ legitimate expectations is often a result of a lack of transparency or of good faith of the host state” (Anexo VII-17).

²⁷⁹ Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). “Fair and Equitable Treatment. En Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, p.146. “El concepto de transparencia se superpone con el de trato justo y equitativo en, al menos, dos formas, importantes. En primer lugar, la transparencia puede ser requerida, como un tema de procedimiento, por el concepto de trato justo y equitativo. Si las leyes, las decisiones administrativas y otras medidas vinculantes han de ser impuestas a un inversionista extranjero por un Estado anfitrión, la justicia exige que tales circunstancias le sean informadas antes de que estas le sean impuestas. Esta interpretación sugiere que cuando un tratado de inversión no consagra expresamente la transparencia, pero sí lo hace en relación con el trato justo y equitativo, la transparencia se encuentra implícitamente incluida en el tratado.”. (Anexo VII-6).

²⁸⁰ *Laudo CIADI Metalclad Corporation vs. México*, del 30 de agosto de 2000 (Anexo VI-24). Asimismo, el *Laudo CIADI CMS Gas Transmission Company vs. Argentina*, del 12 de mayo de 2005, par. 274, señala: “there can be no doubt that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment” (Anexo VI-7) y el *Laudo CIADI Técnicas Medioambientales Tecmed SA vs. México*, del 29 de mayo de 2003 que señala: “(the investor needs to) know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and

para la planeación de negocios e inversiones de Metalclad, constituyó una violación del trato justo y equitativo:

“Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad’s business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA”.

554. **Newcombe y Paradell**²⁸¹, se refieren a los principales elementos vinculados a la obligación de un marco estable y una actuación transparente por parte de los funcionarios y entidades estatales frente a la inversión, entre los que podemos mencionar:

- Necesidad de publicación y requisitos de notificación de nuevas leyes, reglamentos y políticas;
 - Garantía de una oportunidad razonable para que los inversionistas puedan comentar las nuevas leyes, reglamentos o políticas; y,
 - Aplicación justa y transparente de las nuevas leyes, reglamentos y políticas.
- Asimismo, señalan:

“... where changes to the legal framework would result in changing the terms of an acquired right (such as a business license or permit or changing a royalty rate under a concession), **due process requirements of notification and an opportunity to be heard will apply**” (el resaltado es nuestro).

555. Otros autores señalan igualmente como condición necesaria de garantía de estabilidad jurídica, de un marco normativo transparente y del Estado de Derecho, la *necesaria participación de los eventuales afectados por la futura medida estatal*, en el proceso de toma de decisión gubernamental, a fin que el

administrative practices and directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations” (Anexo VI-42).

²⁸¹ NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. “Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment”. Kluwer Law International, 2009. p.291 (Anexo VII-22).

inversionista pueda manifestar su posición, ante las alegaciones de la administración²⁸².

556. Al respecto, el Laudo Arbitral *Emilio Agustín Maffezini vs. España*²⁸³, establece lo siguiente:

“..the lack of transparency with which this loan transaction was conducted is incompatible with Spain’s commitment to ensure the investor a fair and equitable treatment...”

557. Asimismo, en el Laudo Arbitral *LG&G Energy vs. Argentina*, se señaló que el estándar de trato justo y equitativo consiste en la *conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado*, que conlleva a su vez la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad jurídica²⁸⁴.

558. En el presente caso, el MEF es el organismo del Poder Ejecutivo de la República del Perú encargado de la política macroeconómica y regulación del sistema bancario y financiero. Tiene prerrogativas exclusivas soberanas en la expedición de normas y reglamentaciones que, entre otros, regulen procesos temporales de iliquidez.

²⁸² KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan. En “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”. En: 50 Years of the New York Convention. ICCA International Arbitration Conference. Kluwer Law International, 2009, p.24-26. “With respect to administrative procedure, in particular concerning the granting, renunciation or renewal of operating licenses, fair and equitable treatment typically requires national administrators to grant foreign investors a fair opportunity to put forward their case, conduct proceedings in a rationale and comprehensible fashion, and give reasons to their decisions. A right to a fair hearing and a right to participation in administrative proceedings (...) Fair and equitable treatment requirements may prompt national administrative agencies to give reasons for their decisions and to base these decisions on sufficient factual evidence. (...) The requirement to supply sufficient evidence also results in a duty to conduct fact-finding and to verify evidence before a final decision is taken. Furthermore, the requirement to give reasons aims at facilitating the legal review of an administrative decision (...). Overall, fair and equitable treatment requires that domestic administrative proceedings, like judicial proceedings, conform to standards that are derived from process-oriented understanding of legality and good governance. (...) and more broadly (this standard) ought to prompt States to adapt their domestic legal orders to standards that are internationally accepted as conforming to the concept of the rule of law”. (Anexo VII-16).

²⁸³ *Laudo CIADI Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*, del 13 de noviembre de 2000. Párrafo 83 (Anexo VI-11).

²⁸⁴ *Laudo CIADI LG&G Energy vs. Argentina*, del 3 de octubre de 2006. Párrafo 131 (Anexo VI-21).

559. Asimismo, la SBS tiene como misión proteger los intereses del público, cautelando la estabilidad, la solvencia y la transparencia de los sistemas supervisados²⁸⁵.

560. La actuación violatoria del estándar de trato justo y equitativo por la República del Perú²⁸⁶, por la violación de la garantía de estabilidad jurídica y de mantener un marco normativo transparente, se ha producido por los siguientes actos de los órganos estatales:

Tendencia legislativa del Estado frente a problemas de liquidez

561. El DU 108-2000-EF, implicó la imposición de mecanismos de fusión en los que la banca chica no tenía otra opción que transferir sus activos a la banca grande (¶315-318, *supra*) no obstante que en el caso del BNM, se encontraba acreditada la fortaleza patrimonial para seguir desarrollándose en el sistema.

562. Por otro lado, el DU 108-2000-EF implicó también la imposición de mecanismos de fusión en los que la banca chica no tenía otra opción que transferir sus activos a la banca grande, sin tener en cuenta criterios de eficiencia y rentabilidad del absorbente. Ambas situaciones descritas, implicaban que el BNM perdiera su cuota de participación en el mercado bancario.

563. En esencia, el cambio de la tendencia del Estado va en contra de los mecanismos para afrontar problemas de liquidez en el sistema, llevados a cabo durante los años 1997 y 1999 en el Perú (Forsyth ¶281)

²⁸⁵ Ver Portal de la SBS en <http://www.sbs.gob.pe>.

²⁸⁶ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO ROMERO, Álvaro. “Arbitraje y Contratos de Concesión: Aplicación del Trato Justo y Equitativo como Garantía de las Inversiones a la luz de la reciente Jurisprudencia de los Tribunales CIADI”. En *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p.913. “Las obligaciones bilaterales internacionales asumidas por el Estado Peruano contienen expresamente la observancia al trato justo y equitativo que deberá ser garantizado frente a todo inversionista extranjero protegido por un TBI que contenga una cláusula reconociendo dicho principio. Implica que el Estado Peruano deberá cumplir con condiciones que rijan su proceder, es decir, debe actuar de manera coherente, justa, razonable, imparcial, previsible, transparente, sin ambigüedades y no errónea”. (Anexo VII-25).

Falta de transparencia en la variación sustancial de la normativa vigente

564. Como ha sido mencionado, la estructuración del DU 108-2000-EF fue decidida por el Estado con la participación exclusiva de los grandes bancos nacionales (§312, *supra*)

565. La falta de transparencia y actuar discriminatorio con los que se decidieron estos cambios normativos, reflejados en el DU.108-2000-EF, sin considerar el interés y la afectación económica de todos los actores involucrados como consecuencia de la medida, particularmente del BNM, fue materia de pronunciamientos previos en doctrina y laudos arbitrales CIADI.

566. El Estado debió también considerar al BNM como parte de la solución al problema temporal de liquidez, pero se optó por no considerarlo.

567. Debe mencionarse que, una vez culminada esta reunión en el Ministerio de Economía y Finanzas, de la que se excluyó al BNM y luego que se hizo de conocimiento público, arreciaron los retiros de depósitos de particulares en el BNM (§319, *supra*; ver también: JLevy §71) que las propias empresas públicas habían iniciado semanas antes con sus retiros sistemáticos.

568. La violación de la obligación de mantener la estabilidad del marco normativo del sector bancario y financiero sin una justificación válida, favoreciendo de manera poco transparente a determinadas empresas del sector en detrimento directo de otras, perjudicando con ello al BNM, es una clara evidencia de la vulneración de la garantía de estabilidad jurídica y transparencia²⁸⁷.

Vulneración en la prelación de pagos a los acreedores

²⁸⁷ Respecto a la estabilidad y transparencia normativa y la afectación de los inversionistas, WEILER, Todd. "Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad vs. México". En International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law. Cameron May. London. 2005. p. 738. "The principle of good faith thus operates to mandate regulatory transparency in a manner not too dissimilar from the manner in which it mandates responsibility for detrimental reliance. Rather than involving responsibility for a specific promise to a specific investment, the obligation to provide a transparent and predictable regulatory environment is a general promise made to international investors at large. It is as deserving of protection as the specific promise because it is a foundational element of the investment decision." (Anexo VII-33).

569. Durante el proceso de intervención de la SBS, se acredita la violación del orden de prelación de pagos establecido en la ley de bancos.

570. El interventor de la SBS procedió a disponer del patrimonio de la sociedad, al ordenar los interventores el pago a bancos del exterior, pagos que se efectuaron en forma ilegal, no transparente y en abierta transgresión del interés público protegido por la propia ley del sistema bancario y financiero del Perú²⁸⁸ (ver, ¶529, *supra*).

Desacato a órdenes judiciales firmes

571. Se violó asimismo la estabilidad jurídica, al no respetar y acatar el Poder Ejecutivo – SBS - las Resoluciones emitidas por el Poder Judicial, que ordenaban la restitución del derecho de los accionistas del BNM a recuperar su participación efectiva en el capital social del Banco.

572. Resoluciones judiciales que no obstante estar vigentes y efectivas, fueron desconocidas por la SBS, en la medida que siguieron invocando la reducción de capital a cero (S/. 0.00) para justificar el seguir adelante con el proceso de disolución y liquidación del BNM²⁸⁹, en afectación directa a la inversión.

²⁸⁸ El Art. 117 de la Ley de Banca, aprobada mediante Ley No. 26702, establece que: “a los créditos de los bancos del exterior les corresponde el cuarto orden de prelación – cumplimiento de otras obligaciones” (Forsyth ¶87).

²⁸⁹ Mediante Resolución SBS No. 509-2001 del 28 de junio de 2001 (Anexo IV-25), la SBS modificó el estatuto social del BNM, reduciendo su capital social a S/. 0.00 (cero con 00/100 nuevos soles), despojando mediante un acto administrativo a los propietarios del BNM de su condición de accionistas. Contra la Resolución SBS No. 509-2001, el accionista mayoritario del BNM (Nuevo Mundo Holding SA) interpuso una acción de amparo, en la cual, mediante sentencia del 63° Juzgado Civil de Lima del 23 de octubre de 2002, confirmada por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución del 11 de agosto de 2003 (Anexo III-7 y III-8 respectivamente), se declaró inaplicable al BNM dicho acto administrativo, por ser ilegal e inconstitucional, reconociéndose los derechos de los accionistas del BNM. Sin embargo, a pesar de la existencia de estas Resoluciones Judiciales, la SBS emitió la Resolución SBS No. 775-2001 (Anexo IV-26), ordenando la disolución y liquidación del BNM, acto claramente arbitrario y contrario al Estado de Derecho, dado que se basó en la Resolución No. 509-2001, a pesar que ésta, por haberlo declarado así una sentencia con calidad de cosa juzgada, carecía de efectos legales respecto al BNM. En consecuencia, es claramente arbitrario, ilegal y violatorio de la estabilidad jurídica necesaria para la inversión, que la SBS, fundamentándose en la Resolución No. 509-2001, haya emitido una resolución ordenando la disolución y liquidación de un banco del sistema financiero como es el BNM. (ver Forsyth ¶¶351-352 y 362)

573. Lo mismo puede ser señalado respecto al reiterado desacato de la SBS, durante su vigencia, de diversas resoluciones que le ordenaban entregar a los accionistas del BNM información relativa al proceso de liquidación del Banco (JLevy ¶8, *ver también* la abundante documentación judicial adjuntada a la Solicitud de Medida Provisional de Entrega de Información) constituyendo una violación de la estabilidad jurídica.

Actos extralegales contra el BNM

574. Finalmente, un elemento adicional que en el contexto de todos los hechos descritos anteriormente consideramos necesario que el Tribunal tenga en cuenta, es el hecho de la existencia de actuaciones estatales con intenciones subalternas, extralegales.

575. Se encuentra acreditado que bajo el pretexto de afrontar un problema temporal de liquidez y con ello proceder con la implementación de una política de reordenamiento del sistema bancario y financiero, salieron a la luz pública intenciones claras de altos funcionarios del Poder Ejecutivo del Estado peruano (nos referimos al video del Sr. Carlos Boloña Behr, entonces Ministro de Economía y Finanzas) para forzar indebidamente la salida de la denominada banca chica del sistema, afectando entre otros, al BNM (*ver* Video adjunto a Solicitud de Registro).

576. En general, los actos descritos en los párrafos anteriores vulneraron el estándar de trato justo y equitativo, al violarse la *estabilidad jurídica y la actuación transparente del Estado*, en la medida en que mediante una interpretación razonable de la ley doméstica pre-existente a la crisis temporal de liquidez del BNM, no era predecible para la inversionista una variación de esa naturaleza del marco normativo, ni el actuar errático de altos funcionarios de la República del Perú frente al inversionista.

1.3 Garantía contra actos estatales arbitrarios o discriminatorios y contra el abuso de los poderes gubernamentales

577. La jurisprudencia arbitral define un acto o medida estatal *arbitraria* como una que depende de la mera discrecionalidad del funcionario estatal y que se aleja, sin una justificación válida, del tratamiento ordinario o usualmente otorgado a la inversión y que un razonable hombre de negocios esperaría²⁹⁰.

578. En el *Laudo CIADI Tza Yap Shum vs. República del Perú*, se estableció en forma clara la relación que existe entre un acto arbitrario estatal y el ejercicio irrazonable de facultades discrecionales²⁹¹.

579. De igual forma, la doctrina incluye dentro del *concepto de arbitrariedad*, la manifiesta impropiedad de la medida estatal, la ausencia de un objetivo o propósito estatal legítimo, la discrecionalidad desproporcionada al punto de ser considerada como caprichosa, la actuación de mala fe, la seria ausencia del debido proceso en la adopción de la decisión estatal o simplemente las medidas gubernamentales no racionales o no proporcionales²⁹².

²⁹⁰ *Laudo CIADI Técnicas Medioambientales Tecmed SA vs. México*, de 29 de mayo de 2003, el Tribunal Arbitral define el acto estatal arbitrario como: "...presenting insufficiencies that would be recognised (...) by any reasonable and impartial man, or although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because... it shocks, or at least, surprises, a sense of juridical propriety". Par. 154 (Anexo VI-42). Asimismo, ver *Laudo CIADI Loewen Group Inc and Raymond Loewen vs. United States of America*, de 26 de junio de 2003, haciendo referencia al caso *ELSI*, se menciona lo que sigue sobre el acto arbitrario: "...it is not so much something opposed to a rule of law (...) It is willful disregard of due process of law, an act that shocks, or at least surprises a sense of judicial propriety". Par 131 (Anexo VI-43).

²⁹¹ *Laudo Tza Yap Shum vs. República del Perú*, de 7 de julio de 2011: "El Tribunal entiende que los ejecutores coactivos gozan de cierta discrecionalidad en la selección y aplicación de las medidas, pero la discrecionalidad exige una decisión informada, justificada, razonada, particularmente cuando la discreción se ejerce bajo la orden de no "afectar la capacidad operativa del deudor" y "La Constitución y las leyes peruanas exigen que los funcionarios públicos ejerzan su discreción de forma razonable y prudente en el interés del Estado y de los derechos de sus ciudadanos. Estos principios del derecho peruano son consistentes con los principios aplicables del derecho internacional que respetan y protegen la conducta de las autoridades administrativas o entidades regulatorias ejercida de buena fe y que requieren el pago de compensación cuando acciones u omisiones arbitrarias o discriminatorias del Estado perjudiquen la propiedad o los intereses económicos de un nacional de otro Estado. La ausencia o denegación de recursos legales con los cuales oponerse puede confirmar su carácter arbitrario o discriminatorio". Párrafos 139 y 194, respectivamente (Anexo VI-40).

²⁹² NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. op. cit. p.303 (Anexo VII-22).

580. La prohibición de la arbitrariedad en la actuación estatal, ha sido también materia de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional Peruano²⁹³.

581. Por otro lado, el laudo *Saluka vs. República Checa*, estableció tres requisitos básicos que deben cumplirse para que se produzca un *acto o medida estatal discriminatoria*:

- (i) Existencia de casos similares;
- (ii) Tratamiento diferenciado ante dichos casos similares; e
- (iii) Inexistencia de una justificación razonable para el trato diferenciado²⁹⁴.

582. Resulta irrelevante en la determinación de un acto estatal discriminatorio y la violación del estándar de trato justo y equitativo, la existencia o inexistencia de una intención estatal de discriminar al inversionista, siendo lo esencial en este análisis los *efectos* discriminatorios de la medida²⁹⁵.

583. Finalmente, es importante mencionar que al encontrarnos ante un acto estatal *prima facie* expropiatorio y ante empresas similares, la carga de la prueba recae en el Estado receptor, a efectos de probar que no se ha producido un acto de discriminación²⁹⁶.

²⁹³ RUBIO CORREA, Marcial, en “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Lima. PUCP. 2005. p.170. “(El principio de interdicción de la arbitrariedad) consiste en que los órganos del Estado deben vedar la conducta del poder estatal que actúe con arbitrariedad (...) Arbitrariedad es lo contrario a la justicia, al derecho, a una fundamentación objetiva y a la congruencia con la realidad. El poder del Estado debe actuar en todo momento con respeto por sus atribuciones y sin exceder el poder, sin utilizarlo para afectar los derechos de las personas y sin arrogarse atribuciones de las que carece. Si lo hiciera, el principio establece que la acción será ilegal”. (Anexo VII-24).

²⁹⁴ Laudo *UNCITRAL Saluka Investments Bv vs. Czech Republic*, del 17 de marzo de 2006, par. 313 (Anexo VI-35).

²⁹⁵ Laudo *CIADI LG&G Energy Corp. vs. Argentina*, del 3 de octubre de 2006, párrafo 146 (Anexo VI-21).

²⁹⁶ Laudo *Nycomb Synergetics Technology Holding AB vs. Latvia*, del 16 de diciembre de 2003: “in accordance with established international law, the burden of proof lies with the Respondent to prove that no discrimination has taken or is taking place”. Par. 64 (Anexo VI-28).

584. Tomando en consideración lo anterior, la violación del estándar de trato justo y equitativo por el Estado Peruano se ha producido por la comisión de los siguientes actos arbitrarios y/o discriminatorios:

Irregular práctica de contabilidad

585. Aplicación ilegal y arbitraria de la normatividad contable internacional (NICs) por parte de los interventores de la SBS, en relación al registro de mayores exigencias de provisiones establecidas en el año 2001, pero aplicadas al cierre del ejercicio del año 2000, vale decir, con efecto retroactivo²⁹⁷.

586. De esta manera, el Interventor no se encontraba amparado por una norma que le permitiera en régimen de intervención bancaria, cerrar los balances del ejercicio contable del año 2000 con posterioridad al 31 de diciembre (Forsyth ¶339). Mas grave aún resulta que, además procedió concientemente a efectuar reajustes negativos en el patrimonio del BNM hasta el mes de junio del año 2001 (*ver* Choque ¶27-33), transformando un patrimonio neto que era positivo antes de la intervención, en uno negativo, en menos de un mes.

Deterioro deliberado de la cartera de créditos

587. Según ha sido mencionado se encuentra acreditado que durante la gestión de la Administración del inversionista, la calidad de la cartera crediticia del BNM era muy superior a los índices del resto del sistema bancario (¶213, *supra*)

588. No obstante ello, el deterioro de la cartera crediticia del BNM bajo la gestión y responsabilidad exclusiva de los Interventores fue dramática al punto de afectar en gravedad el patrimonio de la sociedad.

²⁹⁷ Mediante esta ilegal práctica, los interventores cargaron retroactivamente en el ejercicio contable del año 2000 ajustes patrimoniales negativos que fueron calculados y procesados en julio de 2001, afectando artificialmente el resultado económico del BNM para el ejercicio del año 2000 (¶¶415-421, *supra*).

589. En efecto, según lo señalaron los Administradores Judiciales (ANEXO III-6), la SBS aplicó durante la intervención políticas inadecuadas de gestión en el área de finanzas, en el área de créditos y cobranzas, así como de operacionales de sistemas y control (¶¶376-381, *supra*) que llevó a la reclasificación arbitraria de la cartera generando mayores pérdidas sustanciales

590. Otro punto adicional es el hecho de la inexistencia de informes técnicos y legales que sustenten la reclasificación de cartera y que el Estado siempre se ha negado a brindar, inclusive dentro del procedimiento del discovery y bajo la orden de este Tribunal Arbitral.

591. Esta ausencia de documentación sustentatoria no permite analizar los criterios y procedimientos empleados caso por caso por el Interventor que justifiquen mayores exigencias de provisiones, que durante la gestión del Inversor no existían, lo que incrementa el carácter arbitrario del acto estatal.

592. Debe recordarse que la SBS justificó la posterior disolución y liquidación del BNM en la supuesta insuficiencia patrimonial del BNM (¶¶446-448, *supra*) la misma que fue determinada por el impacto de mayores exigencias de provisiones, principalmente por la arbitraria reclasificación realizada por los interventores²⁹⁸.

Rechazo de crédito de regulación monetaria solicitado al BCR

593. Según ha sido mencionado (¶¶338-344, *supra*) en situaciones de falta de liquidez, en donde el sistema interbancario de préstamos entre bancos privados no responda a las necesidades de algún banco solicitante, el BCR tiene una función residual en cuanto a cubrir picos temporales de iliquidez y garantizar la estabilidad del sistema bancario y financiero (*ver*, Forsyth ¶¶108, 110, 122, 128 - 129, 140, 354 y 356 - 357).

²⁹⁸ Debe señalarse que la aplicación de políticas crediticias y operacionales inadecuadas por los interventores, afectando el patrimonio del BNM, significó asimismo la violación de la **garantía de una conducta diligente por parte de los órganos estatales** y de los funcionarios públicos en relación a la inversión, elemento que es también considerado parte esencial del análisis del cumplimiento del estándar de trato justo y equitativo por el Estado receptor (el resaltado es nuestro).

594. El BNM no habiendo agotado el número de pedidos que establece la norma, solicitó un redescuento bancario por la suma de US\$ 12 millones aproximadamente, siendo éste rechazado arbitrariamente bajo criterios propios de la banca privada y no en ejercicio del rol estabilizador del sistema, no obstante haber ofrecido garantías líquidas al BCR con miras a superar su falta temporal de liquidez.

Propuesta de fortalecimiento patrimonial desatendida

595. Rechazo arbitrario de una operación de aumento de capital e incorporación de socio estratégico, ofrecida por los accionistas del BNM ante el MEF para fortalecer el patrimonio del banco y salir del Régimen Temporal del Programa de Consolidación del Sistema Financiero (¶¶441-445, *supra*). El BNM nunca recibió una respuesta a dicho ofrecimiento.

Reducción del capital social a cero (S/.0.00) del BNM

596. La arbitraria, ilegal e inconstitucional reducción del capital social del BNM a cero (S/.0.00), impuesta por la SBS, sobre la cual, posteriormente la SBS fundamentó la disolución y liquidación del BNM (¶422, *supra*), afectando de manera indirecta al inversionista al excluir a NMH de su condición de accionista, como ha sido declarado en doble instancia por el propio Poder Judicial peruano²⁹⁹.

Declaración de Disolución del BNM sin contar con una valorización total del patrimonio

597. La arbitrariedad de la SBS se evidencia igualmente al haber declarado la Disolución del BNM fundamentándose en un Informe contable, para determinar la inviabilidad del BNM.

²⁹⁹ Respecto de las resoluciones judiciales que declararon inaplicable al BNM por inconstitucional, *ver*: Resolución SBS No. 509-2001 sobre reducción de capital a cero. El Poder Judicial, al declarar inconstitucional la Resolución SBS No. 509-2001, determinó, en todas sus instancias, que la SBS, mediante la reducción del capital social a cero del BNM, afectó el derecho de propiedad y el derecho económico de los accionistas del BNM a participar del remanente del patrimonio del BNM que pudiera resultar de su liquidación (Forsyth ¶362).

598. La SBS, de manera ilegal, basó la declaración de Disolución del BNM únicamente en un informe elaborado por *Arthur Andersen*, en cuya introducción se expresa que no constituye una valorización del negocio (§451-452, *supra*) informe que fue revisado por PwC en su aspecto metodológico (§461, *supra*)

599. Dicho informe no era otra cosa que un “Procedimiento Convenido” (ANEXO I-3), para una operación privada y bajo condiciones pre-establecidas entre el BNM en Intervención y el Banco Interamericano de Finanzas –BIF- para la operación de transferencia de un bloque patrimonial del BNM. Esta grave arbitrariedad de la SBS violó el estándar de trato justo y equitativo establecido en el APPRI³⁰⁰.

Omisión del Estado de su deber de actuar con diligencia y el tratamiento diferenciado por parte de la SBS y del MEF

600. Nos referimos a la omisión grave de la SBS y del BCR en su deber de colaborar y actuar con diligencia en la búsqueda de alternativas de liquidez temporal para el BNM, a diferencia de su actuación preferencial frente a otros bancos (Banco Wiese y Banco Latino), que afrontando situaciones de crisis de liquidez se beneficiaron con procesos de salvataje directos por parte del Estado Peruano (ANEXO I-7) lo cual evidencia un tratamiento estatal diferenciado desde el punto de vista del derecho internacional y las protecciones concedidas por el APPRI.

601. En el caso del BNM, por parte del MEF, por intermedio del FONAFE, se procedió al retiro abrupto e indiscriminado, sin plan de contingencia, de fondos de las empresas estatales del sistema financiero, cuyo impacto relativo en el BNM fue significativamente mayor y desproporcionado con

³⁰⁰ Respecto de las conductas estatales arbitrarias y de abuso de autoridad, violatorias de los estándares internacionales de protección a la inversión, WEILER, Todd. En “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad vs. México”. En *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May. London, 2005. p. 733. “whether one refers to the concept of “abuse of right”, “abuse of authority” or a failure to provide “fair and equitable treatment”, international law prohibits State officials from exercising their authority in an abusive and discriminatory manner. The tell-tale sign of the kind of State conduct which attracts such liability is an apparently arbitrary, capricious and/or overtly discriminatory governmental action which causes damage to a foreign investment”. (Anexo VII-33).

relación al impacto en otros bancos de su mismo nivel de negocios (¶¶299 y 301, *supra*)

Omisión en el enfrentamiento del pánico financiero

602. Se encuentra acreditado que una obligación consustancial al ejercicio de las funciones de la SBS en calidad de regulador del sistema bancario y financiero resulta ser el mantener la estabilidad del sistema (Forsyth ¶¶21, 24, 26, 209 y 358).

603. En tal medida la omisión deliberada, no solo de salir al mercado y mantener la tranquilidad de los ahorristas en el BNM, así como de perseguir a aquellos que originaban los infundados rumores de una posible intervención, constituyen actos arbitrarios de la SBS.

604. Finalmente, como última referencia a la sub-categoría descrita en el presente punto, nos referiremos a los **actos de abuso de poder gubernamental**.

605. Entre estos actos del Estado podemos mencionar los siguientes:

No acceso a medios de impugnación o apelación en la ley doméstica

606. Como se describe a continuación, de la naturaleza misma de las actuaciones del MEF y de la SBS, no existe en la ley peruana un remedio a nivel del procedimiento administrativo y judicial eficiente e inmediato, que el inversionista pueda emplear para buscar neutralizar los efectos de las siguientes medidas:

(i) *Retiro de fondos de las empresas públicas por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.* Al ser un acto de administración estatal, no puede ser cuestionado en la práctica, no obstante los considerables efectos negativos en la viabilidad del negocio bancario.

(ii) *Impugnación contra los actos del Interventor en el proceso de deterioro de la cartera del BNM.* La documentación que sustenta la actuación del interventor es hasta la fecha desconocida por el inversionista, no obstante la orden del Tribunal Arbitral, por lo que no tiene posibilidad de cuestionarlo y es claramente un acto de abuso de poder gubernamental. Por otro lado, no existe en la ley peruana remedio alguno para cuestionar la gestión financiera del interventor, ya sea ante la SBS y/o ante el Poder Judicial.

(iii) Resolución SBS No. 885-2000 (ANEXO IV-15) firmada por el Superintendente, que declara la Intervención del BNM. No existe remedio de impugnación a nivel administrativo en la ley peruana³⁰¹.

(iv) Resolución SBS No. 509-2001 (ANEXO IV-25) firmada por el Superintendente, que procedió a la reducción del capital social del BNM a cero (S/.0.00), la misma que fuera tomada en cuenta para justificar la Resolución de Disolución del BNM. No existe remedio de impugnación a nivel administrativo en la ley peruana.

(v) Resolución SBS No.775-2001 (ANEXO IV-26) firmada por el Superintendente, que declara la Disolución del BNM. No existe remedio de impugnación a nivel administrativo en la ley peruana.

607. En efecto, las medidas antes descritas no tienen en derecho administrativo un procedimiento de apelación ante la propia SBS (Forsyth ¶ 67 y 80). La única opción del inversionista es recurrir a un procedimiento judicial, pero que aún así, no resulta ser una solución eficiente, adecuada ni inmediata. Con relación a la medida del MEF de retirar abruptamente los fondos de empresas

³⁰¹ El artículo 370° de la Ley de Banca señala lo siguiente: “*Contra la resuelto por el Superintendente podrá interponerse demanda contenciosa administrativa, la que deberá ser presentada dentro de los 15 días hábiles computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación*”. En otras palabras, las resoluciones administrativas firmadas por el Superintendente no son impugnables a nivel del proceso administrativo, sino tan solo cuestionarlo a nivel del Proceso Judicial denominado Proceso Contencioso Administrativo. Este artículo fue derogado en el año 2003, posterior a los hechos que el BNM cuestionó a nivel judicial.

públicas, por tratarse de un acto de gestión del Estado, no es un impugnabile ni en la vía administrativa ni por medio de un proceso judicial.

608. Acreditada la inexistencia de un remedio a nivel del proceso administrativo para cuestionar la Resoluciones de la SBS firmadas por el Superintendente, la existencia de únicamente un mecanismo *procesal judicial*, por sus propias características, resulta ser ineficiente para neutralizar los efectos **adversos generados contra la confianza** que se requiere del mercado, en relación a la solvencia y continuidad de las operaciones del BNM.

609. Asimismo, en relación a lo anterior, el proceso judicial en el Perú no es un medio de solución eficiente para contrarrestar los efectos adversos de las graves medidas adoptadas por la SBS contra la inversión, por las siguientes razones:

- (i) Los procesos judiciales son públicos y con ello la afectación de la confianza en la gestión y credibilidad del inversionista, lo cual es irreversible ante el mercado.
- (ii) Se encuentra demostrado que el proceso judicial interpuesto por los accionistas del BNM, denominado *Proceso Contencioso Administrativo* duró 6 años aproximadamente. La doctrina no solo se limita a señalar que el Estado debe ofrecer remedios de impugnación, sino que estos deben ser oportunos y eficientes.
- (iii) Se encuentra acreditado que la resolución judicial expedida por la Sala de la Corte Suprema de Justicia fue una resolución “*injusta*”, no fue “*adecuada*”, ni “*eficaz*”³⁰², vulnerando el estándar de protección y seguridad plenas (¶¶ 690 en adelante, *infra*).
- (iv) Conforme a la Ley de Banca, los derechos y bienes adquiridos por terceros de buena fe durante el régimen de intervención, no son objeto de

³⁰² *Laudo CIADI Tza Yap Shum vs. República del Perú*, del 7 de julio de 2011, párrafo 238 (Anexo VI-40).

impugnación judicial³⁰³, lo que evidencia la inexistencia de un medio de impugnación contra los actos de disposición del patrimonio y con ello, la pérdida efectiva del activo protegido por el APPRI Perú - Francia.

Irregular práctica contable de cierre de balance

610. El registro de mayores exigencias de provisiones con efecto retroactivo, se encontraba en clara transgresión de las normas internacionales de contabilidad, lo que afectó negativamente el patrimonio del BNM, al punto de justificar la posterior disolución y liquidación del BNM.

611. Lo anterior puede considerarse como un acto de abuso de poder gubernamental, contrario a un Estado de Derecho³⁰⁴, al encontrarse el BNM intervenido y bajo la gestión en manos de los interventores de la SBS.

612. En otras palabras, teniendo el Estado el control exclusivo de la gestión del BNM, registra retroactivamente mayores pérdidas, afectando la propiedad que gestiona, cuyo titular es un inversionista protegido por el APPRI Perú - Francia.

Desacato de órdenes judiciales firmes

613. De igual forma, una serie de incumplimientos a mandatos judiciales constituyen actos de abuso de poder gubernamental sancionados por el APPRI, relativos a:

³⁰³ Vigésimo séptima Disposición Final y Complementaria de la Ley de Banca, Ley No 26702, señala lo siguiente: “*Los derechos y demás bienes adquiridos por terceros de buena fe durante el régimen de intervención, no son materia de reivindicación, ni son objeto de impugnación judicial o administrativa (...)*”.

³⁰⁴ *Laudo International Thunderbird Gaming Corporation vs. México. Opinión Independiente de Thomas Walde*, de Diciembre de 2005, par. 13: “...tratándose de arbitrajes entre inversionistas y Estados son más apropiadas las analogías con el examen judicial referente a la conducta gubernamental; trátase de un examen judicial internacional o por tribunales administrativos nacionales que se pronuncian sobre las controversias de ciudadanos individuales referentes a supuestos abusos de sus poderes gubernamentales, cometidos por órganos públicos. En todas estas situaciones, de lo que se trata es del abuso del poder gubernamental en detrimento de una persona o entidad privada que haya confiado y podido confiar legítimamente en las garantías gubernamentales recibidas” (Anexo VI-17).

- La reducción del capital social a cero;
- La restitución del derecho de los accionistas del BNM a recuperar su participación efectiva en el capital social; y,
- La entrega de información relativa al proceso de liquidación del BNM.

1.4 Garantía contra actos estatales que impliquen mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento contra el inversionista o la inversión

614. Existe consenso en cuanto a que la obligación de los Estados receptores de otorgar un tratamiento justo y equitativo a la inversión, constituye una expresión y es parte esencial del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional, a pesar que no se requiere probar mala fe del Estado para acreditar la violación del estándar de trato justo y equitativo.

615. La intención y mala fe pueden agravar la situación, sin embargo no constituyen un elemento esencial del mismo³⁰⁵.

616. Al respecto, **Newcombe y Paradell**³⁰⁶, señalan lo siguiente:

“Bad faith, coercion, threats, public denunciation and harassment of an investment by a host state are in most situations likely to result in a breach of fair and equitable treatment. A breach occurs when a state fails to act in good faith and its conduct is sufficiently severe”.

617. En el presente caso, estos supuestos de violación del estándar de trato justo y equitativo, se han producido por los siguientes actos de los órganos estatales:

³⁰⁵ *Laudo CIADI Técnicas Medioambientales Tecmed SA vs. México*, de 29 de mayo de 2003 (Anexo VI-42) y ver *Laudo Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration Company vs. Ecuador*, del 10 de Julio de 2004, par.186: “This is an objective requirement that does not depend on whether the respondent has proceeded in good faith or not”. Asimismo, VASCIANNIE, S. “The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice”. B.Y.I.L, vol. 70, 1999, p. 144. Citado por SCHEREUER, Christoph. En “Tratamiento Justo y Equitativo en la Práctica Arbitral”. p.81. “States would fail to meet the minimum standard, and, by this reasoning, the fair and equitable standard, if, among other things, their acts amounted to bad faith, willful neglect of duty, clear instances of unreasonableness or lack of due diligence”.

³⁰⁶ NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. “Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment”. op. cit. p.294 (Anexo VII-22).

Los efectos de la segunda visita del Regulador al BNM

618. Constituye un acto estatal de coerción y actitud agresiva del Estado Peruano que *afecta la confianza* de los ahorristas en el BNM, la prolongada segunda visita de inspección realizada por la SBS al BNM durante los meses de agosto a octubre del año 2000, lo que originó especulación y falsos rumores en el mercado respecto a la salud patrimonial del BNM, así como una de las razones para el posterior retiro masivo del BNM de los depósitos de los particulares³⁰⁷.

Reducción del capital social a cero (S/.0.00) del BNM

619. Constituye un acto estatal de coerción del Estado Peruano contra los accionistas del BNM, el procedimiento arbitrario llevado a cabo por la SBS al reducir el capital social del BNM a cero, para facilitar con ello la disposición de la propiedad por parte del Estado mediante la declaración de Disolución efectuada por la SBS.

Promoción e intento de venta de un bloque patrimonial

620. Constituye un acto estatal de coerción del Estado Peruano buscar la promoción y venta de un bloque patrimonial representado por el activo más líquido constituido por una cartera de clientes que no le pertenece al Estado, mediante la figura de la CEPRE del BNM a favor del Banco Interamericano de

³⁰⁷ *Laudo Pope & Talbot vs. Canadá*, del 10 de abril de 2001, en donde la División de Madera Blanda (Softwood Lunber Division – SLD) de la oficina canadiense de control de las exportaciones e importaciones, autoridad gubernamental regulatoria, inició una “revisión de verificación” de las actividades del inversionista que fue considerada como agresiva y violatoria del estándar de trato justo y equitativo. Al respecto, el Tribunal Arbitral señaló: “Las relaciones entre SLD y la inversión durante 1999 se asemejaron más a un combate que a una situación de cooperación regulatoria, y el tribunal encuentra que SLD tiene la gran responsabilidad por el estado de estos asuntos. No le corresponde al tribunal discernir acerca de las razones que motivaron la actitud de SLD; sin embargo, el resultado final para la inversión fue el de convertirse en objeto de amenazas, recibir la negativa de sus solicitudes razonables de información relevante, ser requerida para incurrir en gastos innecesarios con el objeto de cumplir con las solicitudes de información de SLD (...) y posiblemente sufrir la pérdida de su reputación en los círculos gubernamentales (...) el trato que le dio SLD a la inversión durante 1999, en relación con el proceso de revisión de verificación, no es menos que un rechazo del tratamiento justo requerido por el artículo 1105 del TLCAN y el Tribunal considera que Canadá es responsable frente al inversionista por los daños resultantes”. Par. 181 (Anexo VI-33).

Finanzas –BIF- y presionar al inversionista con el fantasma de la disolución y liquidación del BNM.

Declaración de Disolución del BNM sin contar con una valorización total del patrimonio

621. Constituye un acto estatal de mala fe del Estado Peruano contra el BNM, la utilización de un informe denominado “Procedimientos Convencionales” referido específicamente a un bloque patrimonial con el fin de utilizarlo como base para la supuesta valorización integral del patrimonio del BNM, a pesar de lo señalado por *Arthur Andersen* y *PwC* (¶ 451-452 y 461, *supra*)

Persecución penal contra accionistas y directivos del BNM

622. Constituye un acto estatal de coerción y hostigamiento del Estado Peruano contra los accionistas y directivos del BNM, la persecución penal contra éstos al activar y propiciar numerosos e irracionales procesos judiciales de carácter penal, generados por la disolución del BNM y con ello obligarlos a distraer esfuerzos, tiempo y recursos en atender únicamente la serie de acusaciones fiscales y penales ante el Poder Judicial peruano (*ver* ANEXO JL-31)

623. Una o varias actuaciones de las autoridades gubernamentales antes mencionadas, que pudieran tener como objetivo final, en menor o mayor medida, la eliminación o afectación de la inversión, sería considerada como violatoria de este estándar³⁰⁸.

³⁰⁸ SCHREUER, Christoph. “Tratamiento Justo y Equitativo en la Práctica Arbitral”. En Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, Julio - Diciembre, 2006. p.82. “De forma similar, el Tribunal de *Waste Management* consideró que la obligación de actuar de buena fe era una obligación básica bajo el principio del trato justo y equitativo, según lo establecido en el artículo 1105 (1) del TLCAN. En particular, una conspiración deliberada de las autoridades gubernamentales para eliminar la inversión violaría este principio: “138. El tribunal no tiene dudas de que una conspiración deliberada – es decir, una combinación consciente de diversos organismos del Gobierno sin que exista razón que lo justifique con el fin de anular los propósitos de un acuerdo de inversión – constituiría una violación del artículo 1105 (1). Una obligación básica del Estado conforme al artículo 1105 (1) es actuar de buena fe y forma, y no proponerse deliberadamente destruir o frustrar la inversión por medios inadecuados”. (Anexo VII-35)

1.5 Garantía contra procedimientos judiciales y administrativos violatorios del debido proceso y del derecho de defensa

624. Los supuestos de violación del debido proceso también han sido considerados por la jurisprudencia arbitral como violatorios del estándar de trato justo y equitativo³⁰⁹.

625. El debido proceso puede ser violado tanto por las autoridades judiciales como por el Poder Ejecutivo³¹⁰.

626. De igual forma, en el *Laudo Saluka vs. República Checa*³¹¹, se señala lo siguiente:

“de conformidad con el estándar de “trato justo y equitativo” el Estado anfitrión nunca debe ignorar los principios de rectitud procesal y debido proceso y debe garantizar al inversor la libertad de coerción o acoso por sus propias autoridades regulatorias”.

627. Situaciones de violación del debido proceso que han transgredido el estándar de trato justo y equitativo incorporado en el APPRI Perú - Francia, se han producido en el presente caso, por los siguientes actos u omisiones estatales:

³⁰⁹ *Laudo Waste Management vs. México*, del 30 de abril de 2004, en donde el Tribunal Arbitral define la violación del trato justo y equitativo como sigue: “..... involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process” (Anexo VI-47); *Laudo CIADI Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. México*, del 29 de mayo de 2003, en donde el Tribunal señaló en el párrafo 162 que el inversionista tenía derecho a ser oído y notificado en relación a la intención de la autoridad estatal de no renovar su licencia. El no hacerlo constituía una violación del debido proceso (Anexo VI-42); *Laudo CIADI Metalclad v. México*, del 30 de agosto de 2000, en donde el Tribunal indicó que la denegatoria de un permiso de construcción, mediante un acuerdo de consejo municipal, reunión a la cual no fue invitado el inversionista Metalclad, ni le fue dada una oportunidad para manifestar su posición, constituyó una violación del debido proceso (Anexo VI-24).

³¹⁰ SCHREUER, Christoph. “Tratamiento Justo y Equitativo en la Práctica Arbitral”. Op. Cit. p.76-77. “Este deber puede ser violado no solamente por las cortes nacionales, sino también a través de acciones del poder ejecutivo (...) Los tribunales consistentemente han afirmado que la ausencia de un procedimiento justo, o la presencia de graves faltas procedimentales, constituyen elementos importantes al momento de decidir la existencia de una violación del estándar de trato justo y equitativo. Con frecuencia, esta infracción ha involucrado un desconocimiento del derecho a ser oído – derecho de defensa”. (Anexo VII-35)

³¹¹ *Laudo UNCITRAL Saluka Investments BV vs República Checa*, del 17 de marzo de 2006, par. 308 (Anexo VI-35).

Falta de transparencia y violación del debido procedimiento administrativo en la variación normativa

628. La modificación normativa incorporada en el DU 108-2000-EF, que implicó la exclusión inconsulta de los denominados bancos chicos, entre ellos el BNM, en beneficio de la banca grande.

629. Estos cambios normativos se decidieron con una absoluta falta de transparencia y violando el debido procedimiento, al no notificar ni escuchar la opinión de todos los actores involucrados del sistema bancario y financiero, como es el caso del BNM³¹², más aún tratándose de uno de los bancos a ser afectados directamente en su propiedad, debido a la intencionalidad del Estado de imponer la tendencia de transferir el patrimonio de la banca chica a favor de la banca grande en el Perú.

Fundamentación de la Resolución SBS N° 775-2001 que declara la Disolución del BNM en una resolución declarada ilegal e inconstitucional

630. La reducción del capital social del BNM a cero efectuada mediante Resolución No. 509-2001 de la SBS y sobre dicha base, la declaración de la Disolución posterior del BNM mediante otra resolución administrativa, no obstante que el Poder Judicial había suspendido los efectos del acto administrativo que redujo el capital del BNM a cero (S/.0.00), implicó una violación del debido procedimiento administrativo (§426, *supra*)

631. Se encuentra acreditado en los hechos y en la evidencia que se adjunta que el Estado peruano, vía el regulador bancario – SBS - y otras entidades gubernamentales, ha actuado y omitido actuación, en violación de los compromisos internacionales asumidos en el APPRI Perú - Francia, particularmente el referido al estándar de Trato Justo y Equitativo, en sus diferentes manifestaciones.

³¹² Ver *Laudo CIADI Middle East Cement Shipping and Handling vs. Egipto*, del 12 de abril de 2002. En: 1 ICSID Reports 178 (Anexo VI-25).

II. VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE “TRATO NACIONAL”

632. La eliminación de la discriminación en contra de la inversión extranjera es un objetivo fundamental del Derecho Internacional de las Inversiones, en especial de los Tratados Internacionales de Inversión³¹³, cuyo objetivo es proteger el principio esencial de igualdad en la aplicación de la ley y en la conducta de la administración estatal. En dicho contexto cobra especial importancia el estándar de “trato nacional”³¹⁴.

633. Tal como se señaló en este Memorial al tratar lo relativo al estándar de “trato justo y equitativo” (§487, *supra*) es importante tener en consideración que conforme al *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado* de Naciones Unidas, una conducta estatal violatoria de estándares internacionales, puede tratarse tanto de un *acto estatal* como de una *omisión estatal*.

634. El primer párrafo del Artículo 4 del APPRI Perú – Francia incorpora el principio de prohibición de discriminación a extranjeros frente a nacionales, también denominado principio de “trato nacional”, al señalar lo siguiente:

Artículo 4

Cada Parte Contratante otorga, en su territorio y en su área marítima, a los nacionales o a las sociedades de la otra parte, en lo que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que aquel acordado a sus nacionales o sociedades (...).

³¹³ BISHOP, Doak, CRAWFORD, James y REISMAN, Michael. “Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary”. Cita a United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) National Treatment (1999). Kluwer Law International. The Hague. Netherlands. 2005. p.1152. “The national treatment standard is perhaps the single most important standard of treatment enshrined in international investment agreements (IIAs)”. (Anexo VII-2).

³¹⁴ NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Luis. “Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment”. Wolters Kluwer, Law & Business. The Netherlands. 2009. p.150–151. “The purpose of the national treatment obligation in IIAs is to prohibit nationality-based discrimination by the host state between the host state’s investors and investments and those of another IIA party. From an economic perspective, the prohibition of nationality-based discrimination serves to ensure that foreign investors and investments benefit from equality of competitive opportunities (...). From a legal perspective, national treatment guarantees equality before the law and equal administration of the law (administrative equality) and equal protection of the law (formal equality)”. (Anexo VII-22).

635. Como fluye de una lectura literal, la garantía de “trato nacional” en el APPRI Perú – Francia está relacionada tanto a la prohibición de discriminación entre inversionistas como a la prohibición de discriminación contra la inversión en sí misma.

636. En algunos laudos arbitrales el “trato nacional” se expresa como un trato equivalente *al mejor trato* que se otorga a inversionistas o inversiones nacionales en igualdad de circunstancias³¹⁵.

637. En el análisis de la vulneración del estándar de “trato nacional” por una acción o una omisión estatal, tres (3) elementos son fundamentales:

- La identificación del comparador y el concepto de circunstancias similares;
- La existencia de un trato diferenciado y la ausencia de una justificación razonable; y
- La irrelevancia de la intención estatal.

2.1 Identificación del comparador y concepto de circunstancias similares

638. A diferencia de otros tratados bilaterales de inversión, el texto del APPRI Perú-Francia no hace referencia al hecho que las entidades objeto de comparación deban encontrarse en *circunstancias similares*.

639. No obstante ello, la doctrina y antecedentes arbitrales sí han desarrollado este elemento, al referirse al concepto de *comparadores relevantes*, por tratarse siempre el “trato nacional” de un estándar relativo³¹⁶.

³¹⁵ *Laudo UNCITRAL Pope & Talbot vs. Canadá*, de 10 de abril de 2001. Párrafo 42 (Anexo VI-33).

³¹⁶ BISHOP, Doak, CRAWFORD, James y REISMAN, Michael. “Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary”. Cita a Dolzer, Rudolf y Stevens, Margrete en “Bilateral Investment Treaties”. op. cit. p.1152. “(i) National Treatment. Many BITs impose on the host State the obligation to accord the foreign investor the same treatment as that enjoyed by its own nationals. This standard will under normal circumstances improve the legal status of the investor. National treatment is, however,

640. En efecto, el estándar de “trato nacional” protege a inversionistas extranjeros que se encuentren en *circunstancias similares* con el inversionista nacional o su inversión, es decir, se requiere un análisis de la relación competitiva que puede existir entre las entidades comparadas.

641. Si bien existen excepciones, la doctrina y los antecedentes arbitrales consideran usualmente que se cumple el requisito referido a *circunstancias similares* si el inversionista demandante se encuentra en el mismo giro o en competencia directa con el *comparador*.

642. En el Laudo Arbitral UNCITRAL *SD Myers vs. Canadá*, el Tribunal Arbitral señaló que en el contexto de “trato nacional” el concepto “similitud” significa “mismo sector”, ya sea referido a sector económico o de negocios³¹⁷.

643. De la misma manera, constituye un factor relevante en el análisis de la violación del principio de “trato nacional”, la *razonabilidad* de la medida estatal por la que se otorga a los inversionistas un trato diferenciado. En la medida en que el Estado receptor realice distinciones no razonables entre nacionales y extranjeros que se encuentran en *circunstancias similares*, estará violando el estándar de “trato nacional”.

644. En el presente caso, estamos frente al BNM, entidad que se desenvolvía en el sector bancario y financiero en el Perú y que es una entidad comparable y en relación de competencia con los bancos nacionales Banco de Crédito del Perú (BCP), Banco Wiese, Banco Latino y Banco de Comercio, según se desarrolla más adelante.

rarely accorded without limitations and many treaties provide that such treatment will apply only where the foreign investor and the domestic investor find themselves in “identical” or “similar” situations, or “in like situations”. (Anexo VII-2).

³¹⁷ *Laudo UNCITRAL SD Myers vs. Canadá*, de 13 de noviembre de 2000: “The concept of ‘like circumstances’ invites an examination of whether a non-national investor complaining of less favourable treatment is in the same ‘sector’ as the national investor. The Tribunal takes the view that the world ‘sector’ has a wide connotation that includes the concepts of ‘economic sector’ and ‘business sector’”. Párrafo 250 (Anexo VI-34).

2.2 Existencia de un trato diferenciado y ausencia de una justificación razonable

645. La doctrina y los antecedentes arbitrales establecen que se produce un acto u omisión estatal discriminatoria, simplemente cuando se incumple el deber de *trato nacional*, sin que exista la necesidad de analizar si el Estado receptor efectivamente tuvo o no en cuenta la nacionalidad del inversionista extranjero al ejecutar un trato diferenciado.

646. Es por ello que en la práctica existen medidas estatales que son *de iure* discriminatorias así como medidas estatales *de facto* discriminatorias.

647. Al respecto, González de Cossío³¹⁸ señala lo siguiente:

“la jurisprudencia ha diferenciado entre las siguientes medidas gubernamentales: 1. Medidas *de iure* discriminatorias; y 2. Medidas *de facto* discriminatorias. (...) Mientras que las primeras involucran legislación o medidas que expresamente generan beneficios a inversionistas locales, las segundas se refieren a medidas que, no siendo evidentemente (facialmente) discriminatorias, en su aplicación *efectivamente* discriminan en contra de inversionistas o inversiones extranjeras”.

648. En consecuencia, lo esencial es determinar el efecto de la medida estatal (acto u omisión) sobre el inversionista o la inversión.

649. Una vez que el inversionista ha demostrado el trato diferenciado, corresponderá al Estado receptor demostrar la existencia de una base *razonable* que justifique dicho trato diferenciado, de lo contrario nos encontraremos ante una medida estatal discriminatoria violatoria del estándar de “trato nacional”³¹⁹.

650. Por lo tanto, en la medida en que no existan razones legítimas de política pública o regulatorias que justifiquen un tratamiento diferenciado a favor de otras entidades bancarias y financieras nacionales, aplicados durante crisis

³¹⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Arbitraje de Inversión”. Editorial Porrúa. México DF. 2009. p.132 (Anexo VII-14).

³¹⁹ *Laudo CIADI Feldman Karpa vs. México*, de 16 de diciembre de 2002. Párrafo 176 (Anexo VI-23).

temporales de liquidez en el sistema bancario, existirá una violación del estándar de “trato nacional”³²⁰.

2.3 Irrelevancia de la intención estatal

651. Los antecedentes arbitrales así como la doctrina en la materia, señalan que la demostración de la intención estatal de discriminar por razón de nacionalidad no resulta esencial³²¹, y que por el contrario, si la demostración de dicha intención subjetiva fuera un requisito, sería casi imposible de lograrse³²², limitando con ello innecesariamente el ámbito de protección del principio de “trato nacional”³²³.

652. A continuación pasamos a desarrollar la violación por parte del Estado Peruano, mediante actos u omisiones, del estándar de trato nacional contenido en el APPRI Perú-Francia en afectación a la inversionista y su inversión.

³²⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Arbitraje de Inversión”. Op. cit. p.134: “Mientras que en el caso Pope & Talbot se dijo que debe existir una *relación razonable entre políticas (policies) racionales* no motivadas por preferencia a inversiones locales *vis-à-vis* inversiones extranjeras, en *GAMI* se indicó que el trato diferencial debe estar *plausivamente* relacionado con un fin legítimo, aplicado de una manera que no sea discriminatoria ni una barrera disfrazada a igualdad de oportunidades”.

³²¹ NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Luis. “Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment”. Op. cit. p.183: “There is no requirement that the claimant prove that less favorable treatment is due to nationality (...)”. (Anexo VII-22).

³²² DOLZER, Rudolf. “National Treatment: New Developments”. En: Making The Most of International Investment Agreements: A Common Agenda”. Symposium Co-organized by ICSID, OECD and UNCTAD de 12.12.05. p.3. “Concerning the necessity to establish nationality-based discrimination, the *Feldman* ruling suggests that in view of the practical difficulty to produce evidence of this kind it is sufficient to produce proof of discrimination and not necessary to show discrimination based on nationality”. (Anexo VII-9).

³²³ Ver *Laudo CIADI Siemens AG vs. República Argentina*, de 6 de febrero de 2007, párrafo 321, que señala: “El Tribunal coincide en que la intención no es decisiva ni esencial para hacer una determinación sobre discriminación, y que el impacto de la medida en la inversión sería un factor determinante para establecer si resultó o no en un trato no discriminatorio” (Anexo VI-37). Asimismo, ver *Laudo CIADI Feldman Karpa vs. México*, de 16 de diciembre de 2002. Párrafo 183: “(...) requiring a foreign investor to prove that discrimination is based on his nationality could be an insurmountable burden to the Claimant, as that information may only be available to the government. It would be virtually impossible for any claimant to meet the burden of demonstrating that a government’s motivation for discrimination is nationality rather than some other reason” (Anexo VI-23).

2.4 Comparación del tratamiento recibido por la Demandante y por los comparadores – determinación de la violación del estándar de “trato nacional” - discriminación

2.4.1 Conducta de los órganos estatales competentes ante el pánico financiero - trato más favorable a los bancos nacionales Banco de Crédito del Perú y Banco Wiese Sudameris

653. Con posterioridad a la intervención del BNM, ante las mismas circunstancias de pánico financiero, causado por rumores sobre una inminente intervención del regulador en el BNM a fines del año 2000, la SBS y el MEF adoptaron todas las medidas de contingencia necesarias en el mes de enero del año 2001 para tranquilizar los mercados y contrarrestar los efectos de rumores que incentivaban el retiro de depósitos en los casos del BCP y del Banco Wiese Sudameris, empresas bancarias de capitales peruanos, lo cual evidencia un tratamiento diferenciado injustificado (Forsyth ¶¶209-213 y 358).

654. En los casos del BCP y del Banco Wiese, la SBS y el MEF ejercieron su rol estabilizador y adoptaron una posición activa y diligente al repeler con prontitud y firmeza los rumores sobre una presunta insolvencia de los Bancos mencionados (¶¶334-337, *supra*). Es decir, en estos casos, el Estado asumió frente al pánico financiero una acción claramente opuesta a la que había adoptado un mes y medio antes, en la misma situación y bajo circunstancias similares, con el BNM.

655. Nos encontramos en los casos del BNM, BCP y Banco Wiese ante *comparables* aceptables, al tratarse de empresas del mismo sector bancario-financiero, que desarrollan sus actividades en condiciones de competencia.

656. En consecuencia, a diferencia de lo ocurrido con estos dos bancos nacionales que gozaron de trato preferencial y diferenciado, se encuentra acreditado que la SBS incumplió su obligación de garantizar la estabilidad del sistema bancario, dejando desprotegido al BNM frente a rumores que incentivaban la corrida de depósitos, que generaron la caída del nivel de liquidez del Banco,

según fue acreditado con los Informes de investigación elaborados por el propio Congreso de la República del Perú (¶334, *supra*)

657. Asimismo, periódicos especializados de la época, resaltaron la forma en que la SBS sí enfrentó de manera diligente y con absoluta firmeza y prontitud los rumores que afectaron al BCP y al Banco Wiese (¶334, *supra*) y del mismo modo quedó registrado en los medios la falta de actuación de la misma SBS en repeler los rumores direccionados en su oportunidad al BNM.

658. No existe una base razonable ni causas objetivas vinculadas a razones de política pública, que puedan justificar dicha diferenciación y discriminación en el tratamiento, protegiendo a determinadas entidades bancarias nacionales y dejando sin protección al BNM (Forsyth ¶¶216-217).

659. En consecuencia, para este supuesto, se encuentra acreditada la vulneración del estándar de “trato nacional” incorporado en el APPRI Perú - Francia.

2.4.2 Aplicación de programas de salvataje y capitalización a favor de bancos nacionales – Banco Wiese y Banco Latino

660. Del mismo modo, ante circunstancias de dificultad financiera, el Estado apoyó en forma “desproporcionada” a determinadas entidades bancarias de capitales peruanos, tales como el Banco Wiese y el Banco Latino, según lo señala la propia Comisión Investigadora del Congreso de la República a cargo de investigar el desempeño de la SBS en el salvataje bancario del período 1997-2000³²⁴.

661. Asimismo, el MEF, a través de COFIDE, intervino a favor del Banco Latino, capitalizando sus acreencias y evitando que este Banco ingrese a un régimen de intervención (Forsyth ¶203).

³²⁴ Informe de la Comisión Investigadora del Congreso de la República que investigó el salvataje bancario del período 1997-2000, punto 3, página 6 (Anexo I-7).

662. Ante dificultades financieras bastante más gravosas por las que pasaron estas entidades bancarias nacionales, el Estado intervino, mediante programas de salvataje y reflotamiento por sumas bastante más elevadas que las que requería el BNM para superar el problema temporal de liquidez y así permanecer en el mercado.

663. La política del Estado en los casos del Banco Wiese y el Banco Latino fue la de reforzar el patrimonio de estos bancos en dificultades, con el objetivo que los accionistas promuevan procesos de negociación de reflotamiento de la entidad, permitiendo que los propios inversionistas privados determinen las mejores condiciones para fortalecer su permanencia en el mercado, sin limitar las alternativas de los inversionistas a únicamente procesos de fusión y/o venta de bloques patrimoniales, evitando, además la única opción de tener que ser la entidad absorbida, como fue el caso del BNM.

664. Por lo anterior, la conducta del Estado frente al BNM fue claramente discriminatoria, favoreciendo a entidades bancarias nacionales mediante programas de salvataje con inyección directa de flujos de dinero y capitalización de acreencias. A diferencia del BNM, los bancos nacionales beneficiados en su oportunidad, no contaban con una situación patrimonial saludable, lo que evidencia aún más, no solo el hecho que el BNM contaba con un mejor perfil de viabilidad, sino también acreditado que solo necesitaba para superar un periodo temporal de liquidez, acceder tan solo a US\$ 20 millones, una mínima parte de los fondos que fueron canalizados infructuosamente a la banca nacional.

665. Por otro lado, el Estado negó en cambio al BNM la posibilidad de acceder al mecanismo legítimo de redescuento ante el BCR u otras alternativas viables, que hubieran evitado su intervención, violando de esa forma el estándar de “trato nacional” contenido en el APPRI Perú – Francia.

2.4.3 Situación de iliquidez de banco nacional - Banco de Comercio

666. Ha quedado demostrado que en el período de crisis de liquidez del año 1999 al 2001, otros bancos nacionales tenían índices menores del BNM y por debajo del promedio del sistema bancario y financiero (*ver* GRANT THORTON Anexo 19).

667. Nos referimos al caso del Banco de Comercio, entidad bancaria cuyo principal accionista es el propio Estado mediante la Caja Militar y Policial, que conforme a la información pública que se encuentra bajo dominio de la SBS, contaba con un ratio inferior que el BNM.

668. Debemos mencionar que el Estado, a la fecha, no ha cumplido con entregar a la demandante el listado de los redescuentos monetarios otorgados a los bancos por parte del BCR entre agosto de 2000 y agosto de 2001 (solicitud No. 16), según fuera ordenado por el Tribunal Arbitral mediante Orden Procesal No. 1 del 11 de julio de 2011.

669. Respecto a estos documentos, el Estado simplemente ha señalado mediante carta del 25 de julio de 2011, que no ha podido localizarlos y que continuará buscándolos. Como es evidente, este tipo de medio probatorio, acreditaría el apoyo que otras entidades bancarias en dificultades financieras sí habrían recibido del Estado Peruano, más aún en un periodo temporal de falta de liquidez del sistema, a diferencia del tratamiento discriminatorio otorgado al BNM.

670. Por otro lado, el caso del Banco de Comercio, entidad que se encontraba en una situación de iliquidez bastante más gravosa que la del BNM, es un claro ejemplo de cómo, ante la inexistencia de rumores o pánico financiero que pudieran afectar a la entidad bancaria, o ante la decidida acción de las entidades estatales para contrarrestar dichos rumores, era perfectamente posible que una entidad del sistema financiero –como el caso del BNM- pudiera superar la crisis coyuntural de liquidez por la que atravesó el mercado bancario.

671. Todos los actos y omisiones estatales antes mencionados implican un tratamiento diferenciado injustificado a favor de entidades nacionales, los mismos que al ser interpretados de manera conjunta con el acto final de intervención, disolución y liquidación del BNM, implican una clara vulneración del principio de no discriminación y del estándar de “trato nacional” incorporado en el APPRI Perú – Francia.

672. En todos los casos, nos encontramos ante circunstancias similares y ante empresas que se desarrollan en relación de competencia dentro del mismo sector económico bancario – financiero, sin que exista en ninguno de los casos una base razonable que justifique dicha diferenciación y discriminación en el tratamiento.

673. Por lo expuesto, se encuentra acreditada la violación del estándar de “trato nacional” incorporado en el artículo 4 del APPRI Perú – Francia.

III. NEGATIVA A BRINDAR “PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS”

674. Si bien algunos tribunales han asimilado el estándar de “protección y seguridad plenas” con el estándar de “trato justo y equitativo”³²⁵, otros enfatizan su autonomía³²⁶. En el presente escrito, se abordan en forma independiente cada uno de ellos, no obstante la clara relación, similitud e incluso superposición que puede existir entre determinados supuestos de hecho.

675. El estándar de “protección y seguridad plenas” se encontraba relacionado inicialmente con el concepto de *integridad física* del inversionista, lo cual implicaba otorgar debida protección policial a la inversión.

³²⁵ *Laudo CIADI Wena Hotels Limited vs. República Árabe de Egipto*, del 8 de diciembre de 2000, par. 84 a 85 y *Laudo CIADI Occidental Petroleum Corporation vs. República del Ecuador*, del 10 de julio de 2004, par. 187 (Anexo VI-48).

³²⁶ *Laudo CIADI Azurix Corp. vs. República Argentina*, del 14 de julio de 2006, par. 407 (Anexo VI-4).

676. Este concepto restrictivo vinculado al aspecto físico fue evolucionando a uno de *debida diligencia* de los órganos estatales para garantizar la *integridad jurídica del inversionista*, es decir, como se señala en los laudos *Azurix*, *CME* y *Siemens*,³²⁷ se trata de la plena protección de los “derechos” de los inversionistas, concepto bastante más amplio que incorpora a su vez determinadas sub-categorías.

677. La doctrina concuerda con lo señalado por los precedentes arbitrales respecto a la concepción más amplia del estándar de “protección y seguridad plenas”³²⁸.

678. En este sentido, el Artículo 5 numeral (1) del APPRI Perú – Francia incorpora este estándar, al señalar lo siguiente:

“Artículo 5

(1) Las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de una parte contratante gozarán de una **amplia y plena protección y seguridad** en el territorio y en el área marítima de la otra parte contratante (el resaltado es nuestro)”.

679. Al igual que en el caso del estándar de “trato justo y equitativo”, el estándar de “protección y seguridad plenas” puede ser transgredido por un acto

³²⁷ *Laudo CIADI Azurix Corp. vs. República Argentina*, par. 408: “No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro..... cuando los términos “protección y seguridad” son calificados de “totales” y no con otro adjetivo o explicación, se extienden en cuanto a su significado ordinario, al contenido de este estándar más allá de la seguridad física”. Asimismo, ver *Laudo UNCITRAL CME vs. República Checa*, del 13 de setiembre de 2003, par. 613. “El Estado anfitrión está obligado a asegurar que ni por modificación de sus leyes, ni por acciones de sus órganos administrativos, la seguridad y protección de la inversión del inversor extranjero acordada y aprobada sea retirada o devaluada” (Anexo VI-6). Finalmente, ver *Laudo CIADI Siemens vs. República Argentina*, del 6 de febrero de 2007, par. 303. “(...) el Tribunal considera que la obligación de proporcionar protección y seguridad total es más amplia que la protección y seguridad “física” (Anexo VI-37).

³²⁸ NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. ‘Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment’. Op. cit. p.311-313. “Claimants have argued that protection and security extends beyond physical protection of an investments’s officials, employees of facilities, and extends more generally to protections afforded by the legal system. Protection and security includes an obligation to **provide a judicial system where private rights can be vindicated**.... Since investment includes tangible and intangible assets, the obligation to provide full protection and security extends beyond physical protection of tangible things”. (El resaltado es nuestro) (Anexo VII-22).

o por una omisión estatal. **González de Cossío** señala, en relación a este estándar, lo siguiente:

“... el Estado anfitrión tiene un deber de vigilancia y protección de la inversión (cuyo objetivo es evitar daños que pueda sufrir la inversión), que puede ser incumplido activa o pasivamente.

Activamente, cuando el Estado, vía sus órganos, afecte la inversión. Pasivamente, cuando el Estado, sabiendo que entes privados afectan la inversión, deja de llevar a cabo esfuerzos razonables para evitarlo....³²⁹” (El resaltado es nuestro).

680. En la práctica, muchos de los derechos del inversionista se encuentran ya protegidos por las diversas sub-categorías del estándar de “trato justo y equitativo”. No obstante ello, un supuesto que es reiterado por la doctrina y por los precedentes arbitrales como un elemento constitutivo esencial del estándar de “protección y seguridad plenas” es el referido a la vulneración de los derechos del inversionista producto de un deficiente sistema de administración de justicia, constituyendo un supuesto de *denegación de justicia*.

681. Para determinados autores el concepto de *denegación de justicia* se encuentra ubicado en el núcleo del desarrollo del derecho internacional de las inversiones y se encuentra vinculado directamente con la garantía de un Estado de Derecho³³⁰.

682. Es importante tener en cuenta que una situación de *denegación de justicia* puede ser originada no solamente por la falta de acceso a un sistema judicial justo, sino también por el incumplimiento de las resoluciones judiciales

³²⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Arbitraje de Inversión”. Op. Cit. p.195-196 (Anexo VII-14).

³³⁰ FRANCIONI, Franceso. “Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law”. En Human Rights in International Investment Law and Arbitration. Oxford University Press. 2009. p.63. “Denial of justice lies at the heart of the development of international law on the treatment of aliens and of foreign investment. At the same time this notion is inextricably linked to the broader concept of access to justice, understood as the individual’s right to obtain the protection of the law and the availability of legal remedies before a court or other equivalent mechanism of judicial or quasi-judicial protection. Intuitively, this type of protection is a *sine qua non* condition for any type of constitutional democracy, where the rule of law and the independence of the courts, rather than the benevolence of the ruler, provide the fundamental guarantees of individual rights and freedoms”. (Anexo VII-13).

por parte de otros órganos y/o poderes del Estado³³¹. En el caso del BNM está acreditado el reiterado desacato de resoluciones judiciales por parte de la SBS (§690 en adelante, *infra*)

683. A su vez, el *Proyecto de Artículos de Harvard sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por daños ocasionados a los Extranjeros o sus Propiedades*³³², señala sobre el concepto de *denegación de justicia*, lo siguiente:

“Existe denegación de justicia cuando existe un impedimento, retraso injustificado u obstrucción de acceso a tribunales, deficiencia grave en la administración del proceso judicial o de recursos, incumplimiento de brindar aquellas garantías que son generalmente consideradas indispensables para la apropiada administración de justicia, o una sentencia manifiestamente injusta...”

684. Por ello, de manera no taxativa, la doctrina señala determinadas situaciones que pueden ser consideradas como supuestos de denegación de justicia³³³, entre las que podemos mencionar las siguientes:

- (i) Interferencias gubernamentales en los procesos judiciales;
- (ii) Presión pública excesiva sobre los administradores de justicia;
- (iii) Negativa a ejecutar o cumplir sentencias;
- (iv) Retraso injustificado en la administración de justicia;
- (v) Violaciones al debido proceso;
- (vi) Arbitrariedad en la administración de justicia;

³³¹ *Laudo CIADI Amco Asia Corporation vs. Republic of Indonesia*, 1 ICSID Reports, par. 136.

³³² Ver “Harvard Draft on the Convention on The Law of Responsibility of States for Damages done in their Territory to the Person or Property of Foreigners de 1929”, artículo 9.

³³³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Arbitraje de Inversión”. Op. Cit. p.162 (Anexo VII-14).

- (vii) Aplicación retroactiva de normas por las cortes;
- (viii) Casos en los cuales mediante el manto de la forma se pretende encubrir una injusticia, entre otros³³⁴.

685. En el caso del BNM, el estándar de “protección y seguridad plenas” ha sido vulnerado en diversas ocasiones. El BNM y sus inversionistas estuvieron imposibilitados de:

- (i) Acceder a un sistema de solución de controversias justo y predecible;
- (ii) Acceder a un sistema judicial cuyas resoluciones sean cumplidas cabal y oportunamente por los órganos del propio Estado Peruano; y
- (iii) Acceder a un sistema judicial que no ceda ante las presiones públicas que ejercen los principales Poderes del Estado.

686. Adicionalmente, la doctrina y ciertos laudos CIADI exigen el cumplimiento de dos requisitos para encontrarnos ante un supuesto de *denegación de justicia*:

- (i) Agotamiento de las vías previas o de los recursos locales en la jurisdicción del Estado receptor; e

³³⁴ SONODA, Juan. “Denial of Justice in Investment Arbitration”. En Beretta Godoy. Buenos Aires. “International courts and arbitration tribunals have found that a State must be liable for denial of justice not only if aliens were denied access to justice or subject to excessive delays, but also – among other circumstances – where a trial did not conform with basic principles of due process and showed the existence of bias or discrimination against a foreigner; where there was a legislative interference in the judicial process, where an individual was restrained from enforcing a favorable judgment, or where courts showed a notorious lack of independence. For these purposes, it is indifferent whether the alien participates in the proceeding as plaintiff or defendant, in administrative or judicial proceedings, or whether the denial of justice occurs at the trial or appellate level”. (Anexo VII-36)

- (ii) Identificación de la conducta ilícita atribuible al sistema judicial que no pueda ser corregida a través de remedios locales³³⁵.

3.1 Agotamiento de recursos locales

687. Ha quedado acreditado que aquellas Resoluciones de la SBS firmadas por el propio Superintendente de Banca y que afectaron al BNM, legalmente no son materia de impugnación o de interposición de remedio alguno de revisión a nivel de un *procedimiento administrativo*³³⁶.

688. Estando ante actos tan invasivos, como resultaron ser las resoluciones de la SBS de declaración de intervención, reducción de capital a cero (S/.0.00) y disolución y liquidación del BNM, se encuentra acreditado que no existe en el Perú un remedio del mismo nivel de fortaleza a favor del inversionista para neutralizar sus efectos en el marco de un proceso administrativo³³⁷.

689. Estando descartado por ley y acreditado que en el Perú no existe un remedio aplicable o un medio de impugnación *administrativo* contra las Resoluciones Administrativas firmadas por el Superintendente de Banca y Seguros³³⁸, sólo restaba al inversionista poder acceder al Poder Judicial mediante el denominado *Proceso Contencioso Administrativo*.

3.2 De la conducta ilícita atribuible al sistema judicial y al Estado

³³⁵ Laudo *Ukraine Generation vs. Ukraine* (párrafo 20.33), del 16 de septiembre de 2003.

³³⁶ Artículo 369º de la Ley de Banca.

³³⁷ MOURRE, Alexis. “Algunos comentarios sobre la denegación de justicia en el derecho internacional público y privado después de Loewen y Saipen”. En *Revista Internacional de Arbitraje*. Julio-Diciembre 2010, p.51. “La responsabilidad internacional por denegación de justicia implica que el error o el fallo de los tribunales judiciales no pueda ser rectificado a través del uso de los remedios locales existentes. La razón de esta condición se encuentra en la naturaleza misma de la responsabilidad del Estado” (Anexo VII-20).

³³⁸ Nos referimos específicamente a las Resoluciones de la SBS que declararon la intervención del BNM, la reducción del capital social del BNM a cero (S/.0.00) y la disolución y liquidación del BNM.

690. El *Proceso Contencioso Administrativo* en el Perú únicamente apunta a cuestionar aspectos formales del Acto Administrativo materia de cuestionamiento³³⁹. En otras palabras, no es una instancia judicial para la discusión de los temas de fondo relacionados a la intervención y disolución del BNM.

691. En doctrina se considera como parte del análisis de la conducta del Estado frente al inversionista, el hecho que no basta que el sistema de justicia ofrecido por el Estado receptor exista formalmente, sino que el sistema judicial disponible debe ser realmente *efectivo*³⁴⁰.

692. En atención a ello, la Demandante denuncia y acredita la actuación del Estado Peruano y de su sistema judicial como una actuación violatoria del APPRI, particularmente del estándar de “protección y seguridad plenas”.

693. Específicamente, las siguientes situaciones de *denegación de justicia*, en transgresión del estándar de “protección y seguridad plenas” incorporado en el APPRI Perú - Francia, se han producido en el presente caso:

- (i) Violación de la obligación de acatamiento y respeto a las Resoluciones Judiciales por parte de la SBS. Como se ha mencionado, estas resoluciones ordenaban la restitución del derecho de los accionistas del BNM a recuperar su participación efectiva en el capital social del Banco. A pesar de la declaración de inaplicabilidad de la Resolución SBS 509-2001 al BNM por parte del Poder Judicial, la SBS se fundamentó en dicha disposición para declarar de manera ilegal e inconstitucional la disolución y liquidación del BNM (*ver* Forsyth ¶ 347-348, 351-353 y 362).

³³⁹ Artículo 10º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y en su momento artículo 43 del DS 02-94-JUS (causales de nulidad). Ver <http://www.pcm.gob.pe/NuestraInst/Ley27444.pdf>.

³⁴⁰ MOURRE, Alexis. Op cit. p.51. “En efecto, el derecho internacional impone a los Estados la obligación de mantener un sistema judicial que permita a cualquier persona un acceso efectivo y no solo técnico, a la justicia”. (Anexo VII-20).

- (ii) Se ha producido una situación de denegación de justicia como consecuencia de la abierta e ilegal interferencia del mismo Presidente de la República del Perú y de la Presidenta del Congreso de la República, así como del propio Superintendente de Banca y Seguros (ver Video adjunto a Solicitud de Registro), quienes de manera concertada, en el año 2007 ofrecieron en el mismo día declaraciones públicas a la prensa, con el único y claro objetivo de influenciar en el resultado final del Proceso Judicial Contencioso Administrativo que había sido iniciado por los accionistas del BNM contra la Resolución SBS No. 775-2001 que ordenó la disolución y liquidación del BNM³⁴¹.
- (iii) Las declaraciones mencionadas en el párrafo anterior no se agotaron en sí mismas. En las fechas en que se formularon dichas declaraciones, el Congreso de la República había elevado al Poder Ejecutivo la autorización (autógrafa) de una Ley para suspender los incrementos remunerativos de los Vocales de la Corte Suprema de Justicia, en donde se estaba por sentenciar en instancia final sobre la acción de los accionistas contra la resolución de la SBS que declaró la disolución y liquidación del BNM. El pronunciamiento del Poder Ejecutivo al respecto, fue por rechazar (observar) la Ley, hecho que sucedió poco tiempo después que la Corte Suprema de Justicia emitiera una resolución final³⁴² en contra de los derechos de los accionistas del BNM (ver ¶471-482, *supra*).
- (iv) La actuación de la Sala de Derecho Constitucional y Social de Corte Suprema de Justicia, no sólo fue influenciada irregularmente por los

³⁴¹ Respecto de interferencias gubernamentales, ver *Laudo Petrobart Ltd. vs. Kyrgyztán*, del 29 de marzo de 2005, p.75, en donde se produjo una clara intervención del gobierno en los procesos judiciales en curso, transgrediendo el estándar de trato justo y equitativo: "...Government intervention in judicial proceedings is not in conformity with the rule of law in a democratic society and shows lack of respect for Petrobart's rights as an investor" (Anexo VI-30).

³⁴² La demandante no busca en lo absoluto plantear ante el Tribunal Arbitral, que éste actúe como una instancia revisora de las actuaciones y resoluciones judiciales del sistema judicial del Estado Peruano. El planteamiento obedece únicamente al hecho de encontrarnos frente a circunstancias excepcionales que, conforme a la doctrina y a los laudos CIADI, corresponden a los supuestos violatorios del estándar de "protección y seguridad plenas" establecido en el APPRI Perú - Francia.

otros Poderes del Estado, sino que además, como fluye del propio texto de la Resolución de la Corte Suprema del 11 de octubre de 2006 (¶¶478-480, *supra*) resultó violatoria del estándar de “protección y seguridad plenas”, en vista que no se trata de un simple error de derecho que exonere de responsabilidad al Estado, sino que la Corte únicamente asumió la postura de la SBS obviando todo análisis, motivación suficiente y referencia a los argumentos de los accionistas del BNM.

En efecto, la sentencia de última instancia de la Corte Suprema, de manera arbitraria, señaló lo siguiente:

- i) Que la determinación previa del patrimonio real del banco en intervención no era un requisito ineludible que debía cumplir la SBS para decidir la disolución y posterior inicio de la liquidación de una empresa del sistema financiero, sino que era tan sólo una facultad que la SBS podía o no ejercitar. Contrariamente a lo determinado por la Corte Suprema, esta facultad sí fue ejercida por la SBS al sustentar el acto de disolución y liquidación en la valorización parcial efectuada por *Arthur Andersen* y revisada por *PwC*, referida exclusivamente a un bloque patrimonial.
- ii) Que la inaplicabilidad de la resolución SBS 509-201 sobre reducción de capital, estaba referida únicamente a impedir que se afectase la tutela jurisdiccional de los accionistas del BNM. Esta interpretación resulta arbitraria en vista que busca convalidar el empleo de dicha resolución en el sustento empleado por la SBS que declaró la Disolución y liquidación del BNM, atentando contra todo criterio de legalidad (Forsyth ¶¶351-353);
- iii) Sin mayor análisis ni sustento alguno, concluyó que la intervención y posterior disolución y liquidación del BNM por la SBS se efectuó dentro del marco jurídico constitucional y legal vigente.

694. El supuesto denunciado como violatorio del estándar de “protección y seguridad plenas” es independiente de las demás denuncias referidas a la afectación del BNM, en vista que en este *supuesto en particular* se cuestiona la conducta del sistema judicial como una actuación autónoma, cuya ilicitud se encuentra en relación directa con la afectación de los derechos económicos del inversionista.

695. El no tener acceso a un sistema judicial justo y eficaz desde la perspectiva del derecho internacional, implica que la acción judicial interpuesta por los accionistas del BNM cuestionando la disolución y liquidación decretada por la SBS, concluyó de manera definitiva toda posibilidad de interponer cualquier otra acción judicial para proteger sus derechos en el Perú.

696. Por ello, el conjunto de los hechos denunciados de interferencia en un proceso judicial, deben ser analizados de manera integral y articulada, en vista que no obedecen a hechos aislados sin trascendencia ni son simples declaraciones en ejercicio del derecho de opinión que toda persona y/o funcionario público pueda tener respecto a una determinada acción judicial interpuesta por un particular.

697. En el presente caso, nos encontramos ante las opiniones oficiales emitidas de manera concertada, nada menos que por el entonces Presidente de la República del Perú, Jefe del Poder Ejecutivo, por la Presidenta del Poder Legislativo y por el Superintendente de Banca y Seguros (ver archivo de vídeo que fue adjuntado a nuestra Solicitud de Registro).

698. Como se puede apreciar del mencionado video, la conducta de las mencionadas instancias del Estado resultó abiertamente pública, coercitiva y concertada, en cuanto al mensaje y a los destinatarios del mismo, vale decir, a los mismos Vocales de la Corte Suprema de Justicia, instancia judicial en donde se encontraba por resolver una acción que había sido válidamente interpuesta por un inversionista privado en defensa de sus derechos.

699. La Demandante considera que dicha conducta del Estado, referida a la actuación del Poder Judicial, además de ser lamentable, refleja una transgresión al estándar de “protección y seguridad plenas”, en vista que vulneró criterios mínimos y garantías inherentes a un sistema judicial que opere bajo criterios de imparcialidad e independencia, al perder autonomía frente a otros poderes del Estado y ante la presión remunerativa, factor siempre dependiente del Poder Ejecutivo, lo cual es reconocido públicamente por las máximas autoridades del Poder Judicial peruano (ANEXOS V-52 al V-54).

IV. DECLARACIÓN DEL ACTO ILEGAL DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

700. La Demandante fundamenta su denuncia en los efectos de actos estatales arbitrarios en contra de su inversión, entendida ésta como aquél *interés protegido* por el derecho internacional. Partiendo de ello, acreditaremos que nos encontramos frente a un acto expropiatorio bajo la modalidad de *medida(s) cuyo efecto fue privar, directa o indirectamente*, la inversión bajo titularidad de la Demandante, protección establecida en el Artículo 5° del APPRI, lo que genera la correspondiente obligación de compensar los daños ocasionados por la República del Perú.

En tal sentido, el texto del Artículo 5 del APPRI señala lo siguiente:

“ARTICULO 5

(2). Las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante. (...)”.

701. La voluntad manifiesta de las Partes Contratantes del APPRI fue la de imponer una obligación de no expropiar inversiones protegidas del inversionista de la otra Parte Contratante en el territorio del Estado receptor, salvo

que, excepcionalmente concurren todos y cada uno de los supuestos habilitantes mencionados en el artículo 5 del APPRI.

702. De configurarse un supuesto de expropiación, ya sea una expropiación permitida o una expropiación ilegal, violatoria del artículo 5 del APPRI, o del derecho internacional aplicable, se impone una obligación de compensar.

703. Es evidente que el texto del APPRI no señala ninguna situación de excepción a tal regla, ni se puede desprender de él distinción alguna entre actos regulatorios compensables y actos regulatorios no compensables; por lo que, en principio y atendiendo a la manifestación expresa de las Partes Contratantes, toda medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente una inversión, como una medida expropiatoria, debe ser compensable siempre.

704. En vista de ello, el presente análisis del acto expropiatorio tomará en cuenta principalmente los *efectos* perjudiciales sobre la inversión protegida, y sobre los derechos accesorios a ella, vinculados a la ejecución del negocio bancario, que se encuentran bajo la protección del APPRI.

705. Se entiende por titularidad y derechos accesorios a la inversión a: i) La titularidad de las acciones representativas del capital social en BNM; ii) La cuota de control sobre las decisiones y la inversión en el BNM, así como de los derechos económicos de éste último; iii) Las utilidades y ganancias perdidas y las dejadas de obtener; y, iv) Todos los otros derechos que se encuentran identificados y cuantificados en el Informe de Daños presentado por la Demandante.

4.1 La Conducta de la SBS configura un supuesto de Expropiación Indirecta sancionado por el Artículo 5 del APPRI; *Test de los Componentes del Taking*

706. Para determinar la existencia del acto expropiatorio en su modalidad de acto indirecto, se procederá a desarrollar cada uno de los elementos que, de acuerdo con el derecho internacional de las inversiones, debe presentarse

para llegar a la conclusión de estar frente a un acto expropiatorio y que éste sea sancionable³⁴³.

707. En términos generales, el acto de expropiación indirecta es definido como un acto o una serie de actos gubernamentales irrazonables, cuyos efectos conllevan una privación sustancial en el disfrute de los derechos asociados a la inversión, una erosión de derechos³⁴⁴ que afecta la propiedad o el disfrute de sus beneficios por un periodo de tiempo, sin necesidad que exista un acto formal de transferencia de propiedad hacia el Estado o hacia un tercero³⁴⁵. No sólo la doctrina especializada reconoce la existencia y sanción de los actos gubernamentales que constituyan una expropiación indirecta, sino también una serie de laudos arbitrales CIADI³⁴⁶, por lo que nos encontramos ante una figura, que de ser identificada en el presente proceso, deberá ser sancionada como violatoria del APPRI.

708. El artículo 5° del APPRI señala que ninguna de las Partes Contratantes adoptará medidas cuyos efectos priven directa o indirectamente una inversión en contra de inversionistas de la otra Parte Contratante. La Demandante acreditará mediante los hechos materia de denuncia, la existencia de tal *medida*

³⁴³ El derecho inalienable y soberano de expropiar reconocido por el derecho internacional, tiene asimismo que cumplir requisitos puntuales establecidos también por el derecho internacional. El derecho a expropiar por los Estados también tiene excepciones expresas, que en el caso del presente reclamo se encuentra establecido en la manifestación de voluntad del Estado conforme al artículo 5 de APPRI

³⁴⁴ Terminología de la UNCTAD. Ver *Series on issues in international investment agreements, Taking of property* 20 (2000). It is not the physical invasion of property that characterizes nationalizations or expropriations that has assumed importance, but the erosion of rights associated with ownership by State interferences.

³⁴⁵ *Tribunal de Reclamaciones Irán- Estados Unidos en Starret Housing Corp vs. Iran*. “It is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”. Laudo N°TL-32-24-1- del 19 de diciembre de 1983, 4 Iran –US pag.154. De igual manera, la referencia de *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*: “unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an interference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference”.

³⁴⁶ Ver Laudos *S.D.Myers Inc vs. Canadá, Revere Copper and Brass vs. Opic, Biloune and Marine Drive Complex Ltda. vs. Ghana, CME vs. Czech Republic, Metalclad Corp. vs. Mexico, Lauder vs. Czech Republic, Middle East Cement vs. Egypt, Tokio Tokelés vs. Ukraine*, entre otros y el más reciente caso planteado por el ciudadano chino *Tza Yap Shum vs. República del Perú*.

como un acto de expropiación de la inversión de la que es titular, sancionado por el Artículo 5° del APPRI.

709. Llegado a este punto, señalamos que la inversión de La Demandante y los derechos legales y contractuales bajo protección del APPRI han sido objeto de un menoscabo paulatino y sistemático en su valor, situación que dio inicio con el mensaje de debilidad al mercado respecto de la prolongada segunda Visita de Inspección al BNM por parte de SBS en agosto de 2000 (*ver* ¶289 en adelante, *supra*), hasta alcanzar su destrucción total con la declaración de Disolución del BNM (*ver* ¶446 en adelante, *supra*), de carácter irreversible (*creeping expropriation*)³⁴⁷.

710. Tal como está acreditado, la medida estatal expropiatoria fue incrementada en su intensidad con los siguientes actos sistemáticos:

- La ocurrencia de una segunda Visita de Inspección en un mismo año, llevada a cabo por la SBS entre el 11 de agosto al 13 de octubre de 2000, cuya extendida duración de 62 días, al ser conocida por los demás agentes del sistema bancario peruano, transmitió una falsa señal de alarma y debilidad respecto de la salud patrimonial y viabilidad del negocio del BNM.
- La omisión de la SBS de enfrentar y neutralizar de manera efectiva las especulaciones entre los agentes del sistema, los rumores y correos electrónicos desestabilizadores (*ver* ¶325 en adelante, *supra*), dirigidos a cuestionar la salud patrimonial del BNM; lo que generó pánico financiero contra el BNM y el retiro masivo de los fondos que en dicho banco mantenían los ahorristas privados.

³⁴⁷ Laudo *Generation Ukraine vs. Ukraine* señaló: “....creeping expropriation is a form of indirect expropriation with distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property” (Anexo VI-16)

- El deterioro significativo de la cartera de colocaciones del BNM bajo la gestión y responsabilidad exclusiva de los Interventores de la SBS (¶¶369 en adelante, *supra*) que afectó negativamente el patrimonio del Banco.
- La reducción, en un solo acto, del capital social del BNM a cero (S/.0.00), por parte de la SBS durante la etapa de Intervención³⁴⁸.
- La falta de una valorización global del patrimonio del BNM para determinar su patrimonio real, ocurriendo que la SBS justificó su decisión de Disolución en ciertos importes negativos y pérdidas obtenidas por la Firma auditora *Arthur Andersen* en un Informe conocido como “Valuación bajo Procedimientos Convenidos”³⁴⁹ sobre un bloque patrimonial constituido por un paquete de la cartera de clientes, mas no del patrimonio *total* del BNM. (¶¶446 en adelante, *supra*)
- La inexistencia de informes legales y técnicos durante la gestión de los Interventores de la SBS (Forsyth ¶315) que sustenten la significativa reclasificación de la cartera impuesta por ellos, pero son el sustento para haber obligado a registrar mayores provisiones contables hasta por US\$ 200 millones aproximadamente, lo que llevó a negativo el patrimonio del BNM, sustentando así, entre otros actos, su Disolución.

711. La destrucción total de la inversión y la privación de todos sus derechos legales y contractuales, en grado de expropiación, finalmente se produjo con la Resolución SBS No. 775-2001, del 18 de octubre de 2001 (¶¶446 en adelante, *supra*) que declaró la conclusión del Régimen Especial Transitorio al cual estaba sometido el BNM y, por consiguiente, declaró la Disolución del banco.

³⁴⁸ Arbitrariedad sancionada por el Poder Judicial peruano (Anexos III-7 y III-8).

³⁴⁹ El Informe realizado por *Arthur Andersen* y revisado en su metodología por *PricewaterhouseCoopers* sobre un bloque patrimonial tampoco es exactamente una valorización propiamente dicha, sino más bien unos lineamientos específicos establecidos por los interesados, vale decir, el Interventor del BNM y el Banco Financiero, para proceder con una valorización según sus términos y condiciones que no necesariamente utilizan criterios universalmente adoptados. (¶¶451 en adelante, *supra*)

712. En este contexto, la valoración de los hechos denunciados y de la evidencia que se presenta en el presente Memorial, merecen ser considerados por el Tribunal de manera orgánica y en todo su conjunto.

713. De lo contrario, de efectuarse un análisis puntual y descontextualizado de los hechos, se podría generar una errada impresión de encontrarnos ante hechos aislados, cuando en realidad está acreditada la existencia de una serie de hechos graves, sistemáticos y correlativos, que requieren de una interpretación integral del *hecho económico pleno* sufrido por el BNM en el Perú, supuesto que se encuentra ya definido en la práctica arbitral internacional³⁵⁰.

4.1.1 Aplicación de la Sole Effect Doctrine

714. Para la Demandante, el acto expropiatorio se ha configurado con la determinación objetiva de los efectos adversos de los actos estatales denunciados en contra de su inversión, al punto de haberla destruido y que obedece directamente a una conducta del BCR y de la SBS, la misma que genera responsabilidad internacional del Estado Peruano al ser una medida que viola el compromiso establecido en el APPRI.

715. Por otro lado, la Demandante considera que la finalidad objetiva del BCR y de la SBS de garantizar el derecho de los ahorristas y la salud general del sistema bancario y financiero (Forsyth ¶¶21-26), constituyó una *aparente* medida regulatoria soberana del Estado para pretender justificar una medida altamente restrictiva sobre los derechos de propiedad³⁵¹ de la Demandante.

³⁵⁰ Al respecto, entre otros pronunciamientos en materia de inversiones, ver Laudo del 17 de febrero del 2000. *Compañía de Desarrollo de Santa Elena vs. República de Costa Rica*, que señala lo siguiente: “Likewise, the period of time involved in the process may vary –from an immediate and comprehensive taking to one that only gradually and by small steps reaches a condition in which it can be said that the owner has truly lost all the attributes of ownership. It is clear, however, that a measure or series of measures can still eventually amount to a taking, though the individual steps in the process do not formally purport to amount to a taking or to a transfer of title”. (Anexo VI-9)

³⁵¹ FORTIER y DRYMER. *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor*, ICSID Review. Vol. 19. Number 2. 2004. p.300. “One approach to distinguishing regulatory and expropriatory measures is to focus exclusively on the effect of the measure, more particularly on its degree of interference with an investment. From this perspective, a valid police power regulation is a measure that does not have sufficiently restrictive effect on property rights to

716. Por ello, la Demandante considera que aún en el caso que el Tribunal busque considerar en el análisis de *los efectos*, los poderes de policía del acto estatal regulatorio como un supuesto de exoneración de responsabilidad internacional del Estado, ésta situación no ocurre en el presente caso. En este escenario, el acto resultaría expropiatorio y resultaría asimismo sancionable.

717. De esta forma, la Demandante, en principio, considera que de acuerdo con el Artículo 5 del APPRI descrito en la introducción del presente Capítulo, para determinar el grado de expropiación de un acto estatal, se deben tener en cuenta *los efectos* y las consecuencias que dicho acto tuvo sobre la inversión protegida³⁵².

718. Más adelante analizaremos la afectación de las legítimas expectativas de la Demandante vinculadas con la expropiación y, posteriormente, el propósito y el carácter de las medidas expropiatorias.

a) Privación Sustancial

719. El grado de privación de la inversión producto del acto gubernamental denunciado, denominado “*substantial deprivation*” en la terminología del Laudo Parcial *Pope & Talbot v. Canada*, ha sido un tema de

constitute expropriation. Conversely, an expropriation will be found to have occurred where a regulatory measure, or series of measures, is sufficiently restrictive. Proponents of this approach adopt what is termed the ‘sole effect’ test.” (Anexo VII-12)

³⁵² Casos más representativos del test de los efectos, ver Laudo *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton vs. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*. (Anexo VI-44) Asimismo ver Laudo *Phelps Dodge vs Iran* (Anexo VI-31), *Pope & Talbot vs. Canada*: (Anexo VI-33) “...interference with that business would necessarily have an adverse effect on the property that the investor has acquired in Canada, which, of course, constituted the investment (...) while it may sometimes be uncertain whether a particular interference with business activities amounts to an expropriation, the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been taken from the owner”. Ver Laudos *Biloune vs. Ghana*, *Investment Centre y Metalclad Corp vs. Estados Unidos Mexicanos* (Anexo VI-24). En este último, el Tribunal señaló: “El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación”.

especial atención por la doctrina y, en particular, por una serie de laudos arbitrales CIADI.

720. En el caso que nos ocupa, el grado de privación de la inversión por parte del acto gubernamental denunciado, es tan manifiesto que cumple con los supuestos y requisitos, tanto de la doctrina generalmente aceptada de la privación sustancial (*Metalclad vs. México*³⁵³), como de la discutida tesis de la privación absoluta (*Tecmed vs. México*³⁵⁴).

721. El caso particular de la acción estatal denunciada, cumple con los supuestos y requisitos de ambas posturas doctrinales, en la medida que:

- i) La Intervención del BNM por la Superintendencia, expresada según Resolución SBS No.885-2000 del 5 de diciembre de 2000 (¶¶360 en adelante, *supra*) por la cual se reemplazó la administración privada del Banco, limitó las facultades de la Junta de Accionistas y las reemplazó por una gestión estatal a cargo del Interventor.
- ii) La reducción, en un solo acto, del capital social del BNM a cero (S/.0.00), por parte de la SBS durante la etapa de Intervención (¶¶422 en adelante, *supra*) que conllevó la eliminación total de los derechos políticos y económicos en la participación de los accionistas del Banco.
- iii) La Disolución del BNM por la SBS, expresada según Resolución SBS No. 775-2001 del 18 de octubre de 2001 (¶¶446 en adelante, *supra*) que conllevó a que, a partir de entonces, el Banco dejara de ser sujeto de

³⁵³ Laudo *Metalclad vs. México*: “Por lo tanto, la expropiación en el TCLAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”

³⁵⁴ Ver Laudo *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. México*. “para establecer si la resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5 (1) del acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la resolución *la demandante se vio privada*, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión...” (Anexo VI-42)

crédito y los accionistas, por mandato legal, estuvieran impedidos de *perseguir el fin común* de la sociedad.

722. En otras palabras, la Demandante demuestra que ha operado la pérdida de los derechos fundamentales de su propiedad, terminología referente de los casos de *Irán – USA*, reafirmada posteriormente en *CME vs. República Checa*³⁵⁵.

723. En el caso del BNM, el acto denunciado perjudicó en el mayor nivel de gravedad el valor económico de la inversión, desde el momento en que se redujo el capital social a cero (S/.0.00) y se dispuso la conclusión del Régimen Transitorio, que condujo de manera definitiva e irreversible a la Disolución del BNM.

724. Por último, el BNM era un negocio en marcha, generando valor a los accionistas y a sus empleados, tanto presente como de expectativas de utilidades en el futuro, conforme es de apreciar del Informe del Experto Valorizador (Opinión de Perito Experto Valorizador Experto Grant Thornton). A diferencia de los ingresos del año 2000, ejercicio contable anterior a la medida, los resultados del 2001 en adelante bajo responsabilidad de la SBS fueron negativos propio del proceso de intervención y posterior disolución y liquidación del BNM.

725. El valor de la inversión a la fecha de la intervención es un dato cierto y comprobado, el BNM no estaba arrojando pérdidas en sus balances, ni contaba con flujos de caja negativos antes de la medida, por lo que la privación sustancial cumple con el requisito económico de constituirse en una afectación real y no teórica en el goce económico de la inversión de la Demandante.

b) Pérdida de Control: Elemento Cualitativo de la Medida

726. Como consecuencia de la medida gubernamental de Intervención por parte de la SBS, la Inversionista no tuvo control efectivo sobre la toma de

³⁵⁵ Ver Laudo Parcial *CME v República Checa*.(Anexo VI-6)

decisiones económicas y de negocios en el BNM, perdió el control en el desarrollo de las actividades productivas en la empresa, quedando tan solo con facultades formales para llevar a cabo gestiones ordinarias sin mayor trascendencia en el goce económico de su inversión. Con la declaración administrativa de la Disolución y Liquidación del BNM, la pérdida de control fue total e irreversible.

727. Al igual que en *Revere Copper vs. OPIC*³⁵⁶ y *Sempra Energy International vs. República Argentina*³⁵⁷, el Tribunal determinó la pérdida de control efectivo sin considerar el mantenimiento formal del título de propiedad, sino la afectación sustancial en el uso y goce económico de la inversión.

728. En la medida de encontrarnos en una situación de Intervención, en donde se limitó, en los hechos, el ejercicio de las funciones administrativas y de gestión del BNM por parte de la Inversionista, existió pérdida de control efectivo.

729. Para describir este escenario, nos basaremos en los hechos ocurridos en contra del BNM y su explicación dentro del contexto de crisis generada por el propio Estado, identificándose la acción arbitraria de la SBS, que genera responsabilidad internacional del Estado.

- Mediante Resolución SBS No. 885-2000 del 05 de diciembre del 2000, la SBS sometió al Régimen de Intervención al BNM, por la causal de suspensión de pagos ante el incumplimiento de sus obligaciones en la Cámara de Compensación a cargo del BCR y designó a los Interventores para el manejo de la inversión.

³⁵⁶ El Tribunal señaló lo siguiente: “In our view the effects of the Jamaican Government’s actions in repudiating its long term commitments to RJA have substantially the same impact on effective control over use and operation as if the properties were themselves conceded by a concession contract that was repudiated (...). Opic argues that RJA still has all the rights and property that it had before the events of 1974; it is in possession of the plant and others facilities; it has its Mining lease; it can operate as it did before. This may be true in a formal sense but (...) we do not regard RJA’s control of the use and operation of its property as any longer effective; in view of the destruction by Government actions of its contract rights.”

³⁵⁷ Laudo del 28 septiembre 2007, Caso CIADI N°.ARB 02/16 (Anexo VI-38).

- Mediante Resolución SBS No.284-2001 del 18 de abril del 2001, se dispuso el sometimiento al Régimen Especial Transitorio del BNM, que resolvió que los Interventores de la SBS, en la práctica, mantuvieran el control de la empresa (Forsyth ¶¶276-277. *Ver también* Nota pie de página 74) y condujeran al Banco hacia su transferencia patrimonial, sin participación de los accionistas en la toma de decisión. Dicha conducta fue ejecutada al amparo del Programa de Consolidación del Sistema Financiero aprobado por Decreto de Urgencia No.108-2000, modificado por Decreto de Urgencia No.044-2001.
- Mediante Resolución SBS No.775-2001 de fecha 18 de octubre del 2001, la SBS declaró la disolución del BNM iniciándose el proceso de liquidación, habiendo concluido el Régimen Especial Transitorio comunicado al BCR mediante Oficio N°.16760-2001 del 18 de octubre del 2001.

730. Del mismo modo, la estructura corporativa del BNM establecía una serie de controles y áreas de gestión para el buen manejo empresarial del banco (JLevy ¶20, Choque ¶24 y Seminario ¶¶28-29). Al ser un negocio estrictamente regulado por la SBS, la designación de gerentes y directores debía cumplir estándares altos en el perfil de los funcionarios del BNM³⁵⁸, a nivel profesional y ético, lo que demuestra que hubo un control eficiente en el manejo de la inversión en el Perú.

731. De un primer acercamiento a las medidas adoptadas por la SBS contra el patrimonio del BNM, se demuestra el alto grado de interferencia en el normal desarrollo de sus actividades³⁵⁹, particularmente en dos áreas decisivas del negocio, que la propia Ley de Banca aplicable reconoce.

³⁵⁸ Artículos 19°, 20°, 22° y 25° de la Ley de Banca.

³⁵⁹ *Ver* Laudo Final UNCITRAL *Ronald S. Lauder vs. República Checa*: “Indirect expropriations or nationalizations is a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralized the enjoyment of the property”.

732. Respecto de los efectos y consecuencias objetivas de la *Intervención*:

Artículo 106°.- CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN.

Son consecuencias indesligables de la intervención y subsisten en tanto no concluya:

1. La competencia de la Junta General de Accionistas se limita exclusivamente a las materias de que trata este capítulo;
2. *La suspensión de las operaciones de la empresa*; (el resaltado es nuestro).
3. La aplicación de la porción necesaria de la deuda subordinada, en su caso, a absorber las pérdidas, después de haber cumplido con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 107°;
4. La aplicación de las prohibiciones contenidas en el artículo 116°, a partir de la publicación de la resolución que determine el sometimiento al régimen de intervención; y,
5. Otras que la Superintendencia estime pertinentes para el cumplimiento de lo dispuesto en este

733. Respecto de los efectos y consecuencias objetivas de la *Disolución*, la propia Ley de Banca aplicable señala lo siguiente:

Artículo 114°.- DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS.

Las empresas de los sistemas financieros o de seguros se disuelven, con resolución fundamentada de la Superintendencia, por las siguientes causales:

1. En el caso a que se refiere el artículo 105° de la presente ley;
2. Por las causales contempladas en los artículos pertinentes de la Ley General de Sociedades.

La resolución de disolución no pone término a la existencia legal de la empresa, la que subsiste hasta que concluya el proceso liquidatorio y, como consecuencia de ello, se inscriba la extinción en el Registro Público correspondiente. *A partir de la publicación de dicha resolución, la empresa deja de ser sujeto de crédito*, queda inafecta a todo tributo que se devengue en el futuro, y no le alcanzan las obligaciones que esta

ley impone a las empresas en actividad, incluido el pago de las cuotas de sostenimiento a la Superintendencia. (el resaltado es nuestro)

La Superintendencia establecerá las normas y el procedimiento aplicable para la disolución y liquidación de las empresas.

734. Ambos componentes acreditan la interferencia grave y con ello la pérdida de control sobre la inversión, particularmente en la suspensión de las actividades bancarias de la empresa como agente intermediario y en la incapacidad de contratar operaciones de crédito, que finalmente conllevó –por ley- a la extinción del objeto social del BNM.

c) *Impacto Económico Sustancial; Elemento Cuantitativo de la Medida*

735. Acreditada la privación sustancial de la propiedad de la Inversionista por parte de la acción gubernamental de la SBS, procederemos a analizar la graduación de la misma en cuanto al impacto económico en el desarrollo de los negocios del BNM, que a su vez demuestra el impacto en el activo protegido por el APPRI.

736. En relación a este punto, acreditamos que la afectación no fue *efímera ni leve*³⁶⁰, ni mucho menos factible de ser mitigada por la Inversionista en el Perú.

737. Para ello, pasaremos a describir los graves hechos ocurridos, explicados desde la perspectiva del *impacto económico* y que se ven reflejados principalmente en las propias resoluciones de la SBS, como sigue:

- i) La omisión del BCR en cumplir el mandato Constitucional de actuar en calidad de prestamista de última instancia en proveer liquidez al sistema,

³⁶⁰ Laudo de *Tippetts vs. TAMS-AFFA* el Tribunal señaló lo siguiente: “while assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that the deprivation is not merely ephemeral”. (Anexo VI-44)

particularmente en situaciones temporales de crisis de liquidez (Forsyth ¶¶197-198)

- ii) La omisión de la SBS de enfrentar y neutralizar de manera efectiva las especulaciones entre los agentes del sistema (¶¶325 en adelante, *supra*) los rumores y correos electrónicos desestabilizadores, dirigidos a cuestionar la salud patrimonial del BNM; lo que generó pánico financiero contra el BNM y el retiro masivo de los fondos que en dicho banco mantenían los ahorristas privados.
- iii) El retiro repentino y sistemático de los fondos públicos, cuyo volumen impactó significativamente en la liquidez del BNM, arrastrando también al retiro de fondos de ahorristas privados. (¶¶297 en adelante, *supra*)
- iv) La resolución de Intervención del BNM dictada por la SBS, que generó por ley, el cese inmediato de todas las operaciones comerciales propias del giro del negocio bancario (¶732, *supra*)
- v) La irregular práctica contable aplicada por los Interventores de la SBS, particularmente en el registro contable de las mayores provisiones calculadas para el ejercicio del año 2000. Mediante dicha práctica, los Interventores cargaron al balance general del ejercicio 2000 resultados negativos calculados con una fecha valor de julio del 2001, afectando el resultado económico del BNM.³⁶¹
- vi) La reducción, en un solo acto, del capital social del BNM a valor cero (S/.0.00), por parte de la SBS durante la etapa de Intervención.
- vii) La Disolución del BNM sustentada por la SBS en un supuesto déficit de US\$ 217 millones, gran parte producto del deterioro del portafolio de créditos del BNM bajo la gestión y responsabilidad exclusiva de los

³⁶¹ La SBS determinó una pérdida por más de S/.300 millones de nuevos soles aproximadamente (¶400, *supra*)

Interventores de la SBS y del cual el Estado señala que no existen documentos que respalden dicho deterioro. (¶¶446 en adelante, *supra*)

- viii) La Resolución de Disolución y Liquidación del BNM adoptada por la SBS, que por mandato legal, conllevó a que el banco dejara de ser sujeto de crédito (¶733, *supra*)

738. De acuerdo al modelo de negocios de la sociedad en el mercado bancario y lo expresamente regulado en la ley de bancos de la República del Perú, así como de la exposición pública de la medida que destruyó la confianza del mercado en la empresa y sus directores, la Demandante acredita que el impacto económico de las Medidas del BCR y de la SBS fue fulminante para el BNM.

739. En conclusión, se acredita con los hechos descritos los supuestos identificados por la doctrina³⁶² aplicables a este caso, resaltando lo que en la práctica arbitral se refiere a una interferencia estatal abierta y notoria³⁶³, una interferencia irrazonable³⁶⁴ que priva de todos los beneficios económicos que se derivan de la inversión en el negocio bancario.

³⁶² FORTIER y DRYMER. Op cit. "In sum, in order to be considered an expropriation, the effect of a regulatory measure on property rights –that is, the required level of interference with such rights- has been variously described as: (1) unreasonable (2) an interference that renders rights so useless that they must be deemed to have been expropriated (3) an interference that deprives the investor of fundamental rights of ownership (4) an interference that makes rights practically useless (5) an interference sufficiently restrictive to warrant a conclusion that the property has been taken (6) an interference that deprives, in whole or in significant part, the use or reasonable-to-be-expected economic benefit of the property (7) an interference that radically deprives the economical use and enjoyment of an investment, as if the rights related thereto had ceased to exist (8) an interference that makes any form of exploitation of the property disappear (...) and (9) an interference such that the property can no longer be put to reasonable use.

³⁶³ Laudo *Starret Housing vs. Iran*. "it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property right to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated..."

³⁶⁴ Laudo *Tippetts, Abbett, MacCarthy, Stratton vs. Tams-Affa Consulting Engineers of Iran*. "A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a State in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected". Asimismo Laudo, *Tokio Tokelos vs. Ukraine* señaló lo siguiente. "state's obligations with respect to property and the use of property are well established in international law (...) taking of property to include not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an interference that the owner thereof will not be able to use, enjoy or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference (...) (Anexo VI-45)

740. Los efectos perversos de dicha medida irrazonable y arbitraria tuvieron un impacto sustancial y directo en la continuidad económica de la inversión y una pérdida absoluta del valor económico de la misma en el Perú.

741. Por otro lado, los efectos directos del acto denunciado no pudieron ser mitigados por la Demandante en el BNM (§910 *Infra*), a pesar de las acciones adoptadas por sus accionistas en cuanto a:

- i) Aumentos de capital en el año 2000.
- ii) Venta de cartera para la obtención de liquidez.
- iii) Solicitud de redescuentos monetarios ante el BCR,
- iv) Requerimientos a la Superintendencia y el MEF para que adoptaran medidas que neutralizaran el pánico financiero contra el BNM.
- v) La propuesta de solución y fortalecimiento patrimonial del BNM efectuada por los accionistas del banco, y
- vi) La operación de adquisición del Banco Financiero para el fortalecimiento de la posición patrimonial del BNM en el sistema financiero.

742. Finalmente, declarada la intervención del BNM, la Inversionista consideró inviable económicamente la alternativa de solución establecida por el Programa de Consolidación del Sistema Bancario, creado por el Estado específicamente para la crisis de la banca en ese momento³⁶⁵. Asimismo, la declaración de Disolución del BNM convirtió el daño en irreversible, por la propia regulación de la Ley de Banca.

4.1.2 Arbitrariedad de la Medida Expropiatoria

743. La arbitrariedad de la medida es notoria y obedece al hecho de estar ante un acto que *excede el marco regulatorio* peruano, como es entendida en el ámbito del derecho internacional.

³⁶⁵ En efecto, la salida propuesta por el Programa significaba aceptar la transferencia del principal activo del BNM – bloque patrimonial de cartera de clientes- a valor subvaluado y a pérdida, al punto que toda transferencia implicaba renunciar al retorno de la inversión. De otro lado, la tendencia del Decreto de Urgencia y su Reglamento era de propiciar la fusión de bancos chicos a favor de bancos grandes, lo que implicaba la salida inexorable del mercado bancario. (Forsyth §§277-278)

744. En el caso de conductas del Estado Peruano, Tribunales Arbitrales CIADI ya han desarrollado el criterio de arbitrariedad. En efecto, el Laudo *Tza Yap Shum vs República del Perú*³⁶⁶ el Tribunal señaló que “*reconociendo la importancia de las funciones que ejerce la SUNAT en la administración y recaudación tributaria, su proceder al imponer medidas cautelares previas a TSG, particularmente su inobservancia de sus propios procedimientos, debe ser calificado como arbitrario*”.

745. Parafraseando el fundamento de este punto del Laudo en mención, menciona que la arbitrariedad analizada se basa en un prejuicio o preferencia más que en la razón de los hechos o contrario a derecho³⁶⁷. Asimismo, el concepto de arbitrariedad sugiere una decisión basada no en justicia, derecho o razón, sino en preferencia personal o esencialmente un capricho o ejercicio ilimitado del poder³⁶⁸.

746. Descrito el escenario conceptual, pasaremos a describir los hechos concretos sufridos por el BNM que llegan a ser arbitrarios, a saber de:

- La ocurrencia de una segunda Visita de Inspección en un mismo año, llevada a cabo por la SBS, cuya extendida duración, al ser conocida por el mercado, transmitió una falsa señal de alarma respecto de la salud patrimonial y la viabilidad del negocio del BNM. El rol discrecional de visitas inspectivas de la SBS no fue ejercido con prudencia e innecesario, reflejando un abuso de autoridad que generó desconfianza en el mercado, en violación de su función de garante de la estabilidad del sistema financiero.
- La omisión de la SBS de enfrentar y neutralizar de manera efectiva las especulaciones entre los agentes del sistema, los rumores y

³⁶⁶ Laudo Final *Tza Yap Shum vs. República del Perú* del 07 de Julio del 2011. p.218

³⁶⁷ Ibid. pp.218.

³⁶⁸ Ibid. pp. 187.

correos electrónicos desestabilizadores, dirigidos a cuestionar la salud patrimonial del BNM; lo que generó pánico financiero contra el BNM y el retiro masivo de los fondos de ahorristas privados. El BCR y la SBS incumplió su rol supervisor y garante de la estabilidad del sistema financiero que le exige no solo la propia naturaleza de su función, sino del mandato expreso de la Constitución y la ley al no afrontar ni neutralizar el pánico financiero generado (Forsyth ¶¶209). De esta forma, el Estado desprotegió a la Inversionista, en vulneración de las protecciones y garantías del APPRI.

- El deterioro significativo de la cartera de colocaciones del BNM sin que exista sustento técnico y legal de la misma resulta arbitrario (Forsyth ¶¶314-315). Dicho deterioro se llevó a cabo bajo la gestión y responsabilidad de los Interventores de la SBS, que afectó negativamente el patrimonio del Banco al punto de ser la base de su Disolución y Liquidación (¶¶446 en adelante, *supra*). Las protecciones y garantías del APPRI concedían a la Inversionista una expectativa legítima que, en caso ocurriera una intervención estatal del Banco, la gestión sería llevada bajo un estándar de *debida diligencia*, preservando el valor de la inversión. La administración estatal del BNM no cumplió dicha protección.

- La reducción del capital social a cero (S/.0,00) por parte de la SBS. Esta reducción del capital a cero y por tanto la desaparición de la propiedad del inversionista consiste en una acción ilegal, así determinada por el propio Poder Judicial del Estado receptor que declaró la inconstitucionalidad de la Resolución SBS No. 509-2001 del 28 de junio de 2001 e inaplicable al BNM, en el Proceso Constitucional de Amparo (¶¶428 en adelante, *supra*)

- La falta de una valorización global del patrimonio del BNM que hace mención la Resolución SBS No. 775-2001, por la que se declaró la Disolución del BNM. Se encuentra acreditado que, la SBS no se basó en una valorización sino en un Informe denominado “Procedimientos Convenidos” elaborado por la Firma *Arthur Andersen* y revisado en su

metodología por PwC, elaborado para valorar exclusivamente un bloque patrimonial en la operación de venta de cartera bajo las condiciones pactadas entre el BNM intervenido con el Banco Financiero (¶¶451-452, *supra*). Siendo la Disolución y Liquidación del Banco la medida estatal más grave de afectación de la Inversión, resulta arbitrario que la SBS fundamente su decisión en un Informe que no consiste en una valorización del patrimonio, ni tampoco una valorización de ciertos rubros del Balance General del BNM³⁶⁹.

- La irregular práctica contable aplicada por los Interventores de la SBS, particularmente en el registro contable de las mayores provisiones calculadas para el ejercicio del año 2000. Está acreditado que el cierre contable de la cuenta de provisiones se produjo recién en el mes de julio de 2001 (Choque ¶¶31-33, Seminario¶37) y que dicha práctica es irregular, restando certeza de los resultados de la auditoría de PwC al cierre contable al 31.12.00 al trasladar irregularmente pérdidas del ejercicio 2001 al ejercicio 2000 para justificar un patrimonio negativo del BNM. Dicha conducta de la SBS es arbitraria y vulnera las protecciones y garantías del APPRI.

4.1.3 Afectación de la Medida con Efectos de Carácter Permanente

747. Un criterio vinculado a la pérdida de valor económico de la inversión es el referido a la intensidad y la duración de la privación económica sufrida por el inversor.

748. En el derecho internacional no existe una fórmula relacionada al plazo transcurrido para que las medidas que representan una expropiación gradual

³⁶⁹ Informe de *Arthur Andersen* señala lo siguiente: “De acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas en el Perú, los procedimientos aplicados no constituyen (i) una auditoría de los estados financieros del Banco (ii) una tasación de los activos y pasivos del Banco y/o (iii) una revisión de los controles internos del Banco. En consecuencia, no expresamos opinión alguna u otra manifestación al respecto, y nuestro trabajo no trata de revelar o descubrir errores, fraudes o actos ilegales que eventualmente pudieran existir” p.2-3 (ver Anexo I-3).

produzcan dichos efectos. El análisis se formula en la particularidad del caso por caso³⁷⁰.

749. El acto denunciado por parte de la SBS y su estrecha vinculación con los efectos perversos de carácter permanente que destruyeron la inversión, se aprecia de la secuencia siguiente:

- Mediante Resolución SBS No.885-2000, se procedió a someter al BNM a un Régimen de Intervención por la causal de suspensión de pagos en la Cámara de Compensación del BCR. Conforme al Régimen Transitorio, dicha intervención implicó la suspensión *irreversible* en el tiempo de las operaciones de intermediación como BNM, en vista de la nueva tendencia normativa impuesta por el Estado peruano en propiciar fusiones. (Forsyth ¶¶226, 277).
- El DU No.108-2000 y sus normas reglamentarias y modificatorias tuvieron como propósito que los bancos chicos sean absorbidos por los bancos grandes del sistema financiero peruano. En general, los efectos del retiro del BNM del mercado son *permanentes*, no solo por la Intervención propiamente dicha, sino también por la finalidad de la normativa dictada para dichos efectos.
- Mediante Resolución SBS No.775-2001, la SBS procedió a declarar la *Disolución* del BNM. Según la Ley de Banca, la empresa dejó de ser sujeto de crédito, quedó inafecta a todo tributo que se devengue en el futuro, y no le alcanzan las obligaciones que la ley de bancos impone a las empresas en actividad. En consecuencia, el Banco quedó fuera del mercado e imposibilitado de revertir los efectos de la medida en el tiempo (¶733, *supra*)

³⁷⁰ *Laudo Azurix Corp. vs. República Argentina* el Tribunal señaló lo siguiente: “Llamentablemente no existe una fórmula matemática para obtener un resultado automático (Anexo VI-4). El tiempo que debe transcurrir debe determinarse atendiendo las circunstancias específicas de cada caso. Como lo expresó el Tribunal en el caso *Generation Ukraine*’ el resultado es una apreciación’, es decir, el producto del discernimiento, y no la hoja de salida de un programa informático”. (Anexo VI-16)

- Uno de los efectos permanentes de la medida, consistió en la pérdida irreversible de los activos del BNM que fueron transferidos por la SBS durante la etapa de intervención, dado que por mandato legal dichos actos son incuestionables³⁷¹.

750. Los efectos de las medidas denunciadas en contra de la inversión del Demandante tuvieron un impacto destructivo desde el mismo día de su ejecución, en vista que afectaron *la confianza* en el mercado y su permanencia en el tiempo se proyecta hasta la fecha, consolidando la frustración de toda posibilidad de reactivar el negocio bancario.

751. En efecto, tal afirmación no sólo se ve respaldada por la pérdida de control de la sociedad en manos de la SBS, la destrucción de la fuente de captación de líneas de créditos del exterior, componentes principales en el giro del negocio bancario, sino también del deterioro de la *imagen corporativa* ante el sistema.

752. Es una característica propia del negocio bancario en el Perú, el ser un mercado reducido y regulado en función de un universo limitado de empresas, con intereses contrapuestos. Al igual que en el caso de *S.D Myers v Canada*³⁷², debe considerarse el contexto que el caso en particular determina, para concluir que la duración de la medida tuvo un efecto permanente e irreversible en el tiempo.

753. Por ello, la afectación del posicionamiento, debido a la pérdida de control y suspensión de actividades del BNM, fue imposible de mitigar dado que no existía posibilidad de establecer una negociación a la par con algún inversionista, en la medida que la legislación aplicable de rescate y consolidación

³⁷¹ Vigésimo Séptima Disposición Final y Complementaria de la Ley de Banca, que señala lo siguiente: “Los derechos y demás bienes adquiridos por terceros de buena fe durante el régimen de intervención, no son materia de reivindicación, ni son objeto de impugnación judicial o administrativa (...)” http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=106

³⁷² Ver Laudo *S.D Myers vs. Canada* el Tribunal en el cual aceptó que: “in some contexts and circumstances it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation even if it were partial and temporary” (Anexo VI-34)

de los bancos representada por el Régimen Transitorio apuntaba únicamente al traspaso de bloques patrimoniales a bancos más grandes, valorizados por el Estado durante la gestión de Interventor y no por los propios accionistas, a diferencia del régimen de intervención que establecía la Ley de Bancos. (Forsyth ¶276)

4.2 Afectación de las Legítimas Expectativas de la Inversión

754. En el contexto de las medidas de expropiación, el concepto de “legítimas expectativas *del inversionista*” resulta relevante a efectos de analizar un elemento, que si bien no resta rigurosidad a la satisfacción de los altos requisitos del estándar de expropiación³⁷³ antes descritos, es relevante en la medida que el Estado sí ha vulnerado las garantías concedidas a la reclamante³⁷⁴.

755. Como ha sido tratado en la parte pertinente del presente Memorial, el propósito fundamental de proteger las legítimas expectativas del inversionista en lo que se refiere al estándar de *trato justo y equitativo*, es permitir que el inversor extranjero adopte decisiones racionales de negocios en base a las seguridades brindadas por el Estado receptor, entre otros puntos, mediante la garantía de un marco regulatorio previsible y un accionar que no califique como arbitrario y/o irracional por parte de los organismos del Estado receptor.

756. Los Tribunales han determinado que las legítimas expectativas, para el caso de conflictos de expropiación, son creadas por “*assurances explicit or implicit, or on representations, made by the State which the investor took into account in making the investment*”³⁷⁵. En efecto, tal expectativa puede llegar a ser relevante en caso de expropiaciones donde el inversionista llevó a cabo las inversiones confiando en la promesa del Estado receptor (i) de consolidar una

³⁷³ Ver Laudo *Sempra Energy International vs. República Argentina*. Caso CIADI ARB N°.02/16.

³⁷⁴ KRIEBAUM, Ursula. *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investors and the State*. Op. cit. p.734. “Arbitral Tribunals have also applied the concept of legitimate expectations. So far, they have made use of the concept to decide whether a protected right existed or whether an expropriation had taken place The model BITs of the US and of Canada also refer to legitimate expectations as one of several criteria to decide whether an indirect expropriation has occurred”. (Anexo VII-18)

³⁷⁵ Ver Laudo *Azurix Corp v. República Argentina* Caso CIADI ARB N°.01/12.

inversión de largo plazo –sea contractual o no- o (ii) de la garantía que la inversión podría ser ejecutada sin una interferencia arbitraria del Estado.

757. El Laudo Arbitral CIADI *Tecmed vs. México* desarrolla el primer punto referido a las legítimas expectativas del reclamante de buscar llevar a cabo una inversión de largo plazo, relacionado a un vertedero municipal con proyección de convertirse en una planta industrial de ámbito regional y que el gobierno Mexicano estaba al tanto de dicha intención. Por ello, basado en el modelo de negocio del inversionista de estar frente a una inversión de largo plazo³⁷⁶, el Tribunal concluyó que la inversión “*would not have an operation level to reach a break even point and obtain the expected rate of return in a short time*”³⁷⁷.

758. De otro lado, en el Laudo *Metalclad vs. México*, en donde dos entidades de Gobierno tomaron medidas favorables para que el inversor lleve a cabo un proyecto de administración de un vertedero de desechos tóxicos, posteriormente la municipalidad denegó la construcción del complejo, mientras que el gobernador declaró la intangibilidad del terreno donde se llevaría a cabo la inversión por razones ambientales, no obstante la serie de declaraciones de funcionarios del gobierno mexicano asegurando la viabilidad de los permisos para llevar a cabo la inversión. El Tribunal concluyó que la conducta del Estado “*taken*

34 FIETTA, Stephen. Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2006 Volume 23 Issue 5. p.375–399. “It is worthy of particular note that the long-term expectations of the claimant, to which the tribunal made reference in determining the proportionality of the Mexican authorities’ refusal of the essential operating licence, were not in this case dependent on any act or representation attributable to the Mexican state. Rather, they flowed from the objective investment characteristics that the claimant had taken into consideration when deciding whether to make the investment and on what terms. They were based on all of the circumstances of the investment and were led by commercial considerations, not governmental assurances. As such, the expectations contemplated by the tribunal were very similar to the “investment-backed expectations” that are considered relevant by U.S. courts when determining whether public entities have “taken” property in violation of the Fifth Amendment. It was a failure to meet those expectations that was central to the tribunal’s conclusion that the claimant’s investment had been the subject of an indirect expropriation. (Anexo VII-11)

³⁷⁷ Ver Laudo *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v Estados Unidos Mexicanos*. CASO CIADI N°.ARB (AF)00/2. 2003.

together with the representations of the Mexico federal government, on which Metalclad relied ...amount to an indirect expropriation”³⁷⁸.

759. En el caso del BNM, el Estado peruano concedió una Autorización de Organización y posteriormente una Autorización de Funcionamiento³⁷⁹, que no es otra cosa que una Licencia para operar una entidad intermediaria en el mercado bancario del Perú.

760. Dicha Autorización de Organización y Funcionamiento (Licencia) refleja una *obligación explícita* del Estado en dar las garantías indispensables a favor del inversionista para llevar a cabo una inversión, que por la naturaleza del negocio bancario es de largo plazo³⁸⁰ y del cual tenía pleno conocimiento el Estado peruano a través de la SBS, a quien se reportaba, la información consolidada de las empresas del grupo del Sr. David Levy Pessa.

761. La Autorización de Organización y Funcionamiento (Licencia) de operación de una entidad bancaria constituye un reconocimiento especial del Estado peruano a ciertas empresas que cumplen exigentes requisitos, no sólo de viabilidad económica (ANEXOS IV-1, IV-2 Y IV-3) y de solvencia patrimonial, sino también profesionales y éticos de sus integrantes (Forsyth ¶¶45-47).

³⁷⁸ Ver Laudo *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*. CASO CIADI N°.ARB (AF) 97/1. 2000.

³⁷⁹ Artículos 12, 19, 23 y 27 de la Ley de Banca (Ver Anexo Forsyth II-002)

³⁸⁰ Ver Laudo *Total vs. República Argentina*. Decisión de Responsabilidad Icsid Case N°.ARB/04/1; IIC 484 (2010) del 21 de diciembre del 2010, señaló lo siguiente: “**122** . Indeed, the most difficult case is (as in part in the present dispute) when the basis of an investor’s invocation of entitlement to stability under a fair and equitable treatment clause relies on legislation or regulation of a unilateral and general character. In such instances, investor’s expectations are rooted in regulation of a normative and administrative nature that is not specifically addressed to the relevant investor. This type of regulation is not shielded from subsequent changes under the applicable law. This notwithstanding, a claim to stability can be based on the inherently prospective nature of the regulation at issue aimed at providing a defined framework for future operations. This is the case for regimes, which are applicable to long-term investments and operations, and/or providing for “fallbacks” or contingent rights in case the relevant framework would be changed in unforeseen circumstances or in case certain listed events materialize. In such cases, reference to commonly recognized and applied financial and economic principles to be followed for the regular operation of investments of that type (be they domestic or foreign) may provide a yardstick. This is the case for capital intensive and long term investments and operation of utilities under a license, natural resources exploration and exploitation, project financing or Build Operate and Transfer schemes. ” (Anexo VI-46)

762. Así, *el inversionista ha confiado en dicho compromiso del Estado* al conceder la Autorización de Organización y Funcionamiento (Licencia) para operar una entidad bancaria en el Perú.

763. Producto de ello, el inversionista tenía legítimas expectativas de proyectar un plan de crecimiento de sus inversiones vía su consolidación y mayor presencia en el mercado. En base a ello, se encuentra acreditada la adquisición del Banco País (¶¶215-221, *supra*) y la frustrada operación de compra del Banco Financiero (¶¶245-259, *supra*) así como la serie de aportes al capital social llevados a cabo hasta el año 2000 en que fue intervenido el BNM por parte de la SBS (¶¶242-244, *supra*).

764. En la terminología de los laudos CIADI sobre este tema³⁸¹, las seguridades recibidas por la Demandante son entendidas como definitivas, no ambiguas y por supuesto, no inconsistentes con la ley peruana.

765. En efecto, respecto de este punto, el BNM había conseguido posicionarse de manera creciente en el mercado bancario al situarse en el ranking de los seis primeros bancos del país en cuanto a patrimonio y cuota del mercado (GRANT THORTON ¶33) lo que reflejaba la realidad de un marco regulatorio *comercial* propicio para el incremento de sus inversiones y con ello el incremento de sus ganancias.

766. Del mismo modo, había logrado consolidar relaciones comerciales con importantes bancos extranjeros que le proporcionaban líneas de crédito (JLevy ¶33) en condiciones ventajosas, las mismas que se trasladaban a la política de captación de depósitos, ofreciendo mejores tasas activas y pasivas para competir con el resto de bancos nacionales y extranjeros instalados en el país.

767. En general, las perspectivas de crecimiento de la empresa en el sector eran igualmente muy favorables, como se acredita con el Informe del Perito Experto en Daños y ello responde a la confianza depositada en el *compromiso*

³⁸¹ Nos referimos a Laudos ya mencionados en casos de *Metalclad v Mexico*, *Tecmed v México*, *Azurix Corp v Argentina*, *Sempra Energy v Argentina*.

conferido por el Estado mediante la expedición de las Autorizaciones de operación bancaria concedidas en los años 1992-1993.

768. Por último, el análisis de las legítimas expectativas tiene sentido en la medida que el acto denunciado del Estado haya sido expropiatorio al extremo de neutralizar o destruir la inversión, sea mediante la frustración de toda expectativa de ver el retorno de un beneficio económico y/o la pérdida de control sobre la inversión, al punto de ser considerado expropiatorio. Habiendo sido demostrado que en el caso del BNM se cumple con el *Test del Taking*, (§§706 en adelante, *supra*) el análisis de las legítimas expectativas resulta procedente.

769. Por ello, habiéndose demostrado las legítimas expectativas creadas y asumidas por el Estado a favor del inversionista y que ellas fueron incumplidas, el acto del Estado resulta sancionable por el derecho internacional.

4.3 El Propósito de la Acción Gubernamental del Estado Receptor

770. Según ha sido mencionado anteriormente, conforme a la doctrina de los “efectos de la medida expropiatoria” o “*sole effects doctrine*”³⁸², si la medida considerada expropiatoria alcanza o excede determinados límites de interferencia arbitraria, afectando de manera sustancial los derechos y las legítimas expectativas del inversionista, procederá conforme al Derecho Internacional la compensación al inversionista, independientemente del propósito o de los objetivos de un supuesto interés público de la medida gubernamental.

771. Mediante el presente Memorial, la Demandante ha acreditado el carácter arbitrario, irracional, injustificado y discriminatorio de las medidas gubernamentales, las mismas que afectaron de manera sustancial la continuidad de las operaciones del BNM en el mercado bancario y financiero, en violación de las

³⁸² HOFFMANN, Anne K. “Indirect Expropriation”. En *Standards of Investment Protection*. August Reinisch. Ed. Oxford University Press. Oxford. 2008. “There is a general consensus that the most significant criterion in the case law concerning measures potentially amounting to indirect expropriation is the severity or significance of the impact the measure had on the owner’s ability to use and enjoy his property.” (Anexo VII-15)

disposiciones del APPRI. Razón por la cual, al acreditarse fehacientemente este hecho, conforme al *Test de los Efectos* procede el pago de la compensación debida por parte del Estado Peruano a la inversionista de nacionalidad francesa.

772. Independientemente de lo señalado en el párrafo anterior, en cuanto a las claras y directas consecuencias derivadas de la aplicación del *Test de los Efectos*, debe tomarse en consideración que *el propósito* de expropiar no constituye un requisito necesario para que se configure la Responsabilidad Internacional del Estado y ello ha sido así asumido por la doctrina competente y una serie de laudos arbitrales CIADI³⁸³.

Ejercicio Ilegítimo de los Poderes de Policía

773. Pasaremos a continuación a demostrar que incluso tomando en cuenta el supuesto propósito de interés público que el Estado podría argumentar como una absurda justificación de las medidas de la SBS y BCR contra la inversión protegida, en el presente caso es posible desvirtuar claramente cualquier intento de justificación o prevalencia de dicho supuesto interés público, que como veremos, resulta no identificable en la medida que busca estar disfrazada de la potestad soberana de regular el mercado bancario y financiero sobre los derechos del inversionista.

774. Tanto a nivel de la doctrina, como a nivel de la jurisprudencia arbitral, es posible distinguir, junto con la “*sole effects doctrine*”, dos posturas adicionales que tienen como propósito establecer si determinada medida gubernamental resulta expropiatoria o no, y por lo tanto si resulta compensable o no, atendiendo a la relación que puede establecerse entre dos elementos básicos: los “efectos” de dichas medidas gubernamentales sobre la inversión y el “propósito” de las mismas.

775. La primera de estas posturas es la cuestionada “Doctrina Radical de los Poderes de Policía” o “*Radical Police Powers Doctrine*” y la segunda es la

³⁸³ Ver entre otros Laudos *Tecmed vs. México*, *Metalcal vs. México*, *Biloune vs. Ghana* (laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 27 de octubre de 1989).

“Doctrina Moderada de los Poderes de Policía” o “*Moderate Police Powers Doctrine*”.

776. Como pasaremos a demostrar a continuación y con mayor detalle en la parte pertinente del presente Memorial, conforme a la definición de cualquiera de las dos posturas mencionadas en el párrafo anterior, no es posible sostener que el supuesto interés público que podría de manera absurda alegar la Demandada para pretender justificar sus medidas frente a BNM, deba prevalecer sobre la protección de los derechos del inversionista.

777. Conforme a la Doctrina Radical de los Poderes de Policía o “*Radical Police Powers Doctrine*”, doctrina poco aceptada y muy criticada por no atender adecuadamente a las necesidades de fomento y protección de la inversión, en aquellos casos en los que la interferencia en la inversión se deba a un propósito legítimo, es decir, si la medida gubernamental responde a un legítimo y acreditado interés público, no nos encontraremos ante un supuesto de expropiación indirecta, aún cuando se hayan visto afectados de manera sustancial los derechos del inversionista.

778. No obstante, es importante mencionar que incluso de acuerdo a la “*Radical Police Powers Doctrine*” que enfatiza los poderes de policía del Estado en detrimento de la protección a la inversión, resulta necesario que se cumplan determinados requisitos mínimos y esenciales para que el Estado se libere de responsabilidad frente al inversionista, como son: i) que la medida sea claramente no discriminatoria y ii) que se haya dictado de buena fe y conforme a las normas de un debido proceso³⁸⁴. Ya en el Laudo Arbitral *Methanex Corp. v.s U.S.A.*³⁸⁵, se señaló lo siguiente:

“As a matter of general international Law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due

³⁸⁴ KRIEBAUM, Ursula. Op cit. p.726. “The awards in “Methanex” and “Saluka” are examples for the radical variant of the police powers doctrine: In these two cases the tribunals found that in accordance with general international law a *non-discriminatory measure* in the public interest taken in accordance with *due process requirements* that targets, among others, foreign investors is no expropriation (...)”.

³⁸⁵ *Laudo Arbitral Methanex Corp. vs. USA (NAFTA)*, 3 Ago 2005, Parte IV, Capítulo D, Pág. 4, par. 7.

process and, which affects, inter alias, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory

779. A su vez, los Tribunales Arbitrales que han fundamentado su decisión en la Doctrina Moderada de los Poderes de Policía – “*Moderate Police Powers Doctrine*” - respecto a si se ha producido o no un supuesto de expropiación indirecta compensable, han tomado en consideración tanto los efectos de la interferencia estatal en la inversión como el propósito de la medida.

780. Para ello, han procedido a analizar si la medida corresponde a un real interés público o no, así como la existencia de legítimas expectativas del inversionista³⁸⁶. Estos Tribunales han establecido una relación entre los “efectos” de la medida, el supuesto “propósito” de interés público y las legítimas expectativas del inversor, buscando una relación de *proporcionalidad* entre estos conceptos³⁸⁷.

781. Debe mencionarse que incluso para la Doctrina Moderada de los Poderes de Policía, la intención del Estado tiene un valor, pero siempre subordinado a los efectos de la medida en la inversión³⁸⁸. Sobre este punto, en el Laudo Arbitral *Tecmed v.s México*³⁸⁹, el Tribunal señala:

³⁸⁶ NEWCOMBE, Andrew. Op. cit. p.41-46. “Governments may only rely on police power regulation as a rationale for non-compensation in certain circumstances. As a general rule, mere public interest does not provide a sufficient reason for non-compensation.”..... “A rationale for the protection against uncompensated expropriation: To ensure that the State measures do not deprive investors of their investments unless the measure is reasonably necessary to protect an essential public interest recognized under the narrow police power exception”.

³⁸⁷ KRIEBAUM, Ursula. Op cit. p.728-730. “In Tecmed ... it balanced the public interest of the host State in the interference (public purpose) with the effects of the interference on the investor and its interest in having its investment protected” y “The Court applies a balancing test whereby it evaluates whether the State’s interference with property rights strikes a fair equilibrium between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the complainant’s property rights”.

³⁸⁸ Laudo ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. Republica Argentina (Vivendi II)*, 20 de agosto de 2007, “There is extensive authority for the proposition that the state’s intent, or its subjective motives are at most a secondary consideration. While intent will weigh in favour of showing a measure to be expropriatory, it is not a requirement, because the *effect* of the measure on the investor, not the state’s intent, is the critical factor” *Par.* 7.5.20. (Anexo VI-8)

³⁸⁹ *Ver Laudo ICSID Técnicas Medioambientales Tecmed AS v.s United Mexican States*, 29 Mayo 2003, 10 ICSID Reports 134.

“After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such acts or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality”.

782. En el análisis de la relación de proporcionalidad entre los objetivos o fines de la interferencia, en la medida en que se refiera a un real y probado interés público, y los efectos de la misma, diversos factores son analizados por los Tribunales Arbitrales, entre los que se encuentran:

- Grado de severidad de la medida de interferencia;
- Legítimas expectativas del inversionista afectadas;
- Adecuación de la medida de interferencia para alcanzar el alegado “interés público”;
- Prioridad del interés público reflejado por la medida en particular
- ¿Fue la medida adecuada para alcanzar el propósito público invocado?
- ¿Qué tan prioritario era para el Estado alcanzar dicho objetivo a través de dicha medida en particular?
- Cuánto ha afectado o interferido la medida estatal en las legítimas expectativas del inversionista en relación al continuo uso y explotación de su inversión.
- El Estado ha sometido proyectos de inversión similares al mismo tipo de medida gubernamental en atención al referido interés público invocado?

783. Si como producto del análisis del *test de proporcionalidad* es posible determinar que no existe un equilibrio adecuado entre el objetivo de interés público y los efectos negativos sustanciales de la medida, como consecuencia de lo cual el particular ha sufrido una carga individual, excesiva e irracional, nos encontraremos ante un acto estatal expropiatorio ilegal que debe ser

adecuadamente compensado, ya que la medida no resulta razonablemente necesaria³⁹⁰.

784. Adicionalmente a ello, para efectos de analizar la necesidad y la adecuación del carácter de la medida estatal *para lograr los objetivos de interés público invocados* por el Estado, resulta de particular importancia que la medida en cuestión sea lo menos invasiva posible para alcanzar dichos objetivos³⁹¹.

785. Esto es particularmente importante en materia de Derecho Internacional de las Inversiones, por el carácter protector y promotor de la inversión que ostenta el marco jurídico supranacional, reglas aplicables a la actuación de la SBS frente a las empresas del sistema bancario y financiero. Las medidas del Interventor entendida dentro de sus facultades discrecionales de los funcionarios públicos que las dictan³⁹² deben necesariamente respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad y mínima injerencia³⁹³.

786. Tomando en cuenta los conceptos teóricos antes mencionados, pasamos a continuación a analizar el carácter de las medidas adoptadas por el Estado peruano en contra del BNM, que afectaron la inversión protegida y las legítimas expectativas del inversionista de nacionalidad francesa.

³⁹⁰ NEWCOMBE, Andrew. Op cit. p.8 “As International Commission Law Rapporteur García-Amador highlighted in his Fourth Report: “The very *raison d’être* of compensation for expropriation ordered in the public interest is the idea that the State, i.e, the community, must not benefit unduly at the expense of private individuals”.

³⁹¹ KRIEBAUM, Ursula. Op cit. p.732 “One has to establish whether the expropriation is conducive to the public purpose invoked. Second, one must inquire whether the expropriation was the least invasive measure to achieve the goal. ... The choice of the least invasive measure is particularly appropriate in investment law since the protection of economic interest is the overriding objective of investment protection treaties”.

³⁹² Ver Forsyth ¶¶289 al 295. En general, mientras mayor sea la discrecionalidad de la Administración mayor debe ser la exigencia de motivación del acto administrativo, ya que la motivación expuesta permite distinguir entre un acto de tipo arbitrario frente a uno de tipo discrecional.

³⁹³ *Laudo ICSID Técnicas Medioambientales Tecmed AS vs. United Mexican States*. “Whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of those who suffered such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure”. 29 Mayo 2003, 10 ICSID Reports 122.

787. Debe señalarse y quedar claro en primer lugar que no es posible identificar interés público que justifique las medidas dictadas por la SBS, en la medida que representa un acto que es parte de un procedimiento oscuro desde su inicio, que vulneró el elemental derecho de ser escuchado ante el MEF, mayor aún ante la inminente medida estatal que estaría destinado a afectar en gravedad la inversión de la Demandante, expresado en El Programa de Consolidación Patrimonial del sistema bancario mediante el DU.108-2000.

788. Por lo que a la fecha de presentación del Memorial de Méritos no existe la mínima certeza que el BNM haya incumplido la ley peruana ni las disposiciones del regulador, en vista que en ninguno de los Informes de Visitas elaborados por la SBS se identificó irregularidades graves, sino algunas observaciones propias del giro de negocio inserto en un escenario de crisis de liquidez ocasionada por el propio Estado, por lo que no existió alguna infracción que genere duda de la situación patrimonial del BNM y con ello la inexistencia absoluta del supuesto interés público que busque garantizar el ahorro del público y de la estabilidad del sistema bancario en el Perú.

789. En consecuencia, habiendo el BNM ofrecido garantías plenas al BCR, lo único que era posible razonablemente esperar era la disposición del resdescuento bancario para superar el momento temporal de iliquidiez y por parte de la SBS frenar la ola de rumores dirigidos específicamente contra el BNM. La omisión del Estado en actuar de acuerdo a ley y a sus atribuciones, significó la inminente paralización de las actividades de la empresa. Este objetivo de paralización de las actividades de la empresa sí fue logrado por el accionar del Estado.

790. Si acaso buscaba el BCR y la SBS asegurar el ahorro público y la estabilidad en el sistema financiero, como entidades gubernamentales competentes debió comportarse como un verdadero prestamista de última instancia y repeler el pánico financiero, respectivamente. Ambas obligaciones propias de las competencias del Estado no fueron ejercidas, no obstante que la situación patrimonial del BNM era muy superior a la media del sistema y que únicamente

requería de US\$ 10 millones para superar un pico temporal de iliquidez, no ajena al resto de bancos del sistema bancario en el Perú.

791. Esta medida hubiera logrado el objetivo de garantizar el ahorro del público y la estabilidad del sistema bancario y al mismo tiempo no hubiera significado la afectación sustancial de las actividades comerciales de la empresa, al punto de eliminarla del mercado.

792. En consecuencia, tomando en cuenta los efectos dañinos de las medidas estatales de la SBS, así como las consecuencias de las figuras de intervención y disolución que establece la Ley de Banca ya comentada, resulta imposible defender la razonabilidad y proporcionalidad de dichas medidas en función a algún interés público a ser protegido que justifique la afectación sustancial de los derechos y legítimas expectativas del inversionista.

793. Asimismo, si nos remitimos a la cuestionada Doctrina Radical de los Poderes de Policía o “*Radical Police Powers Doctrine*” que requiere por lo menos de tres elementos para que la medida estatal no sea considerada expropiatoria y por lo tanto compensable, debemos en primer lugar encontrarnos ante una medida que responda a un legítimo interés público, que como hemos visto en el presente caso no es identificable en su ejecución práctica de los hechos descritos. Por otro lado, dicha doctrina requiere como elementos mínimos de protección de la inversión que la medida no sea discriminatoria y que haya sido dictada conforme a las normas de un debido proceso.

794. En consecuencia, conforme a la *Doctrina Radical de los Poderes de Policía*, no se dan los elementos que permitan afirmar que nos encontramos ante un acto estatal regulatorio no compensable, sino más bien ante un acto de expropiación discriminatorio y que no respetó las normas del debido proceso, que es consecuencia de la aplicación de medidas abusivas e injustificadas que buscaron encubrir una arbitraria interpretación de la ley tributaria por parte de la SUNAT.

795. Finalmente, si analizamos los hechos de la controversia a la luz de los conceptos propios de la Doctrina Moderada de los Poderes de Policía – “*Moderate Police Powers Doctrine*” – para determinar si se ha producido un supuesto de expropiación indirecta compensable, tomando en consideración tanto los efectos de la interferencia estatal, el propósito de la medida, la existencia de legítimas expectativas del inversionista así como la relación de proporcionalidad entre estos elementos, llegaremos a la misma conclusión, es decir, que nos encontramos ante un acto de expropiación indirecta que debe ser adecuadamente compensado.

796. Es por ello que si nos remitimos a las interrogantes que se formulan aquellos que se adhieren a esta doctrina a fin de determinar la proporcionalidad adecuada entre los elementos de análisis, es posible constatar:

- (i) El grado de severidad de la medida de interferencia fue muy alto al punto de paralizar las actividades de la empresa.
- (ii) Las legítimas expectativas del inversionista fueron igualmente afectadas de manera sustancial.
- (iii) La adecuación de la medida de interferencia, es decir, las medidas cautelares, para alcanzar el alegado “interés público” es nula, por lo ineficiente que resultó embargar el patrimonio y negocio de la sociedad de la forma en que se ejecutó, entre otros argumentos ya mencionados.
- (iv) Si lo que se buscaba era asegurar la recaudación, se hubieran embargado las cuentas por cobrar, lo que hubiera sido mucho más eficiente y absolutamente menos invasivo para lograr el objetivo de recaudación de tributos.

797. En consecuencia, igualmente conforme a la Doctrina Moderada de los Poderes de Policía, no se dan los elementos que permitan afirmar que nos encontramos ante un acto estatal regulatorio no compensable, sino que nos

encontramos ante un claro acto de expropiación indirecta que debe ser compensado por el Estado.

798. Aun en el caso mencionado en el párrafo anterior, en el supuesto que el Tribunal Arbitral considerara que BNM incumplió la ley doméstica por la parte menor de las observaciones identificadas en la Segunda Visita de la SBS, esto no constituiría un incumplimiento gravoso ni doloso de la ley interna, por lo que no correspondería que BNM sufriera unas medidas estatales desproporcionadas e irreversibles como las ejecutadas arbitrariamente por la SBS contra la inversión.

799. En efecto, desde la perspectiva del Derecho Internacional constituirían medidas absolutamente desproporcionadas del BCR y/o de la SBS, medidas que afectaron sustancialmente la inversión, eliminando a la empresa del mercado, por los argumentos ya mencionados.

4.4 Determinación de Ilegalidad del Acto Expropiatorio

Con relación a la ilegalidad del acto denunciado, el Artículo 5 del APPRI señala lo siguiente:

“ARTICULO 5

(2). Las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.

Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta, adecuada. (...)”.

800. Habiendo sido determinado que la acción de la SBS constituye, por sus efectos, un acto del Estado elevado a categoría de expropiación indirecta, conforme al derecho internacional, corresponde establecer si la misma constituye

un acto legal o ilegal en base a los términos y procedimientos expresamente acordados por las Partes Contratantes.

801. Podemos afirmar que los requisitos y procedimientos que establece el Artículo 5 del APPRI no se han presentado en el acto denunciado cometido por las dependencias estatales en cuestión, por lo que el Estado Peruano, al no cumplir con el compromiso internacional asumido de no expropiar, conlleva indefectiblemente la determinación de la ilegalidad del acto expropiatorio.

802. Asimismo, tal como fuera planteado por la Demandante, el texto del Artículo 5 del APPRI resulta claro, en el sentido que el mismo no establece excepción alguna a favor del Estado receptor, que permita justificar un acto expropiatorio indirecto e ilegal alegando la naturaleza de Acto Regulatorio.

803. En general, este Artículo no permite ningún acto expropiatorio del Estado que pueda escudarse en el ejercicio de los *poderes de policía* y pretenda con ello restar importancia a los efectos de la expropiación³⁹⁴.

804. Por ello, en principio, del texto del Artículo 5 del APPRI establecido por las Partes Contratantes, toda expropiación, derivada de un acto regulatorio o no, que incumpla los requisitos establecidos por dicho artículo o por el derecho internacional, resulta ser sancionable y acarrea, necesariamente, la responsabilidad internacional del Estado receptor.

805. No obstante ello, y en caso que el Tribunal considere analizar supuestos de exoneración de responsabilidad del Estado receptor, más allá de la voluntad expresa y clara de las Partes Contratantes del APPRI, la Demandante considera que aún así, no se presentan los elementos de un Acto Regulatorio No Compensable y menos aún nos encontramos ante incumplimientos graves de la ley

³⁹⁴ FORTIER y DRYMER. Op cit, p.309. En su oportunidad la Jueza Higgins señaló lo siguiente: “Is this distinction [between expropriation and regulation] intellectually viable?. Is not the State in both cases (that is, either by a taking for a public purpose, or by regulating) purporting to act in the common good? And in each case has the owner of the property not suffered loss? Under international law standards, a regulation that amounted (by virtue of its scope and effect) to a taking, would need to be “for a public purpose” (in the sense of in the general, rather than for a private, interest). And just compensation would be due.

por parte del inversor que busquen justificar la medida expropiatoria a cargo de la SBS.

806. Para ello, pasaremos a desarrollar en mayor detalle cada literal del Artículo 5 del APPRI.

4.4.1 Utilidad Pública de la Medida

807. Sobre el particular, el concepto de *utilidad pública, necesidad o interés público* conforme al derecho local constituye un concepto indeterminado. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado³⁹⁵ que se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias. En efecto, continúa el Tribunal Constitucional, que no se trata de un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la arbitrariedad.

808. De manera similar a los considerandos y alcances de la ley peruana, a nivel del derecho internacional de inversiones, *la utilidad pública, necesidad pública, interés público o finalidad pública* no resulta ser una categoría legal tan amplia en su cobertura que abarque el universo de actos del Estado para pretender justificar una acción arbitraria, teniendo más bien una connotación restrictiva³⁹⁶ en su aplicación.

³⁹⁵ Expediente N° 2488-2004-AA/TC. Ver en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html>. Última consulta 23.08.2011. (Anexo II-11)

³⁹⁶ Laudo (méritos) *ADC Affiliate Limited/ ADC & ADMC Management Limited vs. Republic of Hungary*. p.78-79. (Anexo VI-1) señala lo siguiente: “The Tribunal can see no public interest being served by the Respondent’s depriving actions of the Claimants’ investments in the Airport Project. 430. Although the Respondent repeatedly attempted to persuade the Tribunal that the Amending Act, the Decree and the actions taken in reliance thereon were necessary and important for the harmonization of the Hungarian Government’s transport strategy, laws and regulations with the EU law, it failed to substantiate such a claim with convincing facts or legal reasoning. 431. The reference to the wording “*the strategic interest of the State*” as used in the Amendment Motion by Dr. Kosztolányi does not assist the Respondent’s position either. While the Tribunal has always been curious about what interest actually stood behind these words, the Respondent never furnished it with a substantive answer. 432. In the Tribunal’s opinion, a treaty requirement for “*public interest*” requires some genuine interest of the public. If mere reference to “*public interest*” can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met. 433. With the claimed “*public interest*” unproved and the

809. Para configurar un acto expropiatorio legal, el primer elemento a considerar en el procedimiento establecido en el Artículo 5 del APPRI es el relacionado a satisfacer la protección de la *utilidad pública, necesidad o interés público*, lo que conllevaría a que el Estado Peruano deba promulgar una Ley por parte del Congreso de la República³⁹⁷ autorizando la expropiación de la inversión, mencionando la utilidad pública o necesidad pública que se busca proteger y publicarla en el Diario Oficial El Peruano³⁹⁸.

810. En el caso del BNM, no se ha llevado a cabo el procedimiento establecido por ley para implementar un acto expropiatorio, precisamente por haberse configurado un acto de expropiación indirecta en el tiempo, siendo la Resolución SBS N°.775-2001 que declara la Disolución y Liquidación del BNM el acto del Estado que finalmente frustró a nivel expropiatorio el goce y uso de la propiedad. En suma, la falta de uno o de todos los elementos del Artículo 5 del APPRI determina que el acto expropiatorio resulta ilegal e igualmente sancionado por el derecho internacional.

811. No obstante ello, el Demandante procederá a analizar dos categorías adicionales no previstas expresamente en el APPRI, que puedan entenderse inmersas en la concepción restrictiva de la defensa de Utilidad Pública o Necesidad Pública.

Tribunal's curiosity thereon unsatisfied, the Tribunal must reject the arguments made by the Respondent in this regard. In any event, as the Tribunal has already remarked, the subsequent privatization and the agreement with BAA renders this whole debate somewhat unnecessary".

³⁹⁷ El Artículo 70 de la Constitución Política del Estado establece que: "(...) A nadie puede privarse e su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (...)" (Anexo X-13).

³⁹⁸ Conforme al Artículo 109 de la Constitución Política del Estado se dispone que: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial". Artículo 9 de la Ley de Expropiaciones Ley 27117 señala: " (...) en estos casos, en un plazo de cinco días útiles, contados a partir de la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente (...)"

El supuesto objetivo: Utilidad o Necesidad pública aplicable para el caso concreto del mercado bancario y financiero

812. La Constitución Política del Estado peruano señala en su Artículo 87° (Anexo X-13) que *“el Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley”*.

813. Asimismo, el Artículo 2° de la Ley de Banca, señala que *“es objeto principal de esta ley propender al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivos, sólidos y confiables, que contribuyan al desarrollo nacional”*.

814. Por otro lado, en el proceso judicial de Acción de Amparo seguido por NMH contra la SBS (ANEXO III-7 numeral 18), el Regulador manifestó en la contestación de la Demanda que *“la finalidad de la intervención es proteger la estabilidad del sistema financiero y los derechos de los ahorristas y acreedores del Banco, antes que favorecer a la entidad bancaria o a sus accionistas”*.

815. El acto del Estado dirigido a salvaguardar la *utilidad pública* o necesidad pública en el mercado bancario y financiero, apunta a: i) la protección del ahorro del público y ii) la creación de las condiciones de competencia y solidez en el sistema.

816. Identificada la formalidad legal de *la utilidad pública* aplicable para crisis temporales de liquidez del mercado bancario y financiero en el Perú, no se encuentra acreditado el supuesto interés o utilidad pública protegida que respalde una medida irreversible y destructiva como resultó ser la intervención y posterior disolución y liquidación del BNM.

817. Por un lado, y tal como se ha venido mencionado en este Memorial, está demostrado que antes de la Intervención, el BNM era una institución sólida patrimonialmente dentro del contexto de la época (GRANT THORTON ¶¶39 y 40), lo que aseguraba la protección de los ahorristas y reflejaba la competitividad del BNM en el mercado.

818. Asimismo, se encuentra acreditado que la actuación del BCR en su calidad de prestamista de última instancia, no cumplió con su rol garante de salvaguardar el ahorro público, en la medida que denegó el proveer créditos con fines de regulación monetaria solicitados por el BNM para superar un periodo temporal de liquidez derivado de una corrida de depósitos (Forsyth ¶¶140, 146, 171 y 172) lo que refleja una conducta clara del Estado en renunciar a brindar a protección del interés público que conllevaba mantener la estabilidad del sistema financiero en periodo de crisis.

819. Por otro lado, está demostrado que la SBS durante su gestión como Interventor dio preferencia en el pago a las líneas de crédito de los bancos del exterior (¶529, *supra*), en desmedro de la preferencia de pago a los ahorristas (Forsyth ¶87). Esto contradice la propia naturaleza del estándar de protección detrás de rótulo *utilidad pública* tras las medidas para fortalecer el sistema bancario por parte del Estado receptor, por lo que resulta en evidencia clara y prueba irrefutable de la falta de utilidad pública de la medida estatal.

820. En general, se procedió con la disolución y liquidación de una entidad financiera saludable patrimonialmente, como salida a una situación temporal de liquidez generada por una crisis política causada por el propio del Estado, beneficiándose con ello el fortalecimiento patrimonial de la banca grande y reduciendo la competencia en el mercado, por lo que está acreditado que no estamos frente a un acto de protección de la *utilidad pública* para garantizar la protección del ahorro que conlleva la estabilidad del sistema bancario y financiero, sino por el contrario ante un Acto Regulatorio No Compensable.

821. De la lectura de los hechos descritos, del Informe del Perito Experto Legal en la materia, no se ha comprobado la utilidad pública invocada por el Estado receptor.

La Acción del Poder Ejecutivo, del BCR y de la SBS no constituye un Acto Regulatorio No Compensable por el Derecho Internacional

822. No es posible afirmar que nos encontramos ante un Acto Regulatorio No Compensable, toda vez que no hay forma de justificar las medidas del BCR y de la SBS en una supuesta protección de la *utilidad pública* respecto del ahorro y la garantía de mayores condiciones de competencia en el mercado. Esto debido a que el BNM gozaba de buena salud financiera y patrimonial, lo que garantizaba el ahorro público depositado y su permanencia en el mercado generaba mayores condiciones de competencia en el sistema bancario y financiero del país.

823. Los supuestos de exoneración de responsabilidad de los Estados en base a un Acto Regulatorio No Compensable obedecen a cambios regulatorios vinculados generalmente a temas de orden público, salud pública, temas criminales, protección ambiental y regulación tributaria.

824. Si bien, temas referidos a la estabilidad del sistema bancario y financiero pueden estar dentro de dicha categoría, ello no implica *per se* que toda manifestación de *los poderes de policía* del Estado para buscar mantener dicha estabilidad, lo exonere de la responsabilidad de compensar los daños. Mucho menos se puede asumir sin cuestionamiento alguno, que en el caso del BNM, su intervención obedeció a una utilidad pública o por el contrario, se trata de enmascarar una arbitrariedad.

825. De manera general, documentos como la *European Convention of Human Rights* y el relacionado a *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (ANEXO X-5) se refieren particularmente a cambios legislativos y regulatorios propios del *poder de policía* de los Estados y al reconocimiento de la soberanía de los Estados para (i) modificar sus leyes y regulaciones o (ii) aplicar las ya existentes, en respuesta a

los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales.

826. Existe unanimidad en el derecho internacional al señalar que no es posible admitir expropiaciones motivadas en causas que no obedezcan a *interés público*³⁹⁹. Notable es que en algunos casos CIADI, se ha llegado a concluir la naturaleza ilegal de la expropiación en base a la ausencia de un *interés público*. Como por ejemplo, en el caso *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Republic of Liberia*, relativo al retiro unilateral de una concesión maderera por parte del gobierno de Liberia, donde el tribunal se pronunció respecto al requisito del interés público.⁴⁰⁰

827. En el caso del BNM, nos encontramos ante una situación de crisis temporal de liquidez del sistema bancario y financiero en el país. Dicha crisis fue generada por la propia inestabilidad política causada por el Estado, por la exposición pública de los actos de corrupción generalizados del gobierno, que produjo la renuncia por fax del Presidente Fujimori desde el Japón. (ver ¶¶269-275, *supra*)

828. La Demandante cuestiona los efectos que tuvo en la inversión la variación sustancial de las normas o reglas de juego en el negocio bancario por parte de la República del Perú. En efecto, la ley de banca establecía un procedimiento de intervención y disolución de empresas del sistema bancario, dejando parejo el terreno para los procesos de negociación de los privados – accionistas- con miras a superar periodos temporales de crisis.

³⁹⁹ Así, por ejemplo, es ilustrativa la decisión del árbitro *ad hoc* en el caso *British Petroleum vs. Libya* que formó parte de la serie de arbitrajes de las Concesiones Petroleras libias. En este caso se encontró que la expropiación era ilegal porque tenía una motivación política que en el caso obedecía a una retaliación de una decisión de política exterior británica.

⁴⁰⁰ Laudo *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) vs. Republic of Liberia*, caso CIADI, No. ARB/83/2, del 31 de marzo de 1986: “There was no legislative enactment by the Government of Liberia. There was no evidence of any stated policy on the part of the Liberian Government to take concessions of this kind into public ownership for the public good. On the contrary, evidence was given to the Tribunal that areas of the concession taken away from LETCO were granted to other foreign-owned companies [...]”

829. De la distinta documentación que se adjunta, se hace mención que la Ley de Banca es una norma de avanzada, un instrumento legal moderno en la regulación del sistema bancario y financiero, por lo que toda variación a reglas menos eficientes, resultaba impredecible.

830. Con la implementación de un régimen paralelo mediante el DU No. 108-2000 y su Reglamento, el Estado peruano inclina la balanza de manera abierta para que los bancos grandes absorban a los bancos chicos, con la consecuente variación de las condiciones que afecta en gravedad, no solo el valor del patrimonio de la inversión que en un escenario de intervención perdería mayor valor, sino también el nivel de negociación de la inversionista con la banca grande o posibles socios estratégicos, ante la preferencia del Estado en mantener en el mercado a ciertos bancos, menos eficientes y menos rentables, solo por el simple hecho de contar con un mayor patrimonio que el BNM. Asimismo, la afectación directa de los derechos de los accionistas diluidos en el Programa de Consolidación del DU.108-2000 (Forsyth ¶259).

831. En el hipotético caso negado que el Tribunal considere que ello no es suficiente y resulte necesario analizar la conducta del Estado, a través de sus dependencias BCR y la SBS en estos aspectos, el acto denunciado y el contexto en el cual se llevaron a cabo, no cumplen con los requisitos que establece el derecho internacional para ser considerado un Acto Regulatorio No Compensable.

832. En efecto, complementando lo antes descrito y tomando como referencia, entre otros documentos de trabajo, el *Restatement Third of Foreign Relations Law of the United States* distingue entre una expropiación indirecta y una regulación gubernamental válida, señalando⁴⁰¹ que los Estados no son responsables por las pérdidas de la propiedad u otras desventajas económicas resultantes de una *regulación de buena fe y sin ser discriminatorias*.

⁴⁰¹ *Restatement of the Law Third*. A state is responsible as for an expropriation of property when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien's property or its removal from the state's territory (...) A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of state, if it is not discriminatory (...)

833. Bajo cualquier perspectiva, no puede entenderse que la negativa del BCR en cumplir su rol de prestamista de última instancia, la implementación de un régimen paralelo al régimen de la Ley de Banca para ejecutar un sistema de reordenamiento del mercado bancario y financiero, así como del ejercicio arbitrario de las facultades del Interventor contra el patrimonio protegido por el APPRI hayan sido de buena fe, todo lo contrario, en vista que:

- Negativa del BCR en acceder a un redescuento monetario solicitado por el BNM por el valor de US\$ 12 millones aproximadamente, no obstante de haber ofrecido garantías –colaterales- exigidas por normas específicas del BCR y con el fin de afrontar un periodo temporal de liquidez.
- La promulgación del DU 108-2000 fue hecha en consenso con los principales bancos grandes del país, sin participación de los gerentes y altos funcionarios de la banca chica, entre ellos, el BNM. Dicho hecho evidencia discriminación y que la permanencia en el mercado del BNM no era parte de la solución en la crisis financiera. (¶¶311-314, *supra*)
- El DU 108-2000 implementó un sistema paralelo cambiando la tendencia de la moderna Ley de Bancos con miras exclusivamente a favorecer el fortalecimiento patrimonial de la banca grande en el país, en desmedro del patrimonio de los accionistas invertidos en la banca chica.
- El texto del DU 108-2000 favoreciendo la adquisición de los bancos chicos por parte de los bancos grandes, conllevó a un proceso de pérdida de valor sobre el patrimonio de la banca chica y endureció los procesos de negociación de fusión a favor de la “adquiriente” y en perjuicio de los accionistas de a “transferente”, debido al peligro de una inminente intervención del BNM.
- Situación patrimonial aceptable conforme a los Informes de auditoría y de clasificación de riesgos, por lo que su viabilidad se encontraba

asegurada. (¶¶223-224, *supra*). No existía justificación técnica ni legal para ser sometido al Régimen Transitorio.

- Situación patrimonial aceptable y perspectivas fundadas de crecimiento en el mercado, reflejado en la autorización de la CONASEV en poder listar acciones del BNM en bolsa de valores.
- Actuar contradictorio de la SBS, en cuyo Informe de Segunda Visita al BNM, no identifica aumentos de capital como “observación” a ser subsanable para supuestamente mejorar la salud patrimonial del BNM, no obstante, anteriormente fue un argumento para negar la adquisición del Banco Financiero (¶¶252-259, *supra*).
- La reducción del capital social del BNM a cero (S/.0.00) mediante un acto administrativo, declarado confiscatorio por las Cortes judiciales del Estado receptor.
- El sustento de la Resolución SBS No.775-2001 que declara la Disolución del BNM, se basa en un Informe de valorización de un bloque patrimonial, que no es una valorización propiamente dicha, sino un Informe comúnmente reconocido como uno de “Procedimientos Convenidos” entre dos privados para concretar una determinada operación comercial. (¶¶446-464, *supra*).
- El sustento de la Resolución SBS No.775-2001 que declara la Disolución y Liquidación del BNM no tiene como soporte una valorización del *total* del patrimonio del BNM. Por lo tanto, este acto del Estado, el más gravoso en el sistema bancario, no cuenta con una justificación integral de la situación patrimonial del BNM.
- La gestión del Interventor al aplicar una metodología distinta e inconsistente en el manejo de la cartera de clientes del BNM, reflejada en la reclasificación de la cartera, que justifica mayores provisiones y afecta

en gravedad el patrimonio del BNM ante pérdidas acumuladas. (¶¶371-381, *supra*)

- El registro retroactivo de ajustes contables negativos en el Balance General recién al mes de julio del 2001, acumulando en dicho período mayores exigencias de provisiones aplicadas a las pérdidas, pero expresado con fecha valor al 31.12.00, constituye una violación de toda práctica contable. (¶¶415-421, *supra*. Ver también Choque ¶¶27-33)

834. Estos hechos entendidos de manera conjunta o aislada, no solo determinan mala fe, sino que también resultan ser conceptualmente discriminatorios y por tanto son una clara demostración que no nos encontramos frente a un Acto Regulatorio No Compensable.

Perspectiva del Derecho Internacional: Inconsistencias en la Actuación del Estado para Proteger la Utilidad Pública

835. El tema relativo a Ley sustantiva aplicable por los Tribunales Arbitrales Internacionales en una controversia internacional de inversiones, así como el tipo de relación que debe existir entre el derecho internacional y el derecho doméstico en esta materia son asuntos de particular importancia, ya que detrás de estos se encuentra la discusión sobre el rol que los Estados nacionales y los sistemas legales nacionales desempeñan en la regulación de la inversión extranjera.

836. Dicho análisis también conlleva la determinación del rol que el derecho internacional debe necesariamente desempeñar en el control de la legalidad de los actos estatales que afecten los derechos de los inversionistas, bajo un criterio de proporcionalidad y ausencia de arbitrariedad.

837. Como ya se ha venido señalando en este Memorial, el artículo 42 (1) del Convenio CIADI sobre ley aplicable establece lo siguiente:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”

838. En la sección relativa a la Ley Aplicable (§§161 en adelante, *supra*) hemos señalado que en controversias internacionales relativas a inversión extranjera, tanto la doctrina, como antecedentes de laudos arbitrales internacionales, han establecido que en caso de conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional, este último prevalece, siendo que la primacía del derecho internacional, así como su rol suplementario y correctivo en relación al derecho interno, constituye una garantía esencial del sistema internacional⁴⁰².

839. Por lo demás, como ya ha sido también mencionado en el presente Memorial, esta función del derecho internacional se ve corroborada por lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ANEXO X-6), en el sentido que un Estado no puede invocar su derecho interno a fin de evadir su responsabilidad internacional.

840. Debe tenerse en consideración, tal como señala **Sornarajah**⁴⁰³, que la obligación de una compensación pronta, adecuada y efectiva en caso de expropiación, así como el arreglo de dichas materias en sede arbitral internacional, son elementos claramente identificables como parte del contenido del estándar

⁴⁰² SCHREUER, Cristoph. “Commentary on the ICSID Convention: Articles 41, 42, 43 and 44”. p.477. “The relationship of international law to the host State’s domestic law has turned out to be the most complex question in the application of the second sentence of Art. 42 ... The formula of the supplemental and corrective effect of international law has since been widely accepted. Commentators generally agree that the function of international law is to close any gaps in domestic law as well as to remedy any violations of international law which may arise through the application of the host State’s law”. (Anexo VII-26)

⁴⁰³ SORNARAJAH, M. “The International Law on Foreign Investment”. Cambridge University Press. Cambridge. 2004. p.148. “The content of the international minimum standard is difficult to identify. Apart from the rule relating to compensation for expropriation and the settlement of such issues through a tribunal that sits outside the host state, there does not seem to be any other guidance as to what the content of the standard is. The Hull standard of full compensation is regarded as being incorporated into the minimum standard. The assessment of such compensation by a foreign tribunal, and the requirements that expropriation should be non-discriminatory and for a public purpose are said to flow from the international minimum standard”. (Anexo VII-30)

mínimo de trato o protección a la inversión, que es asimismo, el estándar que materializa el rol correctivo del derecho internacional.

841. Es por ello que la referencia al Laudo *Tecmed v.s México*⁴⁰⁴, en el que el Tribunal Arbitral, al referirse al documento sobre *Responsabilidad Internacional de los Estados elaborado por la Comisión de Derecho Internacional*, señala que aún en el caso que la actuación atribuible a la Demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho, desde la óptica de su derecho interno, no significa que lo sea bajo el derecho internacional.

4.4.2 Arbitrariedad de la Medida

842. Como hemos señalado en este Memorial, nos encontramos ante un acto arbitrario (*ver* ¶¶743 en adelante, *supra*) irracional y desproporcionado del Estado peruano y sus dependencias estatales BCR y SBS, que ha destruido la inversión al grado de expropiación⁴⁰⁵.

843. Aun en el hipotético caso que la conducta del BCR y el DU 108-2000 como de sus normas modificatorias dictadas por el Estado Peruano, sean entendidos como un actuar y un instrumento legal legítimo y soberano para reestablecer el equilibrio de una crisis temporal de liquidez en el sistema bancario, generado por el propio Estado, ello no implica en lo absoluto que no sean contrarios al derecho internacional.

⁴⁰⁴ Laudo CIADI *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v.s Estados Unidos Mexicanos*, 29 de mayo de 2003, pár. 120.

⁴⁰⁵ Sobre las medidas con caracteres expropiatorios y a su relación con los estándares mínimos de protección de la inversión, NEWCOMBE, Andrew. “Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?”. Señala: “The burden of enhancement to public enterprises should not be borne by one property owner, and, in particular, by a foreign investor who is vulnerable to opportunistic state conduct. The other elements of the international minimum standard of treatment include respect for investor-state contracts, national treatment and a minimum standard of fair and equitable treatment (...). Tests of deprivation that focus on significant reductions in value or the deprivation of an investment suggest that the role of the international minimum standard is to protect economic value (...) Investment protection should be designed to protect investors from unfair treatment (...) Cases of administrative arbitrariness will likely violate one of these two principles. In particular, any measure designed or intended to cause economic injury to a foreign investor would be a violation of the minimum standard of treatment (...) The international minimum standard of treatment in customary international law is designed to ensure that states are responsible for injuries and damages caused by arbitrary acts. The customary international standard of treatment requires that states not act arbitrarily or commit an abuse of rights (...)”.

844. En efecto, si consideramos que la tendencia de la norma era reacomodar la competencia en el mercado en condiciones favorables a la banca grande, en perjuicio de la banca chica, al margen de consideraciones de eficiencia y competencia, nos encontramos ante un supuesto de violación de los estándares de protección del derecho internacional, entendido en un contexto de hechos que se han sucedido para facilitar dicho objetivo, entre los que podemos mencionar los siguientes:

- El retiro abrupto de los fondos dinerarios de las empresas públicas que fueron depositados en las empresas del sistema bancario y financiero conforme al Reglamento de Subastas de Colocaciones de Fondos de Empresas Públicas (¶¶297-310, *supra*) la cual es considerada por el inversionista como una variable que se tuvo en cuenta para generar valor en la inversión.
- El incumplimiento del rol del BCR en su calidad de prestamista de última instancia para superar periodos de liquidez del sistema, que son originados por supuestos de riesgo moral.
- El incumplimiento del rol garantista de la SBS en combatir frontalmente el pánico financiero (¶¶325-333, *supra*) tipificado como delito por la legislación penal del Estado receptor.
- La invariabilidad de las reglas de juego en el marco normativo del sector bancario y financiero. La implementación de un sistema paralelo al marco normativo establecido en la Ley de Bancos, mediante el DU 108-2000 y su reglamento a efectos de establecer condiciones de consolidación del mercado financiero, favoreciendo el traspaso de patrimonio de la banca chica a la banca grande del país (¶¶315-318 y 366, *supra*)

- Actuación del Estado por intermedio del MEF en concertar soluciones a la crisis financiera, sin participación de los bancos chicos (*ver* ¶¶311-314, *supra*).
- Desconocimiento de la normativa contable por la SBS en el registro oportuno de supuestas mayores exigencias de provisiones en el mes de julio del 2001, pero trasladados al 31.12.00.
- Falta de patrocinio de la SBS para la obtención de alternativas de liquidez a diciembre del 2000 con el Banco Central de Reserva.
- No acatamiento de las resoluciones judiciales por los órganos del Poder Ejecutivo, como la SBS, que ordenaban la restitución del derecho de los accionistas a contar con participación efectiva en el capital social del BNM.

845. En general, nos encontramos ante un supuesto de violación al derecho internacional debido a la incongruencia entre la situación de crisis temporal de liquidez generada por el propio Estado y los actos del Estado para afrontar la misma. Asimismo, las medidas adoptadas resultaron arbitrarias con relación a una inversión que reflejaba *ratios* y estándares de solidez patrimonial para permanecer en el mercado bancario, no encontrándose el BNM en supuestos de riesgo moral.

846. Del mismo modo, una vez intervenido el BNM, la actuación discrecional y arbitraria del Interventor en proceder a perjudicar durante su gestión el patrimonio del BNM para enmascarar el formalismo legal de la disolución, no obstante existir evidencia previa de la comprobada salud de la cartera de colocaciones del BNM, para que luego del 05 de diciembre del año 2000, todos los clientes del BNM se volvieron malos pagadores.

847. Este nuevo escenario de cesación de pagos bajo la exclusiva gestión y administración del Interventor de la SBS, generó mayores exigencias de

provisiones y con ello el incremento de pérdidas sustanciales que afectaron los resultados y al mismo patrimonio del BNM, al extremo de volverlo negativo. Mayor contradicción resulta que el Estado no pueda justificar dicha conducta, al extremo de señalar en el procedimiento de Discovery que no existen pruebas del Interventor. (§404, *supra*).

848. Todo el proceso sufrido por el BNM no tuvo como objetivo la protección del ahorro público, ni crear mayores niveles de competencia en el sector bancario, sino más bien, la erosión al límite del valor del BNM producto exclusivamente de la gestión del Interventor.

4.4.3 Test de Proporcionalidad de la Medida

849. Por otro lado, los Tribunales Arbitrales que han fundamentado su decisión en la Doctrina Moderada de los Poderes de Policía – “*Moderate Police Powers Doctrine*” - respecto a si se ha producido o no un supuesto de expropiación indirecta compensable, han tomado en consideración tanto los efectos de la interferencia estatal en la inversión, como el propósito de la medida, en el supuesto de estar objetivamente frente a una medida que busque proteger la *utilidad pública*.

850. En este escenario, los Tribunales Arbitrales han procedido a analizar si la medida corresponde a una real utilidad pública o no, así como la existencia de legítimas expectativas del inversionista⁴⁰⁶.

851. Estos Tribunales han establecido una relación entre los “efectos” de la medida, el supuesto “propósito” de interés o utilidad pública –si este

⁴⁰⁶ NEWCOMBE, Andrew. Op. cit. p.41-46. “Governments may only rely on police power regulation as a rationale for non-compensation in certain circumstances. As a general rule, mere public interest does not provide a sufficient reason for non-compensation.”..... “A rationale for the protection against uncompensated expropriation: To ensure that the State measures do not deprive investors of their investments unless the measure is reasonably necessary to protect an essential public interest recognized under the narrow police power exception”.

realmente existe- y las legítimas expectativas del inversor, **buscando una relación de proporcionalidad entre estos conceptos**⁴⁰⁷.

852. En el análisis de la *relación de proporcionalidad* entre los objetivos o fines de la interferencia, en la medida en que se refiera a un real y probado interés público, y los efectos de la misma, diversos factores son analizados por los Tribunales Arbitrales, entre los que se encuentran:

- Grado de severidad de la medida de interferencia;
- Legítimas expectativas del inversionista afectadas;
- Adecuación de la medida de interferencia para alcanzar el alegado “interés público”;
- Prioridad del interés público reflejado por la medida en particular;
- Fue la medida adecuada para alcanzar el propósito público invocado?;
- Que tan prioritario era para el Estado alcanzar dicho objetivo a través de dicha medida en particular?;
- Cuánto ha afectado o interferido la medida estatal en las legítimas expectativas del inversionista en relación al continuo uso y explotación de su inversión.
- El Estado ha sometido proyectos de inversión similares al mismo tipo de medida gubernamental en atención al referido interés público invocado?

853. Si como producto del análisis del *test de proporcionalidad* es posible determinar que no existe un equilibrio adecuado entre el objetivo de la utilidad o interés público y los efectos negativos sustanciales de la medida, como consecuencia de lo cual el particular ha sufrido una carga individual, excesiva e irracional, nos encontraremos ante un acto estatal expropiatorio ilegal.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ KRIEBAUM, Ursula. Op cit. p.728-730. “In Tecmed ... it balanced the public interest of the host State in the interference (public purpose) with the effects of the interference on the investor and its interest in having its investment protected” y “The Court applies a balancing test whereby it evaluates whether the State’s interference with property rights strikes a fair equilibrium between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the complainant’s property rights”.

⁴⁰⁸ NEWCOMBE, Andrew. Op cit. p.8. “As International Commission Law Rapporteur García-Amador highlighted in his Fourth Report: The very *raison d’être* of compensation for expropriation ordered in the

Adicionalmente a ello, *para lograr los objetivos de utilidad pública invocada* por el Estado, resulta de particular importancia que la medida en cuestión sea lo menos invasiva posible para alcanzar dichos objetivos⁴⁰⁹.

854. Por último, las medidas del Estado y del Interventor, entendido dentro de las facultades discrecionales de los funcionarios públicos que las dictan deben necesariamente respetar el principio de mínima injerencia⁴¹⁰.

855. Como hemos señalado anteriormente queda claro en primer lugar que no es posible identificar *utilidad pública* que justifique las medidas que generaron la intervención y disolución del BNM, en vista que no estaba en juego la protección del ahorro que inexorablemente implica proteger la estabilidad del sistema para garantizar la estabilidad del sector.

856. En efecto, la implementación de un régimen paralelo al régimen general de la Ley de Banca, implica un cambio en las reglas de juego en los procedimientos de intervención y disolución de empresas bancarias por parte del Estado (i) con la clara indicación de favorecer el traspaso de patrimonio de la banca chica a favor de la banca grande (ii) afectar las expectativas y los derechos de los accionistas en el manejo del banco, así como en los procesos de negociación con otros privados y (iii) no busca mantener bancos patrimonialmente sólidos en el mercado que es la base de la protección del ahorro, no constituyen *prima facie* el mecanismo para garantizar el ahorro del público, ni mucho menos fomentar la competencia en el sector.

public interest is the idea that the State, i.e, the community, must not benefit unduly at the expense of private individuals”.

⁴⁰⁹ KRIEBAUM, Ursula. Op cit. p.732. “One has to establish whether the expropriation is conducive to the public purpose invoked. Second, one must inquire whether the expropriation was the least invasive measure to achieve the goal. ... The choice of the least invasive measure is particularly appropriate in investment law since the protection of economic interest is the overriding objective of investment protection treaties”.

⁴¹⁰ *Laudo ICSID Técnicas Medioambientales Tecmed AS vs. United Mexican States*. “Whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of those who suffered such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure...”. 29 Mayo 2003, 10 ICSID Reports 122.

857. Por otro lado, de la lectura de los Informes de Auditoría, de la conducta propia del Estado mediante los Informes de Visitas de la SBS, de la autorización de la CONASEV (GRANT THORTON ¶36) e Informes Legales, que acreditan la buena salud patrimonial del BNM, no existía riesgo alguno que ponga el peligro el estándar de *utilidad pública* en el sector bancario que el Estado alega defender.

858. Mas bien, la conducta del Estado en propiciar aún más la inestabilidad del sistema al retirar abruptamente los fondos públicos de manera sorpresiva y sin considerar mecanismos de contingencia a favor de los bancos, no constituye *prima facie* el mecanismo para garantizar el ahorro del público, ni mucho menos fomentar la competencia en el sector.

859. Por ello, resulta evidente que un problema de liquidez temporal de US\$ 15 millones aproximadamente, generado por la crisis política, generada a su vez por el propio Estado, se convirtió en un proceso de intervención, para luego ser llevado el BNM al Programa de Consolidación del Sistema Financiero y finalmente a un proceso de disolución y liquidación, siendo que el costo económico fue mucho mayor, resultando a todos luces desproporcional.

860. En consecuencia, lo único que era posible razonablemente esperar de la ejecución de dichas medidas sobre el BNM, no solo era lograr la paralización de las actividades de la empresa por la propia naturaleza de la sanción establecida en la Ley de Banca, sino también distribuir la cuota de participación del BNM en el mercado de manera artificial a favor de la banca grande, dejando a un lado todo criterio de competencia. Ambos objetivos sí fueron logrados por el accionar del Estado.

861. Si acaso buscaba el Estado asegurar la estabilidad del BNM como medio para garantizar el ahorro y la competencia en el sector, que pasaba una crisis temporal de liquidez, debió, entre otros puntos, haber facilitado lo siguiente:

- Contrarrestar los actos de pánico financiero generados de manera anónima contra el BNM. Toda medida de mitigación a implementar

por la Inversionista resultaría insuficiente, en la medida que el Estado no asuma su rol garantista del sistema, dejando más bien a su suerte al inversionista (JLevy ¶62)

- Involucrar a los gerentes y altos funcionarios de la banca chica en la elaboración de las opciones de salida y soluciones a los problemas de liquidez originadas por el propio Estado, finalmente expresada en el DU 108-2000.
- Establecer condiciones igualitarias entre la banca chica y la banca grande para no afectar el valor del patrimonio a negociar y asimismo no afectar el nivel de negociación de ambas partes con miras a afrontar la crisis temporal de liquidez.
- Llevar los procedimientos de visitas con mayor confidencialidad y cautela, a efectos de no transmitir mensajes de debilidad al mercado producto de la larga estadía de los funcionarios de la SBS en las instalaciones del BNM.
- Emplear de manera más eficiente y con mayor criterio de gestión de crisis, la figura del redescuento bancario por parte del BCR (*ver* Forsyth ¶185) y con ello superar los picos de iliquidez del mercado. En otras palabras, asumir por parte del BCR su rol de prestamista de última instancia.
- Autorizar la liberación en parte del encaje bancario para otorgarle liquidez al sistema en situaciones de crisis temporales.
- Emisión de bonos del tesoro.
- Haber autorizado el proceso de fusión del BNM con el Banco Financiero, operación que fue puesta en conocimiento de la SBS oportunamente, para su autorización y con ello haber permitido la

generación de sinergias, como producto de un mayor fortalecimiento patrimonial para tranquilidad del mercado.

- Haber designado profesionales de alto reconocimiento y experiencia para que actúen como interventores, con sólida formación bancaria, para cumplir la labor de estabilización de empresas del sistema para superar periodos temporales de iliquidez, evitando tendencias y actuaciones de estos funcionarios favorables a procesos de liquidación.

862. No obstante la gama de alternativas disponibles que tenía el Estado peruano, se llevó a cabo un procedimiento distinto, cuya consecuencia fue el retiro de una institución bancaria con *ratios* de solidez patrimonial aceptables en el mercado, dejado a su suerte por las autoridades competentes para afrontar el pánico financiero que lo llevó a una situación de corrida de fondos imparable conllevó a una situación de iliquidez temporal, activando la formalidad legal de la intervención y posterior disolución y liquidación del BNM.

863. En consecuencia, resulta imposible defender la razonabilidad y proporcionalidad de dichas medidas en función a algún *interés o utilidad publica* a ser protegido por el Estado que justifique la afectación sustancial de los derechos y legítimas expectativas del inversionista.

864. Es por ello que si nos remitimos a las interrogantes que se formulan aquellos que se adhieren a esta doctrina a fin de determinar la proporcionalidad adecuada entre los elementos de análisis, es posible constatar:

- El grado de severidad de la medida estatal de interferencia fue el del nivel mayor de injerencia, al punto de paralizar las actividades de la empresa.
- Las legítimas expectativas del inversionista fueron igualmente afectadas de manera sustancial, no solo al ver frustrada una inversión de largo plazo por el accionar del Estado, sino también por

considerar los fondos de las empresas del Estado como un mecanismo legítimo de negocios para crear valor y que fueron abruptamente retirados por el Estado sin planificación alguna. Asimismo, las legítimas expectativas del inversionista de poder aplicar en caso de crisis temporales de liquidez, a los redescuentos bancarios del BCR en su calidad de prestamista de última instancia, esperar una respuesta sólida de parte de la SBS para afrontar y neutralizar todo efecto del pánico financiero, así como mantener el criterio de igualdad de negociación de los procedimientos de intervención y reflatamiento de entidades bancarias en el Perú.

- La adecuación de la medida de interferencia, vale decir la medida de intervención y disolución amparada en el DU 108-2000 para proteger el alegado “*interés público*” es nula, ya que la medida resultó inadecuada por ineficiente, al retirar artificialmente un banco patrimonialmente viable, no estando en peligro los fondos de los ahorristas, ni la competencia en el mercado de servicios bancarios y financieros, a diferencia de otros bancos locales que contaban con serios problemas de liquidez (ANEXO GT-019)
- Si lo que el Estado buscaba era garantizar la estabilidad del sistema, se hubiera adoptado alguna de las medidas a su alcance descritas en el Informe del Perito Experto Legal.

865. En efecto, desde la perspectiva del Derecho Internacional, constituyen medidas absolutamente desproporcionadas, entre otras mencionadas, el reducir a cero (S/.0.00) el capital social del BNM (ANEXO IV-25), medida que desaprecio la propiedad y la inversión, eliminando a la empresa del mercado, por los argumentos ya mencionados.

866. La Demandante sostiene, por los argumentos expuestos, que si bien desde la perspectiva del derecho interno podrían revestirse formalmente de un haz de legalidad el acto y las medidas de la SBS, bajo la perspectiva del derecho internacional resultan ser ilegales y arbitrarias, aún así nos encontremos en una

situación de crisis temporal de liquidez del mercado bancario y financiero, generada por el propio Estado, en donde el BNM no pasaba por una situación de riesgo moral.

867. En efecto, desde la perspectiva de la primacía del derecho internacional, así como en atención a su rol suplementario y correctivo en relación al derecho interno como garantía esencial del sistema internacional, los actos estatales bajo aplicación de la ley doméstica descritos anteriormente resultan ser ilegales internacionalmente, al haber transgredido criterios de predictibilidad, proporcionalidad, arbitrariedad, buena fe, seguridad jurídica y con ello vulnerado los principios de protección a la inversión, encontrándonos ante una situación de expropiación indirecta.

868. Por las razones anteriormente mencionadas, al haber el Perú expropiado indirectamente una inversión protegida por el APPRI, el Estado peruano ha violado de esta manera obligaciones de derecho internacional, y se encuentra obligado al pago de una compensación adecuada a favor del inversionista por los daños ocasionados, en los valores que señala el Informe del Perito de Daños.

4.5 “En virtud de un procedimiento legal interno”

869. El APPRI en el artículo 5 recoge el requisito que una expropiación para ser admitida deberá cumplir con los requisitos de legalidad impuestos por la legislación doméstica, debiendo en consecuencia respetarse el principio del debido proceso.

870. Es por ello que además de un comprobado interés o utilidad pública, una segunda condición establecida tanto por el derecho internacional consuetudinario⁴¹¹ como por el texto expreso del APPRI para que el acto

⁴¹¹ KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan. “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”. En International Law and Justice Working Papers. Institute for International Law and Justice, New York University School of Law. Working Paper 2009-6. p.35. “Classical customary international law and treaty jurisprudence typically holds that covered direct and indirect expropriations are only lawful under

expropiatorio sea considerado legal, es que se cumpla con el derecho al *debido proceso*, lo que implica, entre otras características, el derecho a un procedimiento legal con instancias revisoras del acto cuestionado.

871. Bastará la referencia a tres casos CIADI a fin de demostrar la importancia y operatividad de este requisito. En el caso *Goetz v. Burundi*, el Tribunal, en aplicación del inciso 1 del artículo 4 del APPRI Bélgica-Burundi condicionó la legalidad de la expropiación al examen de la legalidad del procedimiento por el cual se tomó las medidas en cuestión.⁴¹²

872. En el caso *ADC v. Hungría*, el tribunal subrayó la necesidad de la presencia de garantías procesales básicas a fin de asegurar el derecho de defensa del inversionista⁴¹³ y finalmente, en el caso *Loewen Group v.s Estados Unidos de América*, el Tribunal destacó la importancia de asegurar un debido proceso al inversionista, afirmando que la prohibición de un supuesto de denegación de justicia forma parte del derecho internacional consuetudinario.⁴¹⁴

international investment treaties if they fulfill a public purpose, are implemented in a non-discriminatory manner and observe *due process of law*. Finally and most importantly, both direct and indirect expropriations regularly require compensation”. (Anexo VII-16)

⁴¹² Laudo *Goetz and Others vs. Republic of Burundi*, caso CIADI No. ARB/95/3, Decisión sobre Responsabilidad, 2 de septiembre de 1998, párra. 127.

⁴¹³ Laudo *ADC Affiliate Limited and ADC Ú ADMC Management Limited vs. Republic of Hungary*, caso CIADI No. ARB/03/16, del 2 de octubre de 2006, pár. 435. Some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that ‘the actions are taken under due process of law’ rings hollow.

⁴¹⁴ Ver Laudo *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*, caso CIADI No. ARB/(AF)/98/3, del 26 de junio de 2003, párrafos 123 y 129: “.....we take it to be the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a State, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litigation is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice”. “.....It is not in dispute between the parties that customary international law is concerned with denials of justice in litigation between private parties. Indeed, Respondent’s expert, Professor Greenwood QC, acknowledges that customary international law imposes on States an obligation “to maintain and make available to aliens, a fair and effective system of justice” (Anexo VI-43)

873. A fin de determinar si el Estado ha cumplido o no con el requisito del debido proceso, diversos factores deben ser considerados, tales como: existencia de mecanismos legales de impugnación básicos, tales como notificación oportuna, derecho a audiencia y órgano decisor imparcial; órgano de apelación o revisión independiente del órgano gubernamental que ordenó u ejecutó la expropiación; órgano con facultades suficientes de revisión, así como facultades para dejar sin efecto el acto expropiatorio y ordenar el pago de una compensación al inversionista afectado; existencia de normas de procedimiento claras y transparentes para impugnar el acto expropiatorio, entre otros requisitos.

874. En el desarrollo de este Memorial se ha demostrado cómo es que las medidas de intervención y disolución del BNM decretadas por el Estado peruano ni siquiera cumplen con los requisitos formales, ni de fondo establecidos por la Ley General de Expropiaciones (http://www.vivienda.gob.pe/dnc/archivos/valuaciones/normas_interes/LEY%20N%C2%BA%2027117.pdf), ni por los criterios mínimos de afectación de la propiedad, entendida desde la perspectiva del derecho nacional⁴¹⁵, como del derecho internacional.

875. En efecto, a nivel de la Ley de Expropiaciones del Perú no se ha iniciado ningún procedimiento que conceda garantías al derecho de ser escuchado el inversor, por lo que se encuentra acreditada la afectación al debido proceso.

876. Desde el punto de vista del *procedimiento administrativo*, no existe un procedimiento de impugnación de las Resoluciones emitidas por la SBS, suscritas por el Superintendente de Banca, llámese nulidad, apelación y/o revisión ante un superior jerárquico para cuestionar decisiones de tal envergadura como la intervención y disolución de una entidad bancaria, no existiendo por lo tanto en el ordenamiento jurídico peruano un recurso disponible, inmediato, adecuado y efectivo contra dichas medidas. (ver Forsyth ¶67 y 80)

⁴¹⁵ NEWCOMBE y PARADELL. Op cit. p.376. “On balance, it seems that the due process imports a requirement that an expropriation be in accordance with the law of the host state as well as an international minimum standard of due process, including notice, a fair hearing and non-arbitrariness”.

877. En este contexto, la única opción reconocida en el ordenamiento legal peruano es cuestionar la Resolución Administrativa de la SBS que son suscritas por el Superintendente mediante la interposición de una demanda judicial.

878. En efecto, mediante la empresa Nuevo Mundo Holding, tenedora del 99.9% de las acciones en el BNM, se procedió a interponer una acción judicial de garantía constitucional denominada “Acción de Amparo” ante las Cortes Judiciales, obteniendo en primer momento una Medida Cautelar que suspendía los efectos de la Resolución SBS N°.509-2001 que declaraba el capital a cero (S/.0.00) al representar un acto administrativo que viola el derecho constitucional a la propiedad del inversor.

879. No obstante esta orden judicial, la SBS procedió a declarar la Disolución del BNM. La Resolución que declara la Disolución del BNM tomó como basamento la resolución que fue impugnada y suspendida en sus efectos por el Poder Judicial antes mencionada

880. En otras palabras, la SBS prosiguió con llevar a cabo la Disolución y Liquidación del BNM en abierto desacato de una orden judicial sobre los efectos de la reducción del capital a cero (S/.0.00). Dicho desconocimiento judicial y el hecho de proseguir con un proceso de disolución del BNM implica indefectiblemente un quebrantamiento del debido proceso, así como del procedimiento legal interno, particularmente del procedimiento judicial. (Forsyth ¶351-353)

881. Adicionalmente a ello, la Resolución de Disolución del BNM también se basó en el Informe de la auditora internacional *Arthur Andersen* y de *PwC* para justificar una valorización del BNM (¶451-456 *supra*). Ello, se ha demostrado que es inexacto; lo que señala el Informe de *PwC* es que dicho Informe tan solo se limita a verificar que *Arthur Andersen* haya cumplido con la *metodología de valorización* encomendada por las partes de la operación de compra de un bloque patrimonial del BNM.

882. Es de observar que la auditora *Arthur Andersen* señala expresamente que el Informe no debe ser entendido como una valorización patrimonial. En efecto se trataba tan solo de lo que se conoce a nivel del argot contable y de auditoría como un Informe de “Procedimientos Convenidos” establecido entre el Interventor del BNM y el Banco Interamericano de Finanzas – BIF- para la adquisición de un bloque patrimonial.

883. El establecer una sanción tan drástica como la declaración de disolución y liquidación del BNM por parte del Regulador y que la inversionista no cuente con un procedimiento eficiente de impugnación ante la misma instancia, resulta violatorio del debido proceso.

884. Asimismo, al haber identificado que no existió una valorización integral del BNM propiamente dicho, no obstante que la Resolución de Disolución y Liquidación hace mención al Informe de *Arthur Andersen* y *PwC* como una valorización, como sustento de la medida estatal, representa también una flagrante violación del debido proceso legal.

885. De igual manera, tampoco se puede considerar el respeto al debido proceso el no haber hecho partícipe de la solución legal a todos los potenciales afectados, particularmente al BNM, implementando de manera paralela un régimen de intervención mediante el DU 180-2000 para beneficiar la fusión por absorción de la banca chica a favor de la banca grande por parte del Estado receptor, la misma que resultó ambigua y oscura en cuanto a los límites de las facultades del Interventor durante los procedimientos de intervención y disolución.

886. Por último, la abierta interferencia del Presidente de la República, de la Presidente del Congreso y del Superintendente de Banca en el devenir del proceso judicial de Nulidad de Acto Administrativo que declaró la Disolución y Liquidación del BNM ante la Corte Suprema de Justicia (§§471-482 *supra*).

Dichas conductas concertadas entre los dos Poderes del Estado que influyeron indebidamente en el Poder Judicial, manifestadas en conferencias de prensa

convocadas en un solo día, estuvieron dirigidas a ejercer presión indebida y excesiva contra los derechos del BNM y sus accionistas, lo que demuestra una clara prueba de la falta del debido proceso en los procedimientos judiciales internos en el Perú.

887. Analizado de manera articulada todos estos hechos, la conclusión no puede ser otra que el Estado peruano tampoco ha cumplido con el requisito del debido proceso para la expropiación a que se refiere el artículo 5 del APPRI, lo que igualmente convierte a dicha expropiación en un acto ilegal.

4.6 “Sin discriminación”

888. El artículo 5 del APPRI, así como el derecho internacional consuetudinario, establecen como condición para que el acto expropiatorio sea considerado legal, que éste se realice sobre una base no discriminatoria⁴¹⁶.

889. Ha quedado demostrado, que el BNM fue sujeto a una serie de actos discriminatorios por parte del Estado peruano. En primer lugar, discriminado al no ser invitado a la reunión convocada por el MEF para tratar las alternativas de solución del Gobierno con miras a afrontar y solucionar la crisis de liquidez del sistema bancario y financiero que generó la expedición del DU 180-2000 materia de análisis en el presente proceso. No obstante ello, las empresas de la banca grande del país participaron en el instrumento legal de solución de la crisis, porque fueron invitadas formalmente a participar.

890. Asimismo, el texto del DU 180-2000 y sus modificatorias resultan también discriminatorios, en vista que distingue en su procedimiento y en el tratamiento del manejo de la crisis de liquidez, entre empresas o patrimonios a ser

⁴¹⁶ MANIRUZZAMAN, A.F.M. Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview. 8 Journal of Transnational Law and Policy. p.57. (1998-1999). “The principle of non-discrimination is recognized in international customary practice, as part of general international law, judicial decisions and treaty law. Furthermore, a great majority of jurists have supported the principle as a yardstick of the legality of various state actions. Thus, no one doubts that in customary International law the principle is now firmly established”.

fusionados, dejando de lado criterios de eficiencia y rentabilidad en la toma de decisiones por los agentes económicos.

891. En otras palabras, se encuentra acreditado que el DU 180-2000 y su reglamento promueve no solo es un régimen paralelo al régimen de intervención de la Ley de Bancos, sino que tiene como único objetivo la transferencia de patrimonio de la banca chica a favor de la banca grande y por tanto el acto del Estado pierde neutralidad para que sean los propios agentes económicos quienes determinen de la manera más eficiente las decisiones y condiciones de todo acuerdo de fortalecimiento o consolidación del mercado bancario para superar una crisis temporal de liquidez, sin limitarse a procesos de fusiones direccionadas por el Estado a través de la SBS y de la CEPRE.

892. Por otro lado, la actuación de la SBS para frenar y enfrentar el pánico financiero generado desde el anonimato contra la seguridad y salud patrimonial del BNM. Se encuentra acreditado que la SBS no adoptó ni articuló ninguna medida destinada a afrontar y perseguir enérgicamente el pánico financiero sancionado en la ley penal peruana, ni adoptó ninguna medida destinada a tranquilizar a los mercados de la corrida de depósitos en el BNM, no obstante que resulta ser un rol irrenunciable a la labor propia del Regulador.

893. A diferencia de ello, la SBS ante las mismas circunstancias de pánico financiero un mes posterior a la intervención del BNM, adoptó todas las medidas de contingencia para tranquilizar a los mercados, nos referimos al caso del Banco de Crédito del Perú –BCP- y Banco Wiese, empresas bancarias de capitales peruanos, lo cual evidencia un tratamiento diferenciado injustificado (¶¶334-337 *supra*).

894. Del mismo modo, el Estado peruano implementó a favor de dos entidades bancarias de capitales peruanos, mecanismos de salvataje financiero a favor del Banco Wiese y Banco Latino mediante un sistema directo de emisión de bonos del tesoro (ANEXO I-7), sin direccionar ni crear un esquema destinado a la transferencia de patrimonios a favor de otros bancos, situación distinta a la aplicada con el BNM.

895. La política del Estado en estos casos fue más bien la de reforzar el patrimonio del banco en problemas para nivelar procesos de apertura de negociación, para que sean los privados quienes determinen las mejores condiciones para fortalecer la permanencia de la empresa en el mercado, sin limitarse a procesos de fusión.

896. En particular, en el caso del BNM solo se requería USD.20 MM aproximadamente para superar el problema temporal de liquidez y permanecer en el mercado, mientras que en los casos de los otros bancos antes mencionados se destinaron más de USD.400 MM en procesos de reflowtamiento del sistema bancario y financiero (ANEXO I-7)

897. Todos estos actos implican, leídos de manera articulada con relación al acto final de disolución y liquidación del BNM bajo la premisa que el BCR y la SBS deben impedir la caída de los bancos que no se encuentran en riesgo moral, justamente para salvaguardar la utilidad pública en el sistema financiero, representado por la protección del ahorro público, constituyen una vulneración de los principios de no discriminación y de tratamiento igualitario en vista que nos encontramos ante situaciones similares de afectación de los actos regulatorios, empresas que se desarrollan en la misma actividad económica y en relaciones de competencia (*ver*, ¶¶638-673, *supra*). En general, hubo una tendencia clara del Estado de establecer tratos discriminatorios en el manejo de la crisis de liquidez del año 2000.

898. Por lo tanto, estando acreditado que La Demandada también violó lo dispuesto en el artículo 5 del APPRI referente al principio de no discriminación, el acto expropiatorio cuestionado es ilegal.

4.7 “A Cambio de Compensación”

899. Finalmente, el tema de la compensación debida se refiere tanto al perjuicio resultante del acto de expropiación como a su necesaria reparación. Se apreciará cómo es que la violación conjunta del requisito del artículo 5 del APPRI,

referido a la compensación debida, configura por sí sola un supuesto de responsabilidad internacional del Estado peruano, y que la obligación de compensar constituye el único resarcimiento posible, dada la destrucción de la viabilidad de la inversión.

900. Se constatará de esta manera que el Estado peruano no ha cumplido con su obligación de reparar el perjuicio ocasionado a la Demandante.

901. Desde un punto de vista conceptual, cuando un Estado ejecuta una medida considerada expropiatoria, debe cumplir con pagar una compensación adecuada, oportuna y efectiva al particular afectado. Los derechos del inversionista a un debido proceso, así como a una compensación justa son aceptados unánimemente y se encuentran reflejados en todos los tratados internacionales de inversión.

902. El artículo 5 del APPRI se refiere tanto al tercer elemento de la responsabilidad internacional (*el perjuicio*) como a la necesaria consecuencia de la responsabilidad internacional, el pago de los daños. A lo largo del Memorial se ha expuesto cualitativa y cuantitativamente tal afectación y la valuación de los daños se encuentra acreditada por parte del Perito Experto al estar frente a un acto ilegal. Baste aquí recalcar que el perjuicio ocasionado tomó la forma de la destrucción total de la viabilidad y utilidad económica de la inversión de la Demandante.

903. Sobre el particular, los tribunales arbitrales CIADI han determinado que la obligación de pago de la compensación se encuentra presente, incluso, en casos en que la expropiación en cuestión cumplía con los requisitos de legalidad (no es el supuesto del presente caso). El Tribunal Arbitral en el caso *AMCO* afirmó lo siguiente: “[...] *clearly admitted in international law, as well as in Indonesian law, that the State which nationalizes has to provide compensation for the property and/or contractual rights thus taken from their owner or holder*”.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Laudo *Amco Asia Corporation vs. Republic of Indonesia*, caso CIADI No. ARB/81/1, del 20 de noviembre de 1984, 1 *ICSID Reports* (1993) 413, 455. Ver también Laudo *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant vs. People's Republic of Congo*, caso CIADI No. ARB/77/2, del 8 de agosto de 1980. 1 *ICSID Reports*

904. Contra esta obligación, resalta aún más el clarísimo incumplimiento del Estado peruano, el cual no sólo ha faltado a su obligación de indemnizar, sino que ni siquiera admite haber expropiado, precisamente por tratarse por naturaleza de una expropiación indirecta⁴¹⁸, escudándose en la defectuosa y abusiva aplicación de una intervención y posterior disolución y liquidación de una entidad bancaria, para darle un matiz de acto soberano reconocido por el derecho internacional. La conducta denunciada ha violado el derecho de defensa del inversor a nivel del derecho doméstico y asimismo, resulta una violación de los compromisos internacionales asumidos en el APPRI.

905. El artículo 30 del *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados de la CDI* establece que el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado a ponerle fin, si el hecho continúa y a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

906. Esta norma resulta de poca utilidad en el presente caso, ya que la inversión de la Demandante ya fue inutilizada y destruida, además porque las obligaciones de cesación y ofrecimiento de no repetición no responden en forma alguna a la reparación del perjuicio ocasionado.

907. Sobre la reparación del perjuicio el artículo 31 del mismo *Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional* establece:

(1993) 330, 357. El tribunal en el caso *Benvenuti & Bonfant*, que debió decidir en base al inciso 1 del artículo 42 del Convenio CIADI debido a la falta de acuerdo sobre la ley aplicable, manifestó que la obligación de compensar constituye uno de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos: [the] principle of compensation in case of nationalization is in accordance with the Congolese constitution and constitutes one of the generally recognized principles of international law [...]

⁴¹⁸ La doctrina es clara al señalar que en las expropiaciones indirectas, los Estados normalmente niegan la existencia misma de la expropiación así como la consecuente obligación de pagar una compensación. Al respecto, Ursula Kriebaum Op cit, señala: “Bilateral as well as multilateral investment protection treaties typically provide that direct as well as indirect expropriations or measures having equivalent effect require compensation. (.....) States resorting to regulatory measures deny the existence of expropriations and hence the obligation to pay compensation”. The Journal of World Investment and Trade, Oct. 2007, Pag. 717.

- El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
- El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado

908. En el caso de la inversión en el Perú de la Demandante, ésta obligación del Estado peruano viene dada por la previsión específica que hace el APPRI en su artículo 5. Pues bien, de acuerdo a la regla general y al propio APPRI, habiendo el Estado peruano procedido a una expropiación y con ello a causar un grave perjuicio –*hecho internacionalmente ilícito*- se encuentra obligado a otorgar la compensación que prevé la ley aplicable y el derecho internacional consuetudinario.

909. En general, la Demandante ha acreditado estar frente a un acto del Estado no solo expropiatorio, sino que no es un Acto Regulatorio No Compensable, el mismo que no ha cumplido con ninguno de los requisitos exigidos por el Artículo 5 del APPRI aplicable, por lo que resulta ser un acto expropiatorio ilegal, sancionado por el derecho internacional y que origina una obligación de compensar.

4.8 Actuación Diligente del Inversionista - Mitigación del Daño

910. Encontrándose acreditado que el Estado peruano actuó de manera arbitraria al punto de violar las obligaciones asumidas en el APPRI y que su conducta ha causado daño a la Demandante, el derecho internacional impone el deber de compensar al inversionista.

911. No obstante ello, el derecho internacional impone asimismo al inversionista un deber de observancia y debida diligencia en procura de evitar los efectos dañinos del acto arbitrario del Estado. La Teoría de la Mitigación del Daño, entendida como una responsabilidad de la Demandante, ha sido

desarrollada en arbitrajes de inversiones y tiene como finalidad dos aspectos esenciales.

912. Por un lado, establecer que el inversionista tiene una obligación impuesta por el derecho internacional de evitar la posible afectación del actuar del Estado. Por otro lado, establecer que dicha conducta proactiva deba ser analizada caso por caso para determinar si las opciones o alternativas al alcance del inversionista habrían sido *económicamente factibles* de ser empleadas para lograr tal fin. Finalmente, al margen del acto arbitrario y el daño causado, la satisfacción de tales requisitos implicaría la admisión o negativa de la adjudicación de los daños.

913. En *MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile SA vs República de Chile*⁴¹⁹, así como en *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA vs Arab Republic of Egypt*⁴²⁰ los Tribunales adoptaron los criterios mencionados anteriormente, por lo que estando acreditada la carga de la prueba en La Inversionista, procedemos a analizar y demostrar que sí se implementó en el BNM una serie de acciones dirigidas a superar los efectos de la crisis de liquidez, generadas precisamente por la propia crisis política al interior del Estado, entre las que podemos mencionar las siguientes:

- Por Junta de Accionistas de fecha 29 de febrero del 2000, elevada a Escritura Pública el 05 de mayo del 2000, se procedió al aumento de capital por la suma de S/.7'190,000.00 (Siete millones ciento noventa mil y 00/100 Nuevos Soles) (ANEXO II-22).
- Mediante Carta de fecha 19 de julio del 2000, el BNM comunicó a la CONASEV el acuerdo del Directorio del 18 de julio del 2000, aprobando la Primera Emisión de Bonos Hipotecarios del BNM hasta por la suma de USD.20 MM (Veinte millones y 00/100 Dólares Americanos) (ANEXO II-26).

⁴¹⁹ Ver, Laudo Final, párrafos 226 al 228. Caso CIADI ARB N°.01/7.

⁴²⁰ Ver, Laudo Final, párrafos 166 al 171. Caso CIADI ARB N°.99/6.

- Por Junta de Accionistas del 12 de septiembre del 2000, elevada a Escritura Pública del 28 de septiembre del 2000, se procedió a un aumento de capital por la suma de S/.17'490.000.00 (Diez y siete millones cuatrocientos noventa mil y 00/100 Nuevos Soles). (*ver* ¶¶242-244 *supra*)
- En la misma Junta de Accionistas del 12 de septiembre del 2000, se acordó la creación de una reserva facultativa con emisión de primas de capital por la suma de S/.8.8 Millones (Ocho millones ochocientos mil y 00/100 Nuevos Soles).
- A principios del mes de octubre del año 2000 se comunicó a la SBS el cierre de la Operación de Fusión por absorción del Banco Financiero por parte del BNM, lo que implicaba el fortalecimiento del patrimonio y el incremento de su participación en el mercado bancario. Esto se encuentra acreditado por la propia declaración del Superintendente de la SBS Sr. Cortavarría en su presentación ante la Comisión Investigadora del Congreso de la República (*ver* ¶256, *supra*).
- Acuerdo de Directorio del 22 de noviembre del 2000, autorizó la venta de cartera de portafolio hasta por un máximo de US\$ 50 millones (ANEXO JL-17).
- Con fecha 24 de noviembre del 2000, se suscribió un Convenio de Cesión de Operaciones de Préstamos y Arrendamiento Financiero con COFIDE por el que el BNM le cedió a dicha entidad sus derechos y posición contractual sobre diversos contratos de préstamos y arrendamiento financiero por aproximadamente US\$ 105 millones (*ver* JLevy ¶76 y Anexos).

- Solicitud de crédito de regulación monetaria por la suma de US\$ 12 millones ante el BCR con entrega en garantía de un paquete integrado por la cartera de leasing del BNM (*ver* ¶345 *supra*).
- Propuesta de solución integral de fecha 25 septiembre del 2001 dirigida al Ministerio de Economía y Finanzas (ANEXO II-40 y II-41 Informe Final Subcomision Congreso párrafo .4.21. página 16).
- Acta de Junta de Directorio del BNM N°.121 (ANEXO II-50) donde se aprecia las gestiones y acciones de toda la estructura corporativa del banco en atender las necesidades propias del negocio para afrontar periodos de iliquidez temporal.

914. Como se puede apreciar, la conducta de la Demandante fue en todo momento proactiva en la búsqueda de vías de solución al problema generado por la falta de liquidez en el sistema bancario y financiero en el Perú, generado a su vez por la propia crisis política.

915. Dicha conducta de la Demandante, tuvo como respuesta reacciones lentas, contradictorias y en algunos casos, conductas omisivas por parte de la República del Perú que, ante los planteamientos formulados, simplemente no se pronunciaron al respecto, dejando a su suerte al BNM en plena turbulencia del mercado bancario y financiero, generado por el propio Estado.

916. La Resolución SBS N°.775-2001 (Ver Anexo IV-26) que declaró la Disolución y Liquidación del BNM, cerró toda posibilidad de encontrar alternativas para reducir los efectos del acto gravoso que llegó al grado de expropiatorio, en vista que cualquier solución que pudiera haberse planteado bajo cualquier esquema teórico, resultaba *económicamente inviable* y por tanto, demostrado que La Demandante cumplió con su deber de evitar el daño.

917. En general el Régimen Transitorio aplicado al BNM dejaba escaso margen al Inversionista para afrontar una salida viable a los problemas generados por el Estado (*ver* Forsyth ¶279)

918. Asimismo, dicha conducta proactiva de la Demandante, no solo se limitó a elaborar propuestas y mecanismos de solución en la etapa previa a la intervención del BNM, sino también durante el proceso de intervención bajo gestión y administración de la SBS, hasta el momento de la declaración del Disolución y Liquidación del BNM, hecho gravoso en su máxima manifestación, lo que representa la concreción del acto expropiatorio sancionado por el derecho internacional.

CUARTA PARTE: ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PERUANO

919. La regla general en materia de responsabilidad internacional de los Estados se encuentra formulada en base a tres elementos esenciales:

- La existencia de una obligación internacional vigente;
- El incumplimiento de dicha obligación y que dicho incumplimiento sea imputable al Estado obligado (nexo causal); y,
- Un perjuicio o pérdida resultante del acto u omisión estatal.⁴²¹

920. La concurrencia de dichos tres elementos desencadena como consecuencia la responsabilidad internacional del Estado infractor y la obligación de este último de cesar dichos actos y proveer adecuada reparación del perjuicio causado.

921. La mencionada regla general, se encuentra enunciada en el artículo 1 del *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas* (CDI)⁴²². La versión actual del mencionado Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados fue adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones (año 2001). En su quincuagésimo sexto periodo de sesiones (2001), la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución 56/83 en la que toma nota de este Proyecto y lo pone a la atención de los Gobiernos miembros de Naciones Unidas.

922. Como fuera analizado en la sección de este Memorial correspondiente a Ley Aplicable, el Proyecto de la CDI es tomado como referente

⁴²¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”. En *Manual de Derecho Internacional Público*. Ed. M. Sorensen.

⁴²² Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

al presente caso⁴²³. Por ende, también resulta referente el alcance del artículo 12 del proyecto de la CDI, que afirma que la violación de una obligación internacional se configura independientemente de su origen o naturaleza⁴²⁴.

923. En el presente reclamo, la aplicación del APPRI Perú-Francia establece la definición de la responsabilidad internacional del Estado peruano, en concurrencia con las reglas de responsabilidad que aporta el derecho internacional consuetudinario y las reglas específicas que surgen del compromiso del Estado peruano en virtud del APPRI, por tanto el origen obedece a un compromiso internacional.

924. En el caso que nos ocupa, tanto la referencia expresa a los principios generales del derecho como la cláusula de remisión al arbitraje internacional, se encuentran en el APPRI, además de una serie detallada de obligaciones específicas del Estado peruano relativas a no violar los estándares de

⁴²³ Ver texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y comentarios. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53º período de sesiones. Asamblea General. Documentos Oficiales. Suplemento No. 10 (A/56/10), p. 44-45 y ver CRAWFORD, J. "The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries". Cambridge, Cambridge University Press. 2002. p.192-193. (Anexo VII-8). Como se aprecia del texto del artículo 1 del proyecto de la CDI, su ámbito de aplicación se extiende a todas las obligaciones internacionales incurridas por un Estado, independientemente del sujeto activo de dicha obligación. El comentario al artículo 1 hace esta apreciación de forma explícita y afirma que las referidas obligaciones internacionales a cargo del Estado incluyen no sólo aquellas debidas a otros Estados, sino también a otras partes. En efecto, en su comentario al artículo 1 del Proyecto, en el que se enuncia el principio básico que toda violación del derecho internacional por un Estado entraña la responsabilidad internacional de este, la Comisión de Derecho Internacional incluye entre los ejemplos de su aplicación a decisiones de tribunales arbitrales en que el hecho ilícito no se configura en relación a otros Estados. "Los tribunales arbitrales han afirmado repetidas veces este principio, por ejemplo en el asunto de las *Reclamaciones de los súbditos italianos residentes en el Perú*, el asunto de la *Dickson Car Wheel Company*, el asunto de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*, y en el asunto de la *Armstrong Cork Company*. En el asunto del *Rainbow Warrior* el Tribunal Arbitral señaló que "toda violación, por un Estado, de cualquier obligación, sea cual fuere su origen, da lugar a la responsabilidad del Estado". El artículo 2 del proyecto de la CDI, que contiene la definición de hecho ilícito internacional, confirma el razonamiento expuesto en el párrafo anterior al no hacer distinción en función a si la obligación incumplida emana o no de un tratado.

⁴²⁴ United Nations Reports of International Arbitral Awards (1923), p.615. Por su parte, la jurisprudencia internacional nos muestra múltiples ejemplos de dicha aplicación y también ha consagrado los elementos básicos recién apuntados. Así, por ejemplo, en el caso de las *Reclamaciones en la Zona Española de Marruecos*, el tribunal señaló: Responsibility is the necessary corollary of a right. All rights of an international character involve international responsibility. Responsibility results in the duty to make reparation if the obligation in question is not met. CPJI, Serie A, No. 17, 1928, p. 29 En el mismo sentido, en el tan mentado caso de la *Fábrica Chorzow*, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que "(...) the Court observes that it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation."

trato justo y equitativo, no discriminación, trato nacional, seguridades y protecciones plenas y la obligación de no expropiar frente a los inversionistas de nacionalidad francesa, por entidades del gobierno en ejercicio de poderes soberanos, que, en caso de ser incumplidas, acarrearían la responsabilidad internacional del Estado peruano.

925. Analizaremos las obligaciones del Estado peruano que han sido incumplidas y cuyo incumplimiento determina la responsabilidad internacional del Estado infractor.

926. Analizaremos, asimismo, la atribución de responsabilidad al Estado peruano en tres (03) grandes secciones, destinadas a perfilar los tres elementos esenciales apuntados líneas arriba de la responsabilidad internacional de los Estados, junto con la necesaria consecuencia de dicha concurrencia: *la reparación del perjuicio*.

927. En la primera sección, constataremos una vez más y reiteraremos que la inversión efectuada en el Perú por la Demandante, por derecho propio y en defensa de los derechos del BNM en su calidad de inversor controlante, se encuentra dentro de los ámbitos de protección material, subjetivo y temporal descritos específicamente en el Artículo 8° del APPRI, calificándola como inversión protegida por el derecho internacional.

928. Se configura así, el primer elemento de la responsabilidad internacional: La existencia de obligaciones internacionales a cargo del Estado peruano.

929. La segunda sección retomará los argumentos principales que demostraron que los actos del Estado peruano, violan los estándares de trato justo y equitativo, discriminación, trato nacional, seguridad y protección plena y que estamos frente a un acto del Estado que equivale a una expropiación indirecta, supuestos que se encuentran contemplados en los Artículos 3, 5 y 8 del APPRI, respectivamente.

930. En este punto, se pondrá énfasis en cómo es que las violaciones denunciadas son resultado directo de los actos denunciados (nexo causal), tanto en el cumplimiento de la causalidad de *hecho*, como de la causalidad *legal* exigida por la doctrina.

931. En la tercera sección se tratará de la compensación, como necesaria consecuencia del perjuicio ocasionado.

I. INVERSION PROTEGIDA: LA OBLIGACION DEL ESTADO COMO PRIMER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

932. El problema relativo a la identificación del ámbito material de la propiedad cuya violación de los estándares de protección constituyen materia compensable, se encuentra regulado en el Artículo 1° del APPRI, en virtud de la expresa inclusión de la inversión de la Demandante en la definición contenida en el referido Artículo.

933. Existe pronunciamiento expreso de las Partes Contratantes en el Artículo 8 (3) del APPRI. A partir de la interpretación del artículo 25 del Convenio CIADI, de la jurisprudencia arbitral aplicable y del texto del propio APPRI, se encuentra establecido que las inversiones bajo *control directo e indirecto* de inversionistas de nacionalidad francesa en el Perú llevadas a cabo antes del surgimiento de la controversia, se encuentran protegidas por el Acuerdo.

934. Consiguientemente, no solo la *inversión* efectuada por la Demandante en el BNM, por medio de las empresas vehículos, se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación material del APPRI, sino también todos los derechos económicos que representa la misma empresa constituida en el Perú, que bajo control francés, es entendida que la misma en su integridad es un nacional de la República de Francia, y por ello, se encuentra bajo la cobertura de protección del APPRI.

935. En lo que respecta al cumplimiento del ámbito de *aplicación subjetiva* del APPRI, éste establece que las inversiones de la Demandante se encuentran amparadas, al haber quedado acreditado estar al frente de nacionales franceses, sea por parte del Sr. David Levy Pessa, titular inicial de los derechos legítimos para acudir ante el CIADI (*ver* ¶130, *supra*) así como de la Demandante beneficiada de la cesión de los derechos (*ver* ¶129, *supra*) no existiendo limitante alguna ni en el Convenio CIADI ni en el APPRI.

936. En cuanto al *ámbito temporal* de aplicación del APPRI, la inversión de la Demandante se encuentra amparada por éste, en cuanto resulta evidente que el Sr. David Levy Pessa de manera indirecta, llevó a cabo una inversión en el Perú antes que se iniciara la controversia con el Estado peruano (*ver* ¶144, *supra*) cuyos derechos en la inversión, incluyendo el derecho de acceder a las garantías y protecciones del APPRI y del Convenio CIADI, fueron cedidos por el Sr. David Levy Pessa a favor de la Demandante en el año 2005 (*ver* ¶145, *supra*)

937. Por otro lado, al amparo del Artículo 8 numeral 3 del APPRI, el BNM es entendido como una empresa francesa al estar bajo control indirecto de nacionales franceses antes del surgimiento de la controversia. Resulta, asimismo, ser una inversión acreditada con anterioridad al mes de diciembre del año 2000, momento en que se inició la controversia con el Estado Peruano 2005 (*ver* ¶55 al 157, *supra*)

938. Al cumplirse con los presupuestos subjetivos y objetivos para que proceda la protección acordada por el APPRI, se configura el haz de obligaciones relativas a la protección de los inversionistas de nacionalidad francesa a que se ha comprometido el Perú en virtud de dicho Tratado, y al que se encuentra, además, obligado en virtud del derecho internacional.

939. Se configura de esta manera, el primer presupuesto de la responsabilidad internacional de los Estados: la existencia de un activo protegido y de la obligación internacional de no afectarlo y no expropiarlo por parte del sujeto pasivo, El Estado peruano.

II. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES E IMPUTABILIDAD AL ESTADO PERUANO

940. El segundo elemento de la responsabilidad internacional es, como hemos visto, el incumplimiento de obligaciones internacionales imputables al Estado. En esta segunda sección se tratará de cómo es que las violaciones de los estándares reconocidos en el APPRI, constituyen una violación de una obligación internacional asumida por el Estado peruano.

941. En esta sección se demostrará, asimismo, que dichos actos cuestionados del Estado peruano, al haber sido realizados a través de su agente regulador de la política monetaria BCR y del regulador del sistema bancario y financiero, SBS, que ejercen funciones gubernamentales propias del *poder de policía* del Estado receptor y no en ejercicio de funciones meramente *comerciales* como cualquier privado en el mercado, son plenamente atribuibles al Estado peruano.

942. Se configura entonces el segundo elemento de la responsabilidad internacional: el incumplimiento de obligaciones internacionales imputable al Estado peruano.

2.1 La regla de atribución al Estado peruano

943. La primera aproximación en el campo de la responsabilidad internacional del Estado, materia del presente caso, consiste en identificar si el acto(s) denunciado(s) consisten en uno o varios actos del Estado, en ejercicio de funciones soberanas para luego efectuar el análisis de la responsabilidad del Estado⁴²⁵. Se encuentra acreditado que las actuaciones descritas en el Memorial fueron ejercidas por el MEF, el BCR y la SBS.

⁴²⁵ COHEN SMUTNY, Abby. "State Responsibility and Attribution. When is a State Responsible for the Acts of State Enterprises?" Emilio Agustín Maffezini vs. The Kingdom of Spain. En: International Investment Law and Arbitration. Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law. 2005. Edited by Todd Weiler. P.18. "Importantly, the rule of attribution do not answer the question whether conduct creates liability. The rule of attribution merely indicates whether the act is a State act, as opposed to the act of a private individual or company (.....) when an act is

944. En efecto, la regla básica de atribución de responsabilidad se encuentra en el artículo 4 del *Proyecto de Artículos de la CDI*⁴²⁶ y se refiere a la Responsabilidad del Estado generada a través de la conducta de sus órganos:

- Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
- Se entiende que órgano, incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado, con poderes funcionales y estructurales.

945. Por ello, la conducta de cualquier órgano del Estado es atribuible al Estado a propósito de establecer la responsabilidad de este último, independientemente de la posición que el referido ente gubernamental detente en la estructura del Estado.

946. Asimismo, el referido Artículo 4 del Proyecto se aplica a los órganos del Estado, independientemente que estos ejerzan una función legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier otra naturaleza. Este artículo se ha interpretado generalmente como constatación de la amplitud de las acciones que pueden ser atribuibles al Estado⁴²⁷,

deemed to be the responsibility of the State, a separate analysis follows as to whether the act is inconsistent with any relevant obligation of the State, such as those that may be found in an applicable investment treaty". (Anexo VII-4)

⁴²⁶ Los Artículos de la Internacional Law Commission's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts o Artículo ILC sirven de referente en material de responsabilidad internacional de los Estados. En el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. United Republic of Tanzania*, caso CIADI N° ARB/05/22 han citado los Artículos ILC como autoridad importante en la materia. (ver numerales 783-785) (Anexo VI-5)

⁴²⁷ Ver por ejemplo, el caso *NAFTA Loewen vs. Estados Unidos de Norteamérica* en el cual se alegó la responsabilidad del Estado por la actuación de una de sus Cortes.

947. En tal sentido, el MEF, el BCR y la SBS, resultan ser órganos integrantes del Poder Ejecutivo y encargados, conforme a sus competencias, de la supervisión y promoción del sistema bancario y financiero en el Perú, no realizan funciones *comerciales* en el mercado, todo lo contrario, ejercen poderes gubernamentales soberanos, propios de la acción del Estado en la regulación del mercado bancario y financiero en el Perú, funciones que no las puede ejercer un privado.

948. La ley de bancos determina que la SBS es una Institución Pública descentralizada del sector Economía y Finanzas (Ministerio de Economía y Finanzas) dotada de personería jurídica de Derecho Público²⁰⁰⁵ (*ver* Forsyth ¶¶21-22). Asimismo, el MEF y el BCR cumplen un rol medular en el establecimiento de las políticas públicas en materia económica y monetaria, entre ellas, vinculadas a la regulación del sistema bancario peruano que tienen como objetivo final la protección del ahorro público (*ver* Forsyth ¶¶125-126).

949. No cabe duda entonces que la atribución de los actos de la SBS, MEF y BCR obedece a facultades funcionales y estructurales del Estado peruano y que son dichas entidades, en diverso nivel de responsabilidad, las que directamente realizaron los actos denunciados contra la Demandante, como violatorios de las obligaciones asumidas en el APPRI.

950. La referencia a la ley peruana en este caso es pertinente porque el mismo párrafo 2 del Artículo 4 del proyecto de la CDI, establece que el estatus de órgano del Estado de una entidad se determinará, conforme al derecho interno del Estado en cuestión.

951. No queda duda entonces, que de estar acreditadas las violaciones a las obligaciones asumidas en el APPRI por parte del Estado peruano, le son atribuibles en responsabilidad, más aún por la fuerte conexión y causalidad entre el acto denunciado y la destrucción sufrida en la inversión.

952. El mismo criterio es aplicable a la actuación del Poder Judicial de la Republica del Perú que renunció a su autonomía y se dejó influenciar por el

Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo para resolver en un sentido contrario a los derechos del BNM y sus accionistas ante la Corte Suprema de Justicia (ver ¶471 en adelante, *supra*).

953. En esta misma línea de actuación, resulta lamentable que el Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, de manera consciente y concertada, convocaran una conferencia de prensa para dirigirse a los Vocales de la Corte Suprema del país, requiriendo que se desconozca las legítimas pretensiones del BNM y de sus accionistas, bajo pretexto de colocar al Estado en una situación de quiebra de las finanzas públicas, en caso se reconocieran los daños producto de la ilegal intervención ejecutada por la SBS, lo que demuestra un actuar soberano violatorio de toda expectativa de seguridad jurídica.

2.2 La violación de obligaciones establecidas en el APPRI que conlleva responsabilidad internacional del Estado Peruano

954. El artículo 2 del *Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional* califica a un acto del Estado como internacionalmente ilícito cuando un comportamiento, consistente en una acción u omisión, es atribuible al Estado y constituye una violación de una de sus obligaciones internacionales⁴²⁸:

955. A su vez, el artículo 12 del Proyecto del Articulado se encarga de definir lo que debe entenderse por violación de una obligación internacional, la cual se configura cuando el comportamiento de un Estado no se ciñe a sus obligaciones internacionales, independientemente de su fuente y naturaleza⁴²⁹. La evaluación de la licitud del acto responde enteramente a criterios propios del derecho internacional, independientemente de la caracterización de dicho acto en el derecho interno del Estado en cuestión.

⁴²⁸ Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

⁴²⁹ Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

956. Ya se ha detallado en el presente Memorial que la Demandante fue objeto de actos del Estado que vulneraron el estándar de trato justo y equitativo, particularmente la subcategoría de las legítimas expectativas, en cuanto al marco legal predecible y las expectativas del inversor⁴³⁰ (ver supra), en no experimentar cambios sustanciales en el sentir de la ley para que, en casos de crisis temporales de liquidez, el Estado opte por mecanismos ineficientes y gravosos de fusión donde la banca chica no tenga otra salida que transferir sus activos a la banca grande y perder su cuota de participación en el mercado bancario. Asimismo, ha quedado acreditada la vulneración de diversas subcategorías del trato justo y equitativo que han sido desarrolladas en el Memorial

957. Por otro lado, la renuncia en actuar como prestamista de ultima instancia por parte del BCR al no facilitar el redescuento de operaciones de leasing del BNM, para superar una situación temporal de iliquidez, no obstante que el BNM no había superado el número de solicitudes permitidas por ley para acceder a dichos fondos y cuyo costo al Estado –de haber accedido al pedido de redescuento- habría resultado muy inferior con el costo social y económico que produjo la intervención, disolución y liquidación del BNM, vale decir, de la salida artificial del mercado bancario por parte de una entidad patrimonialmente saludable.

958. De otro lado, la omisión de la SBS en enfrentar de manera contundente los actos de pánico financiero en contra de la salud patrimonial del BNM.

⁴³⁰ Opinión independiente Profesor Thomas Walde. En el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *Thunderbird vs. México*. “La opinión general de que el principio de las expectativas legítimas forma parte, es decir constituye una subcategoría, de la obligación de conceder un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1105 del TLCAN. Al parecer también coincidimos en cuanto a las condiciones generales que debe cumplir esta reclamación: la expectativa del inversionista que haya sido causada por el gobierno, y atribuida a éste, confirmada por una inversión basada en esa expectativa, cuyos requisitos consisten en la legitimidad de la expectativa en cuanto a la competencia de los funcionarios responsables de ella y al procedimiento de su emisión, y el hecho de que fuera razonable que el inversionista se basara en la expectativa”.

959. Dicha omisión no es aceptable desde la perspectiva de las expectativas del inversionista diligente respecto de la conducta del Regulador (BCR y SBS, respectivamente) en una situación de temporal de crisis de liquidez del sistema bancario, más aún si éste tiene como objetivo el supuesto *interés o utilidad pública* de velar por el ahorro público y la competencia en el sector. Identificada y acreditada la omisión del BCR y de la SBS en cuanto a dar claros mensajes de estabilidad al mercado, se crearon las condiciones para que toda acción destinada a mitigar el daño del pánico financiero por parte del BNM, resultaran insuficientes ante la corrida imparable de ahorros.

960. Del mismo modo, se ha acreditado la vulneración al estándar de Trato Nacional por parte del Estado denunciado, en la medida que se presentan una serie de actos discriminatorios en perjuicio del BNM, pero en beneficio de algunos bancos de capitales peruanos. En el caso del Banco de Comercio, cuyo principal accionista es el propio Estado vía la Caja Militar y Policial, mantenía los menores *ratios* de liquidez del sistema, no obstante pudo superar la crisis temporal de liquidez que afectaba también al BNM y ello no tiene otra explicación económica, al apoyo brindado por el BCR en su calidad de prestamista de última instancia.

961. En el caso del Banco de Crédito del Perú y del Banco Wiese, ambos de capitales peruanos, la SBS adoptó una posición activa al repeler los rumores de su intervención, vale decir, asumió una acción opuesta frente al pánico financiero a la que adoptó en la misma situación con el BNM dos meses después de su intervención.

962. En ambos casos, nos encontramos ante *comparables* aceptables, al estar frente a empresas del mismo sector, empresas que desarrollan sus actividades en condiciones de competencia y que no obstante la crisis de liquidez generada por el propio Estado, a diferencia del BNM, gozaron de condiciones de trato preferenciales y diferenciadas.

963. Del mismo modo, se ha acreditado la vulneración al estándar de protección y seguridad plenas, producto de la abierta interferencia concertada del

Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en causas judiciales pendientes de resolver del BNM y sus accionistas en la Corte Suprema de la República del Perú, entre otros supuestos.

964. Asimismo, se ha detallado en el presente Memorial que la Demandante fue objeto de una expropiación por parte del Estado peruano. En efecto, ha quedado en evidencia que una serie de actos de la SBS que determinaron un paulatino menoscabo de la inversión en el Perú hasta su destrucción total, configuran una expropiación indirecta que viola el estándar establecido en el APPRI.

965. Estando frente a un acto expropiatorio, conforme al sustento del Memorial, no se configura un Acto Regulatorio No Compensable, ni situaciones que tengan basamento legítimo en los *poderes de policía* del Estado receptor, que reste eficacia al acto expropiatorio, no solo por no encontrarse previsto en el texto del APPRI, sino también por no ser aplicables a este caso ninguno de los supuestos habilitantes que establece el derecho internacional, a fin de eximir de responsabilidad a un Estado signatario.

966. Queda claro, entonces, que estamos frente a la violación de más de una obligación internacional a cargo del Estado peruano, cumpliendo por ello el segundo requisito del artículo 2 del *Proyecto sobre Responsabilidad de la CDI*.

2.3 Del Nexo Causal

967. Satisfecha la regla de atribución e identificada la responsabilidad del Estado peruano, el *nexo causal* con el daño sufrido también se encuentra acreditado.

968. El principio básico de la causalidad es que el Estado solo puede ser responsable por daños sufridos por la Demandante, si fuera el causante de dichos daños y que dichos daños no deben ser remotos a la conducta que se reclama.

969. Lo descrito anteriormente, hace referencia a la práctica en derecho internacional, y es reconocido así también en la gran mayoría de legislaciones domesticas sobre la distinción entre causalidad de hecho y causalidad legal. La doctrina exige que ambas deban demostrarse. En el presente caso ambas se encuentran demostradas en el reclamo de la Demandante.

970. En el tema de la causalidad *de hecho*, la Demandante ha probado que existe una relación causa-efecto entre el daño y la conducta denunciada, el llamado “*but for cause*”. Por otro lado, en relación a la *causalidad legal* la Demandante ha demostrado que la causa no es *too remote or consequential to be the subject of reparation*⁴³¹, axioma ya desarrollado por varios laudos arbitrales CIADI⁴³².

971. En atención a lo antes señalado, ha quedado acreditado que el BNM no contaba con ninguna contingencia contable, tributaria, de carácter patrimonial, cuestionamientos de gestión, ni legal en el aspecto corporativo, que pudiera afectar en gravedad el normal funcionamiento y desarrollo de sus actividades empresariales en el sector bancario.

972. Por el contrario, se encuentra acreditado que la situación patrimonial del BNM era la de un banco saludable en el sistema, contando para ello con balances auditados por PwC correspondientes a los años previos a la intervención por la SBS, ocurrida el 5 de diciembre del año 2000.

973. Asimismo, el BNM contaba con la autorización de CONASEV para proceder a listar en la Bolsa de Valores de Lima (ANEXO IV-8), el acuerdo de Directorio comunicado a CONASEV para la primera emisión de bonos hipotecarios por USD.20 MM al mes de julio del año 2000.

⁴³¹ Comisión de Derecho Internacional. Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session 2001. Doc A/56/10. p.93.

⁴³² Ver entre otros Laudo *Biwater Gauff Tanzania Ltd vs. United Republic of Tanzania*. Caso CIADI N°.ARB.05/22. numeral 789-91-92.

974. El BNM contaba con líneas de crédito de la banca extranjera para el desarrollo de sus actividades, lo que refleja la confianza de las fuentes de recursos del BNM en el desarrollo del negocio en el país. Asimismo, se encuentra acreditado que el BNM recibió observaciones que no determinaban una situación de gravedad en el banco, las cuales fueron formuladas en los dos Informes de las Visitas llevadas a cabo por la SBS en el año 2000, que fueron subsanadas.

975. Por otro lado, el BNM contaba con un Informe de Clasificadoras de Riesgo no solo de los valores negociables del banco, sino también sobre su situación patrimonial (*ver* GRAND THORTON ¶¶39 y 40)

976. Por último, se contaba con una estructura, una excelente percepción y confianza del sistema bancario nacional e internacional. (*ver* JLevy ¶33)

977. Por ello, queda descartado en los hechos que cualquier daño sufrido por la Demandante obedece al resultado directo de sus propias decisiones o por ausencia de ellas. El daño incurrido tampoco corresponde a una conducta poco profesional o derivada de hechos negligentes en la gestión de la inversión en el Perú⁴³³, mucho menos producto de una frágil situación financiera de la empresa. En consecuencia, estas circunstancias no pueden ser alegadas como un supuesto de exoneración de responsabilidad del Estado.

978. En suma, *el nexa* causal se encuentra debidamente acreditado y ello obedece directa y exclusivamente a los actos del Estado por medio del MEF, el BCR y particularmente de la SBS y no a actos propios de la inversionista y sus administradores en el BNM. Nos encontramos ante actos del Estado que en gravedad perjudicaron la inversión de la Demandante en el Perú, que representa una violación a las obligaciones asumidas en el APPRI y por ello, generan la responsabilidad internacional del Estado, debiendo asumir el perjuicio ocasionado.

⁴³³ Entre otros antecedentes de la relación causal ver Laudo Final *MTD Equity Sdn.Bhd vs. República de Chile*, Caso CIADI N°.ARB.01/7, numerales 41-42, 49. (Anexo VI-13)

2.4 Del Perjuicio del Acto

979. El tema de la compensación debida, se refiere tanto al perjuicio resultante de los actos violatorios de las obligaciones del APPRI, como a su necesaria reparación.

980. Se aprecia cómo es que la violación de los Artículo 3, 5 y 8 del APPRI, referidos a los estándares de garantía y protección a favor del inversionista, se subsumen en la categoría de la compensación debida descrita en la parte de expropiación, la misma que es aplicable para la valoración de los daños de los demás estándares reconocidos en el APPRI.

981. La compensación, configura por sí sola un supuesto de responsabilidad internacional del Estado peruano, y que la obligación de reparación constituye el único resarcimiento posible, dada la *destrucción total* de la viabilidad de la inversión.

982. No sólo ha quedado demostrado el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidos por la Demandada en el APPRI, sino que dicho incumplimiento ha generado la destrucción de la inversión y con ello un daño cierto y demostrable.

983. Conforme al Informe del Perito de Daños, se encuentran acreditados los daños incurridos a la inversión, cuyo *nexo causal* es la acción directa y exclusiva de las entidades gubernamentales (MEF, BCR y SBS), que conlleva responsabilidad internacional del Estado Peruano.

QUINTA PARTE: DETERMINACION DE LOS DAÑOS (QUANTUM)

984. En este punto, es práctica en los arbitrajes de inversiones considerar la cláusula referida a expropiación, para establecer las pautas en la valorización de los daños de los demás estándares de protección, distintos a la prohibición de expropiación con el fin de establecer el *valor justo de mercado*⁴³⁴.

985. Por ello, se procederá a analizar la pertinencia de la aplicación del Artículo 5 del APPRI referido a expropiación, para establecer los criterios de valuación a ser aplicados a los daños generados a las violaciones de los estándares de trato justo y equitativo, trato nacional, discriminación, protección y seguridad plenas y expropiación ilegal, cuyos resultados se entienden a ser aplicados indistintamente a uno o varias de ellas.

986. En tal sentido, toda referencia del método de valuación de daños dentro del contexto de la cláusula de expropiación del Artículo 5 del APPRI, se debe entender asimismo, aplicable a la valorización de los daños derivados de la violación de los demás estándares internacionales de garantía y protección.

987. El Artículo 5 del APPRI señala lo siguiente:

“Artículo 5

(1) Las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de una parte contratante gozarán de una amplia y plena protección y seguridad en el territorio y en el área marítima de la otra parte contratante.

⁴³⁴ ABDALA, Manuel y SPILLER, Pablo. “Chorzow’s standard rejuvenated assessing damages in investment treaty arbitration”. En *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law Int. 2008. Vol.25 issue 1 p.103-120.”Economists see expropriation as the taking by the state of an asset or revenue stream that originally belonged to a private entity. Unjust treatment, in turn, is seen as measures or omissions by a state which deprive an investor of a revenue stream or impose additional costs to the exploitation of an investor’s assets. Whereas outright expropriation involves the physical taking by the state of a particular asset or revenue stream, indirect expropriation, on the other hand, is subtler and translates into the reduction of expected returns to investors without the state taking over ownership or control of the asset. Unjust treatment, from an economic perspective, has the same economic and financial consequences for the affected investment as an indirect expropriation situation”. Los autores concluyen al respecto. “Although *Chorzów* is a case of outright expropriation, its compensation standard, as we will see below, has important applications to cases of indirect expropriation and unjust treatment.”. (Anexo VII-1)

(2) Las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.

Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada cuyo monto, equivalente al valor real de las inversiones afectadas, será determinado en base a una situación económica normal y anterior a toda amenaza de expropiación.

Esta indemnización, su monto y sus modalidades de pago serán fijadas a más tardar en la fecha de la expropiación. Será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Ella producirá, hasta la fecha de su pago, intereses calculados a la tasa de interés de mercado aplicable.”

988. Dicha cláusula del APPRI no sería aplicable al presente caso, en la medida que tal supuesto está previsto para un caso de expropiación legal, más no a supuestos que configuran una expropiación ilegal y por tanto sancionados por el derecho internacional en base al principio establecido en el caso *Chórzow Factory*⁴³⁵ por la Corte Permanente Internacional de Justicia.

989. En este punto, varios Laudos CIADI han establecido que la distinción – expropiación legal con respecto a la ilegal- obedece no solo a identificar que el acto expropiatorio se llevó a cabo sin considerar los requisitos establecidos en el BIT aplicable⁴³⁶ para identificarlo como ilegal, sino también en

⁴³⁵ Referencia de *Chórzow Factory case (merits) Germany vs. Poland*, Judgment of the PCIJ of 13 September 1928, PCIJ Series A. Vol 17 at 47 (Exh. C-69). “The essential principle contained in the actual notion of an illegal act –a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals- is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act have not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damage for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it”. (Anexo VI-15)

⁴³⁶ Ver *Laudo Siemens v República Argentina* párrafo 273. “(...) in any case, compensation has never been paid on grounds that, as already stated, the Tribunal finds that are lacking in justification. For these reasons, the expropriation did not meet the requirements of Article 4(2) and therefore was unlawful”. (Anexo VI-37). Si bien desde el punto de vista de la aplicación del derecho internacional, la distinción entre expropiación legal y expropiación ilegal tiene como objetivo distinguir la fuente de derecho para aplicar criterios de exigencia en la determinación de los daños, desde la perspectiva del valorizador de

la medida de considerar estándares de protección desarrollados por el *derecho internacional consuetudinario*⁴³⁷ con el objeto de determinar resultados diferentes, en cuanto a la cobertura de los daños.

990. En tal sentido, la Demandante considerará el estándar reconocido en el *derecho internacional consuetudinario*, mediante reglas integrales que tengan como finalidad reponer la totalidad del daño causado y, restituir todas las consecuencias del acto ilegal a la situación pre-existente, desde la fecha del acto sancionado, proyectada hasta la fecha de pago por parte del Estado receptor.

991. Para ello, entre otros laudos arbitrales de la materia ya mencionados, se considerará tener en cuenta el alcance del Laudo *Saipem S.p.A vs. República Popular de Bangladesh*⁴³⁸, en cuanto a las referencias a los principios del derecho consuetudinario establecidos por la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Chórzow Factory*

992. Ante ello, es generalmente aceptado como principio del derecho internacional, que la violación por un Estado de los derechos del inversor, garantizados y protegidos por el APPRI, requiere ser tratado bajo la fórmula de pago *prompt, full and adequate compensation*.

daños y los economistas que participan como Expertos en arbitrajes de inversiones, sería irrelevante. Ver ABDALA, Manuel y SPILLER, Pablo. Op cit. “Indeed, as Reisman and Sloate (2003) correctly note, the loss in value of the investment is the same regardless of the legality of the act. Thus, in what follows, we discard any interpretation that presupposes a distinction, from an economic perspective, between lawful and unlawful expropriation”.

⁴³⁷ Laudo *ADC vs. Hungría*, párrafo 482: “Since the BIT does not contain any *lex specialis* rules that govern the issue of the standar for assessing damages in the case os an unlawful expropriation, the Tribunal is required to apply the default standar contained in customary international law in the present case”. Ver también, Laudo final *Siemens vs. República de Argentina* párrafo 349. “The Law applicable to the determination of compensation for a breach of such Treaty obligation is customary international Law. The Treaty itself only provides for compensation for expropriation in accordance with the terms of the Treaty”.

⁴³⁸ Laudo Final señala lo siguiente: “Article 5 (1) (3) of the Bits which describes the just compensation due in case of an expropriation refers to “the real market value of the investment [...] according to internationally acknowledged evaluations standards”. This provisions is not applicable to determine the amount of compensation in the present instances because it sets out the measure of compensation for lawful expropriation which this one is not”. (Anexo VI-49)

993. Para satisfacer el estándar, se descarta la restitución del activo protegido, al haber sido destruido en su concepción de negocio en marcha, conforme al sustento descrito en el Memorial y más bien se considerará el *reparo integral*.

994. Asimismo, de conformidad con el Artículo 42 del Convenio CIADI, la resolución de la controversia conforme al punto de Ley Aplicable descrita en el presente Memorial, se resolverá de conformidad con la legislación de la Parte Contratante que acepta la inversión, incluyendo las reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones del Convenio [APPRI] y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.

995. Estando frente a una situación de *expropiación ilegal*, donde no se aplica la fórmula del artículo 5 del APPRI, el artículo 42 (1) del Convenio CIADI⁴³⁹ prevé la coexistencia de la ley doméstica con los principios generales reconocidos del derecho internacional, para establecer la determinación de los daños a ser asumidos por parte del Estado receptor.

996. Tanto, en aplicación del APPRI en lo referente a la ley aplicable, como del Convenio, permite poder considerar conceptos legales que tienen como objetivo la restitución integral de los daños causados, concediendo el APPRI la probabilidad de una aplicación simultánea del derecho local con los principios del derecho internacional en función de su relevancia, con el fin de resolver la controversia.

997. Por ello, a nivel doméstico, la Constitución Política del Estado Peruano reconoce⁴⁴⁰ la obligación de compensar las expropiaciones a la propiedad de los privados, que incluye la compensación por el *eventual perjuicio*.

⁴³⁹ La Convención señala: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.

⁴⁴⁰ El artículo 70 de la Constitución Política del Estado Peruano señala que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. (...) A nadie puede privarse de su propiedad, sino exclusivamente por

998. Asimismo, las figuras civiles de daño emergente⁴⁴¹ como del lucro cesante⁴⁴², daño a la persona y daño moral, se encuentran reconocidos y regulados en el Código Civil peruano, tanto para supuestos de responsabilidad contractual –inejecución de obligaciones⁴⁴³- como para supuestos de responsabilidad extracontractual⁴⁴⁴, por lo que al no estar circunscrito a controversias contractuales, no es incompatible con el APPRI aplicable, ni con la cobertura del estándar de compensación de *Chórzow factory*⁴⁴⁵.

causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.(...)”.

⁴⁴¹ Conocido doctrinariamente como *damnum emergens*, es el empobrecimiento del patrimonio, la pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufrido como consecuencia inmediata, en respuesta del acto ilícito. Del mismo modo, se encuentra acreditado que existe nexo causal entre la acción arbitraria de la SBS con la intervención en la gestión y administración del BNM por parte del Interventor.

⁴⁴² El lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima como consecuencia directa del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño. En el caso del BNM, nos encontramos ante una empresa viable y en crecimiento exponencial en el mercado bancario y financiero de la República del Perú, por lo que en vista de reparar el daño en su integridad, el Estado Peruano se encuentra obligado a reconocer el lucro cesante dejado de percibir, vale decir, la pérdida de oportunidad de las ganancias legítimas, de la utilidad futura que generaría el BNM y con ello, la certeza de los componentes del negocio bancario al momento del acto violatorio de las obligaciones asumidas en el APPRI por parte del Estado receptor, proyectado a la fecha efectiva del pago, cuyo detalle se encuentra en el Informe del Perito de Daños.

⁴⁴³ El artículo 1321 del Código Civil, indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable, establece que: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución*”.

⁴⁴⁴ El artículo 1969 del Código Civil, indemnización por daño moroso y culposo, establece que: “*Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”. El artículo 1985, contenido de la indemnización, establece que: “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)*”

⁴⁴⁵ ABDALA, Manuel y SPILLER, Pablo. Op cit.”*Chorzów's compensation standard seems to have been misinterpreted due to some confusion concerning the concepts of *damnum emergens*, the value of the expropriated investment, and *lucrum cessans* or lost profits. In particular, it has been argued that there could be double counting if the value of the expropriated investment already includes the future lost profits that such investment can generate; and it is argued, when making a distinction between lawful vs. unlawful expropriation, that there is a punitive element in *Chorzów's* damage decision. Neither argument is correct. As it relates to double counting, since the lost profits concept developed in *Chorzów* is applicable only when valuing the enterprise as of the time of the award, the lost profits apply to a past, interim period, and have no overlap with expected future profits that determine the value of the expropriated investment. Thus, there is no double counting in its recommendation.*”

999. Ya en el caso de *Duke Energy International Peru Investment N°.1 Ltda vs República del Perú*⁴⁴⁶ el Tribunal determinó que la Ley peruana reconoce el principio de *restitutio in integrum*, lo que significa que la reparación debe ser completa, cubriendo todas las consecuencias surgidas de la violación denunciada, haciendo mención, que es una corriente doctrinal que tiene soporte en la jurisprudencia internacional.

1000. En vista de lo anterior, la Demandante proyecta la determinación de los daños a la fecha del dictado del laudo arbitral, no solo bajo la óptica económica de conservar el valor del dinero en el tiempo, sino también como medida compensatoria que el Estado debe asumir, para no verse beneficiado económicamente con la vulneración de las obligaciones internacionales del APPRI aplicable⁴⁴⁷.

1001. Es por ello, que respecto de la fecha de proyección de los daños, entre otros laudos de arbitrajes de inversiones, en *Biwater Gauff (Tanzania) v Tanzania*, los Tribunales han establecido que los daños, utilidades perdidas y tasas de intereses aplicables, no se limitan a la fecha del acto expropiatorio, sino que se proyectan hasta la fecha de emisión del Laudo Arbitral, tal como está planteado por el Experto en Daños de la Demandante.

1002. Por último, se plantea una tasa de interés que se devengará desde la fecha de expedición del laudo arbitral hasta el pago efectivo que el Estado

⁴⁴⁶ Laudo *Duke Energy International Peru Investment N°.1 Ltda. vs. República del Perú*, p.132. (Anexo VI-50)

⁴⁴⁷ Adicionalmente a ello, los autores ABDALA, Manuel y SPILLER, Pablo, op cit. comentan la aplicación del estándar, en su concepción económica integral, en la experiencia CIADI al señalar lo siguiente: “In practice, however, the use of *ex post* information in computing damages has been accepted in some international arbitration cases. In *AMCO Asia Corp. v. Indonesia*, for example, the arbitral award was issued ten years after the expropriation had taken place (the investor's license was revoked in 1980 and the arbitral award was issued in 1990). In the award, the panel states that available *ex post* information for the period 1980–89 is to be used for the quantification of damages. Most recently, in *CMS vs. Argentina*, the panel considered *ex post* information to determine the residual value of the CMS investment that had been treated unjustly.

debería abonar, en cumplimiento de un Laudo Arbitral favorable. Por ello, la *restitutio in integrum*, incluye los conceptos económicos de daño emergente y lucro cesante que regula la ley doméstica peruana y además, se encuentran subsumidos en la metodología de valuación para obtener el *valor justo de mercado* propuesto por el Experto de Daños de la Demandante, considerando los criterios de determinación de daños que son comúnmente empleados en los arbitrajes de inversiones.

1003. Del mismo modo se plantea un *item* relacionado al daño a la persona y daño moral que el nombre y reputación de la Demandante ha sufrido, producto de la exposición mediática de todos los actos violatorios a las obligaciones asumidas por el Estado en el APPRI reflejados en medios de prensa, en la innumerables acusaciones fiscales y penales contra los Directores y altos funcionarios del BNM, ante la comunidad judía y su repercusión en la libertad religiosa y finalmente, la repercusión en gravedad ante la comunidad empresarial, lo que en conjunto sobrepasa lo que la doctrina entiende como *circunstancias excepcionales* para su debida aplicación.

El Valor Justo de Mercado de la Inversión en el Perú

1004. En la determinación integral de los daños sufridos por la Demandante, derivados del acto ilícito ejecutado por el MEF, el BCR y la SBS que conlleva responsabilidad internacional del Estado, corresponderá aplicar el estándar de *valor justo de mercado* de la inversión protegida, estándar reconocido y aceptado para la determinación de la compensación en otros arbitrajes de inversiones ante el CIADI.

1005. Entre los métodos de cuantificación, la Demandante adopta el método de *Múltiplos de Mercado* en base a la reconstrucción de los Estados Financieros de acuerdo al comportamiento del BNM al momento de ser intervenido, hasta la fecha aproximada del dictado de un Laudo Arbitral favorable. A tal proyección se ha aplicado escenarios diversos para un crecimiento de sus

negocios vía *métodos de opciones reales* (tendencia del sistema bancario y financiero en el Perú).

1006. Dicho método es reconocido y aplicable comúnmente como una medida apropiada de valorización de entidades reguladas del sistema bancario y financiero en el mercado, en vista que parte de una valorización bajo el método de *Prices Book Value* para determinar un “driver” en base de los principales indicadores de ciertos bancos del sistema que son los que determinan un precio de valor en bolsa de valores y con ello –dato cierto- a ser aplicado al valor de mercado.

1007. Estando acreditado que el BNM venía desarrollando sus operaciones comerciales en el mercado bancario desde el año 1993 de manera constante e ininterrumpida, se concluye que contaba efectivamente, en términos del Laudo *Metalclad v. México*⁴⁴⁸, con relaciones comerciales duraderas.

1008. En esa misma línea de pensamiento, se encuentra acreditado que el BNM, durante los años previos a la intervención, generó ventas y utilidades mayores cada año, con una tendencia de crecimiento sostenido en un mercado bancario en expansión, bajo criterios ciertos y objetivos. (ver GRANT THORTON ¶42; ver también Gráficos Nos. 23, 24 y 25). Por tanto, el Banco contaba con un *history of profitability* hasta antes de su intervención y se trataba de una sociedad en marcha, que generaba valor desde el inicio de sus operaciones debido a su política intensiva de tomar un sólido posicionamiento del mercado.

1009. Conforme al Informe del Perito en Daños y en atención a la cobertura de *inversión protegida* establecida por el APPRI, la valoración es integral, *full reparation*, y como tal incluye la valoración de las acciones bajo titularidad de la Demandante y del BNM en sí, en base a métodos de opciones reales conforme a la inercia propia de la gestión del negocio con relación al comportamiento comparativo con otros bancos del sistema que se desarrollaron

⁴⁴⁸ Ver Laudo *Metalclad vs. México* Pár. 120. “(...) otro Tribunal del CIADI observó, acerca del problema similar de la valuación del fondo de comercio, que la determinación del valor de éste último requiere la presencia de la empresa en el mercado al menos durante dos o tres años, periodo mínimo necesario para establecer relaciones comerciales duraderas”

en un escenario donde el BNM pudo haberse expandido bajo criterios objetivos poco especulativos.

1010. En tal sentido, se han tenido en cuenta una serie de variables como cuentas por pagar a los acreedores, sinergias en procesos de fusión acordados, proyectos de fusiones y compra de bancos, cuentas por cobrar por préstamos y liquidaciones de deuda a favor de la sociedad, colocación de valores en el mercado, incrementar participación de terceros estratégicos, así como de otros elementos económicos vinculados a la inercia que venía aplicando la Administración y los accionistas que permitía el mercado bancario para una mayor consolidación y desarrollo del negocio en el Perú y que fueran destruidos únicamente por la acción directa y exclusiva del MEF, BCR y en mayor protagonismo la SBS.

1011. Del mismo modo, estando frente a una expropiación ilegal sancionada por el derecho internacional, la determinación de los daños incluye las pérdidas del valor de la inversión al día del acto expropiatorio, así como aquellas pérdidas de utilidades generadas entre el día de la expropiación y la fecha estimada del laudo arbitral⁴⁴⁹, conforme a la fórmula dispuesta por el Informe del Perito de Daños.

1012. Por lo tanto, el Estado Peruano deberá reconocer y pagar por los daños incurridos a la inversión en el Perú, la suma de USD. \$4,036 MM (Cuatro mil treinta y seis millones y 00/100 dólares americanos) a favor de la Demandante.

1013. Los daños incluyen el ajuste del valor patrimonial a la fecha probable de la emisión de un Laudo arbitral favorable a la Demandante, tomando

⁴⁴⁹ Ver Laudo Final *Biwater Gauff (Tanzani) Ltda vs. United Republic of Tanzania*. Párrafo 775, página 229. “*Expropriation*: The standard of compensation for unlawful expropriations (being the relevant claim here) includes full reparation for, and consequential losses suffered as a result of, the unlawful expropriation. Full reparation entitles the unlawfully expropriated investor to restitutionary damages which include, but are not limited to, the fair market value of the unlawfully expropriated investment as determined by the application of an appropriate valuation methodology. In addition, the unlawfully expropriated investor is entitled to damages for the consequential losses suffered as a result of the unlawful expropriation. Such losses ordinarily include an entitlement to loss of profits suffered by the investor between the date of the expropriation and the award”

la tasa del 11.11.% como costo de oportunidad a ser reconocido por parte de la República del Perú.

1014. Del mismo modo, los intereses *post laudo* capitalizables semestralmente, hasta el pago real y total de los daños a favor de la Demandante. Los intereses obedecen a igualar y neutralizar el costo de oportunidad del dinero que se sigue generando y no obedece en lo absoluto a incentivar la prolongación de los litigios.

Daño Moral

1015. Adicionalmente a los daños económicos sufridos por el BNM derivado de los actos violatorios de las obligaciones asumidas en el APPRI a cargo del Estado peruano, descritos en el Informe del Perito Experto en Daños, la Demandante solicita al Tribunal Arbitral el resarcimiento del daño moral.

1016. Por razones metodológicas, el daño moral a ser planteado es propuesto, bajo dos supuestos ante el Tribunal de manera *subordinada* una de la otra. En otras palabras, la Demandante plantea el daño moral por la afectación a la imagen y/o prestigio generada por el acto del Estado, en principio a a la imagen del Grupo familiar Levy bajo control de la Demandante y de no ser aceptada por el Tribunal, considerar dicha afectación objetiva al prestigio de la corporación, BNM.

Consideraciones Generales Sobre la Ley Aplicable conforme al APPRI

1017. Por un lado, el presente reclamo es ejercido a título personal por parte de la Demandante, Sra. Renee Rose Levy, ciudadana de la República de Francia, controlante del Grupo Levy, por lo que conforme a la ley peruana se encuentra en capacidad de requerir el resarcimiento del daño moral.

1018. En la parte correspondiente de Ley Aplicable se ha determinado la coexistencia de la ley del Estado receptor, así como de los *principios del*

derecho internacional, por lo que resulta válido analizar y atender el pedido de daño moral que se encuentra reconocido en la legislación de la República del Perú.

1019. Asimismo, en dicha coexistencia del derecho local con el derecho internacional, es de apreciar la práctica en arbitrajes de inversiones entre privados y Estados Soberanos, en donde también resulta válido requerir el daño ocasionado (i) al prestigio de la corporación, así como (ii) el daño generado a los directores y altos funcionarios del inversionista, como una subcategoría que forma parte del concepto de daño moral, considerando las reglas establecidas en el Artículo 31 de la *International Law Commission's Articles of State Responsibility*⁴⁵⁰.

1020. Atendiendo a ello, planteamos ante el Tribunal la aplicación de dicho estándar, al estar acreditada la aceptación de las reglas de la ley aplicable por parte del Estado receptor al momento en que ratificó el Convenio CIADI⁴⁵¹, así como del acuerdo expreso de las Partes Contratantes en el APPRI materia de análisis.

1021. De otro lado, la Demandante plantea ante el Tribunal, considerar el pedido de resarcimiento de daño moral, en la medida que estamos frente a una *situación excepcional*.

1022. Dicho reclamo no sólo se basa en el hecho de haber sufrido (i) una afectación grave al prestigio generado por la ilegal intervención del BNM, en cuanto a lo que representaba el BNM en el mundo de los negocios respecto del posicionamiento y excelente servicio que brindaba en el mercado bancario y financiero, así como (ii) de los daños incurridos contra los altos funcionarios y Directores del BNM por los actos arbitrarios que destruyeron la posibilidad de generar mayores utilidades a favor de la Demandante.

⁴⁵⁰ COHEN SMUTNY, Abby. “Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context”. En *Icsid Review*. Vol. 22. Number 1. 2007. p.6. “Although “damage” includes “material or moral” damages, compensation deals only with “material” or financially assessable damage”. (Anexo VII-5)

⁴⁵¹ El Artículo 42 del Convenio CIADI. (1) establece que: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte de la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.

1023. Tal planteamiento, no sólo se basa en la ley doméstica del Estado receptor, sino también en la práctica de los arbitrajes de inversiones, por lo que en lo absoluto colisiona con los principios del derecho internacional, establecido como “Ley Aplicable” por voluntad de las Partes Contratantes del APPRI.

1024. Es por ello, que desde todo punto de vista resultan aplicables los postulados y las conclusiones del ILC y otros documentos⁴⁵² al formar parte del *jus cogens*, debiendo ser considerado en el análisis por el Tribunal; Lo que busca la Demandante al considerar el concepto del daño moral derivado de una serie de actos violatorios a las obligaciones del APPRI, es justamente obtener la reparación integral del daño causado –*full reparation*–, criterio amparado por el derecho internacional.

1025. Del mismo modo, se debe tener presente que tanto en el sistema de protección de inversiones bajo el APPRI, como aquél establecido en la Convención del CIADI, la aplicación de los principios del derecho internacional son tomados en cuenta para: i) llenar vacíos en la ley del Estado receptor o en todo caso para que ii) prevalezcan sobre las reglas aplicables domésticas, cuando éstas son inconsistentes con los requerimientos del derecho internacional.

1026. Por ello, con la aplicación conjunta de los criterios del derecho local y del derecho internacional para este punto en particular, se estaría obteniendo otro componente para lograr la compensación por el íntegro de los daños y con ello, lo cual es consecuente con la propia terminología del caso *Chórzow Factory*, que la compensación se debe presentar lo más cercano posible, eliminando todas las consecuencias del acto ilegal y reestableciendo la situación que, con toda probabilidad, existiría, si el acto denunciado no hubiera ocurrido, bajo criterios objetivos. Para estos efectos, queda descartada la restitución como

⁴⁵² BLACKABY, Nigel y CAMARGO GARCÍA, Andrea. “*Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones —Un debate entre la teoría y la práctica—*”. (...) se debe hacer referencia a la labor desplegada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) al adoptar el borrador de los artículos de Responsabilidad de los Estados el 9 de agosto de 2001, borrador que en su parte II hizo referencia expresa a la reparación de los daños en Derecho Internacional (...) se puede coincidir en que se trata de un medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, y por tanto tienen no sólo el mismo valor que los escritos de los doctrinantes más reconocidos en el área, sino tal vez, un mayor valor en el sentido de que son producto de una comisión de expertos internacionales.

medio de satisfacción del daño, en la medida que el BNM ya no opera comercialmente en el mercado.

1027. Asumiendo ello, pasaremos a desarrollar la tipología del supuesto dañoso, requisitos y valoración de la misma, que establece (i) la ley doméstica peruana aplicable a personas naturales, para luego analizar los requisitos que exige el derecho internacional en esta materia.

Con relación a la ley peruana

1028. El daño no patrimonial, que incluye el daño a la persona y el daño moral, está reconocido en los artículos 1984⁴⁵³ y 1985° del Código Civil peruano. El reconocimiento en las normas jurídicas vigentes se da diferenciándolo desde un primer momento de los daños patrimoniales (que el código establece como el daño emergente y el lucro cesante).

1029. Se puede afirmar que estos “daños no patrimoniales”, en tanto concepto indemnizable, son precisamente aquellos daños que, “*a priori*” tendrían un elemento no económico y que su reparación resulta autónoma e independiente de los otros tipos de daños regulados. En ese sentido, la reparación de los daños patrimoniales no exime al responsable de la reparación debida por los daños no patrimoniales a que hubiera lugar.

1030. Entre los daños no patrimoniales, la legislación diferencia entre el “daño a la persona” y el “daño moral” siendo que la doctrina peruana se encargó de diferenciar ambas categorías. Así, el “*daño a la persona*” es considerado como un atentado a la personalidad, es decir, se refiere principalmente a los clásicos daños a la integridad física, al honor y **a la buena reputación**.

⁴⁵³ El artículo 1984 del Código Civil del Perú, establece que: “*El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*. Asimismo el artículo 1985 del Código Civil dispone que: “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño*”.

1031. El “*daño moral*”, por su parte, es identificado como el menoscabo en el estado de ánimo de una persona luego de haber sufrido las consecuencias de un hecho antijurídico. Este menoscabo puede reflejarse en la lesión de los sentimientos de la persona: las angustias, dolores y depresiones ocasionadas en la *psiqué* de una persona y que se derivan del hecho dañoso y antijurídico que ésta ha sufrido.

1032. No obstante su condición de ser “no patrimonial”, la reparación de estos daños se da exclusivamente de forma económica. Es en este punto donde toma importancia la regulación establecida en el artículo 1984° del Código Civil peruano, al establecer que la reparación del mismo debe considerar la magnitud y el menoscabo que sufrieron no sólo el afectado, sino también su familia o círculo más cercano. Sin embargo, *el monto de esta reparación depende íntegramente de la valorización que el juez haga de las circunstancias del hecho y de la afectación producida a la persona que sufrió el hecho antijurídico.*

Con relación al derecho internacional

1033. Desde el punto de vista en la *aplicación del derecho internacional*, los laudos arbitrales de inversiones confirman el principio establecido en el ILC, en el sentido que la compensación económica es el remedio apropiado para satisfacer el daño moral.

1034. El daño moral conforme al derecho internacional incluye una cobertura de garantía mayor, que afecta tanto (i) al inversionista, (ii) al prestigio, reputación y crédito de la compañía ⁴⁵⁴, (iii) así como del daño psicológico producto del estrés, ansiedad, acoso, persecución y otras medidas de coerción y/o intimidación contra los principales funcionarios de la corporación⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Ver Laudo Arbitral ICSID Case ARB N°.05/17. *Desert Line Project vs Yemen*. Par. 289. (...) “It is also generally recognized that a legal person (as opposed to a natural one) may be awarded moral damages, including loss of reputation, in specific circumstances only”. (Anexo VI-10)

⁴⁵⁵ Ibid. par. 290. “The Arbitral Tribunal finds that the violation of the BIT by the Respondent, in particular the physical duress exerted on the executives of the Claimant, was malicious and is therefore constitutive of a fault-based liability. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for the injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material in nature. The Arbitral Tribunal agrees

1035. Es de apreciar, que en ambos escenarios legales, la cobertura del daño moral apunta, entre otros, a resarcir los daños por la afectación de la imagen de la persona (sea como persona natural, o como corporaciones o personas jurídicas).

Circunstancias Excepcionales

1036. Asimismo, la aplicación del estándar del daño moral, desde la perspectiva de la práctica de los arbitrajes de inversiones, debe de cumplir con los requisitos de estar frente a *circunstancias excepcionales*. En el laudo *Lemire vs Ucrania*⁴⁵⁶, el Tribunal determinó lo siguiente, en base al análisis realizado sobre laudos anteriores que se pronunciaron sobre pedidos de daño moral⁴⁵⁷:

The conclusion which can be drawn from the above case law is that, as a general rule, moral damages are not available to a party injured by the wrongful acts of a State, but that moral damages can be awarded in exceptional cases, provided that

- The State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act;
- The State's actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and
- Both cause and effect are grave or substantial.

1037. En atención a todo lo anteriormente descrito, en el presente caso se han presentado hechos que, no sólo se encuentran dentro de los supuestos

with the Claimant that its prejudice was substantial since it affected the physical health of the Claimant's executives and the Claimant's credit and reputation".

⁴⁵⁶ Ver párrafo 333 del Laudo final *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine* ICSID Case ARB N°.06/18. (Anexo VI-19)

⁴⁵⁷ Mayor información de los laudos arbitrales que analizaron reclamaciones de daño moral, *Lusitania Cases, United States – Germany Mixed Commission. Biloune vs. Gana, Pey Casado vs. Chile, Biwater Gauff vs. Tansania, Europe Cement vs. Tukey, Cementownia vs. Turkey*, ver Patrick Dumberry. *Compensation for Moral Damages in investor – State Arbitration Disputes*. Kluwer Arbitration 2010.

establecidos por la legislación peruana, sino que también satisfacen al exigente estándar de *circunstancias excepcionales* a que hace referencia la práctica internacional, particularmente analizando los siguientes eventos:

1. Manifestaciones públicas por parte de las autoridades peruanas contra la gestión del BNM, al punto de calificarnos como “estafadores” y “ladrones de cuello y corbata” en un mercado donde el principal activo es la confianza generada en años.
2. La persecución judicial contra los principales Directivos del BNM, la misma que se manifestó mediante el inicio por parte del Estado de innumerables acusaciones fiscales y denuncias penales cuyas programaciones de declaraciones, asistencia a juzgados, imposición de reglas de conducta e impedimentos de salida del país, audiencias y toda la articulación procesal implicó dinero e inversión de tiempo a ser destinado casi en exclusividad por parte de los señores David Levy Pessa, Jacques Simon Levy Calvo e Isy Levy Calvo –accionistas y Directores del BNM- en atender los requerimientos fiscales y judiciales, algunos de la cuales se encuentran vigentes, conforme a la Testimonial del Sr. Jacques Levy Calvo.
3. La exigencia del Estado en imponer reglas de conducta contra el Sr. David Levy Pessa, ciudadano francés octogenario y sus hijos, quienes estaban obligados a firmar mensualmente en la sede de los juzgados el cuaderno de control judicial y con ello la humillación de su persona ante la comunidad empresarial y de la Comunidad Judía en el Perú. (JLevy ¶95)
4. La exigencia del Estado en establecer la humillante regla de conducta a un ciudadano octogenario de impedimento de salida del país, salvo obtención de autorización previa del juez, impuesto por cinco años aproximadamente.

5. La exposición de la controversia a los medios de prensa por parte de las máximas autoridades peruanas y el mensaje a los bancos y empresarios del sector bancario, la cual no sólo fue humillante sino que también afectó de manera directa el prestigio de la Demandante a nivel local como a nivel internacional. (ANEXO IX-6)
6. La imposibilidad legal de poder volver a llevar a cabo un proyecto bancario en el Perú, en vista que conforme a la ley de bancos nos encontramos impedidos de hacerlo, justamente por haber sido sancionados por la SBS como responsables de la disolución y liquidación del BNM⁴⁵⁸.
7. La excomunión de la Comunidad Judía a la que pertenecíamos, al haber sido calificados por el Estado como estafadores que quebraron dolosamente una entidad bancaria, en perjuicio de los ahorros e inversiones de prominentes empresarios y autoridades religiosas de la comunidad judía en el Perú. (ANEXO IX-1 y ANEXO IX-2)
8. La prohibición de la Comunidad Judía en permitir enterrar a mi padre, don David Levy Pessa en el cementerio judío de la ciudad de Lima por considerar, en base de la versión del Estado, de ser los responsables de haber llevado a la quiebra al BNM y con ello, responsables de la pérdida de sus ahorros por parte nuestra, cuando se ha demostrado en este Memorial que ello obedeció a un acto arbitrario del Estado Peruano. (JLevy ¶96)
9. Como consecuencia de la persecución criminal contra los miembros de la familia Levy que fueron funcionarios en el BNM, existió una afectación a la salud de dichas personas. Asimismo, la excomunión de la familia de la Comunidad Religiosa Judía, tuvo como consecuencia el retiro de los hijos menores de las escuelas en las que estudiaban.

⁴⁵⁸ Ver Artículo 20º de la Ley de Bancos, referido a los impedimentos legales para ser organizador de bancos.

10. La paralización de proyectos inmobiliarios por parte de autoridades peruanas, las mismas que se han llevado en forma arbitraria y que ha imposibilitado por todos los medios recuperar la participación en el mundo de los negocios en el Perú.

1038. Se encuentra acreditado que la referencia al nombre “Levy” era sinónimo de confianza y excelente reputación en hacer buenos negocios en el Perú, particularmente en el BNM. (ANEXO IX-4)

1039. En vista de ello, todo proyecto de negocios a llevarse a cabo en el Perú, por parte de los integrantes del Grupo familiar se encontraba respaldado por una alta demanda de los inversionistas locales. Esta participación en el mercado era de conocimiento del Estado peruano, entendido como Grupo Económico (*ver* ¶1050, *infra*), con fuertes inversiones en el sector financiero e inmobiliario.

Nexo Causal: Acción del Estado

1040. Complementariamente a ello, el *nexo causal* entre el acto del Estado y el daño sufrido por el inversionista, en los tres supuestos bajo cobertura del daño moral⁴⁵⁹, no se agota a un acto directo e identificable a cargo de una entidad gubernamental que actúa en ejercicio de funciones soberanas, como resulta ser la SBS, sino también de la actuación de los privados, que, empleando como insumos la acción arbitraria del Estado, proceden a causar daño al inversionista.

1041. Se encuentra acreditado en doctrina que *la omisión* del Estado en evitar agravios o daños contra el inversionista por parte de privados, también constituye un supuesto de responsabilidad sancionado por el derecho internacional⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Daño propiamente sufrido por el inversionista. Asimismo, el daño al prestigio y reputación de la compañía y por último, el daño sufrido por los principales funcionarios del BNM.

⁴⁶⁰ COHEN SMUTNY, Abby. “State Responsibility and Attribution. When is a State Responsible for the Acts of State Enterprises? Emilio Agustín Maffezini vs. The Kingdom of Spain”. En International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law. 2005. p.18. “A State can be liable for an injury caused by private conduct

1042. En el caso del BNM y del Grupo Levy, la prensa peruana tuvo como insumo de noticias únicamente comentarios e información difamatoria por parte del Estado, en sus diferentes estamentos sobre el proceso de intervención. Asimismo, el Estado omitió toda conducta destinada a bajar el nivel de conflicto y desinformación del proceso de intervención y liquidación que afectaba directamente la honra e imagen empresarial de las personas que integraba la alta directiva del BNM y del Grupo familiar Levy.

1043. Por lo que, en ambos escenarios, tanto el actuar directo, como la omisión de funciones del Estado, generan responsabilidad internacional y por ello, es sancionado con la obligación de compensar.

Titular de la Acción por el Daño Moral en el mercado bancario y financiero en el Perú

1044. Tanto en el desarrollo y en la aplicación de la ley doméstica como del derecho internacional descrito como Ley Aplicable, ambos reconocen que uno de los supuestos de daño moral a resarcir se encuentra enfocado en la imagen y/o en el prestigio del sujeto pasivo sobre el cual recae la acción ilícita del Estado, respectivamente.

1045. En el caso de la Sra. Renee Levy, el daño a la imagen no se agota en su persona, sino más bien recae en su apellido. Nos referimos al prestigio y reputación de negocios que implicaba el apellido Levy en los diversos sectores económicos y de negocios que llevaban a cabo en el Perú.

1046. Para efectos de la presente denuncia, la misma que es planteada por las violaciones y daños sufridos en el BNM, la categoría de daño moral identificado a la imagen y/o al prestigio, se centrará únicamente en los efectos perjudiciales sobre el negocio bancario y financiero que desarrolló el Grupo Levy

only when it also was caused by the State's failure to act when it had a duty to do so. Responsibility in such circumstances, however, does not flow from the conduct of the State's nationals, but from its failure to fulfill an existing duty. That is, the State is not in any way "indirectly" responsible for the misconduct of its nationals, but only for its own acts or omissions."

en el Perú, más no de la irradiación del daño ocasionado en otros negocios distintos al BNM, que escapan a la jurisdicción del Centro y competencia del Tribunal.

1047. Por ello, en la medida que el propio Estado peruano por intermedio de la SBS reconoce al Grupo Levy, como grupo familiar controlante de un Conglomerado Financiero (ANEXO IV-18 y ANEXO IV-22) se le atribuye una connotación legal con derecho propio y por tanto capacitado en exigir el daño a la imagen sufrida por la acción del Estado, como consecuencia de la destrucción de la inversión BNM.

1048. En caso el Tribunal no considere tal planteamiento, la doctrina y los antecedentes arbitrales del CIADI son meridianamente claros en señalar, previa carga de probanza, que el daño al *prestigio* es reconocido asimismo como categoría del daño moral aplicable directamente a las corporaciones, en este caso, al prestigio propio del BNM por la acción directa del Estado.

1049. En esta parte del Memorial pasaremos a describir ambos escenarios.

Del Grupo Levy

1050. La piedra angular del negocio bancario es la *confianza* y reputación de las personas que se encuentran a cargo de la Administración⁴⁶¹, así como la actuación transparente de los propietarios del BNM, que permitió entre otros hechos, contar con los recursos económicos de la prospera comunidad judía en el Perú, no sólo para que participe como ahorrista, sino también como inversionista en las operaciones conforme a ley que llevaba a cabo el BNM y sus empresas vinculadas, respectivamente.

1051. Por ello, el acto arbitrario del Estado mediante la actuación del MEF, del BCR y de la SBS, que por su naturaleza fue expuesta a los medios de

⁴⁶¹ Ver artículo 19, 20, 22, 25 y demás pertinentes de la ley de Banca.

prensa escrita y televisiva, generó consecuencias negativas irreversibles e inmanejables a nivel de negocios, como en el círculo social, religioso y personal, destrozando la credibilidad formada en años de trabajo por parte del Grupo familiar Levy, lo que repercutió directamente en daños a la imagen que representa la Demandante, en la medida que el Estado peruano justificaba la intervención por razones de una mala gestión, que raya con actuaciones criminales por parte de los accionistas del BNM y no por efectos de una crisis de liquidez temporal que afectó al sistema bancario y financiero en el Perú.

1052. En tales circunstancias, la determinación de la cuantía del daño moral está basada en criterios objetivos, particularmente en establecer (i) el diferencial dejado de generar por la Demandante durante estos años y asimismo (ii) por el diferencial dejado de generar por los Directivos del BNM como consecuencia del menoscabo personal al haber sido expuestos y sancionados por la opinión pública en base a un acto arbitrario del Estado, que indefectiblemente repercutió en la generación predecible de mayores expectativas de ganancia de la Demandante.

1053. En otras palabras, empleando la terminología del *Chórzow Factory*, la compensación debe basarse en criterios objetivos y reflejar el daño a la inversión, eliminando todas las consecuencias del ilegal acto y reestableciendo la situación que, con toda probabilidad existiría, si el acto denunciado no hubiera ocurrido.

1054. Por ello, encontrándose determinada la gravedad de los hechos y las imputaciones falazmente atribuidas a la persona y apellido de la Demandante de manera pública y que, precisamente por ser públicas afectaron la imagen de un grupo familiar que representa la Demandante, integrada por personas con un nivel alto de formación, y que, derivado del negocio bancario, se encontraba relacionada con altas esferas sociales, religiosas, empresariales y políticas, éstos representan hechos objetivos que no pueden ser dejados de lado al momento de analizar la determinación del hecho antijurídico y con ello la ponderación del daño moral sufrido en su amplia dimensión.

1055. Este daño no se puede entender satisfecho con la sola declaración que el Estado vulneró el APPRI, siendo legítima la expectativa de una indemnización económica por el daño moral sufrido.

1056. El Grupo Levy, integrado por los señores David Levy Pessa, Jacques Simon Levy Calvo e Isy Ralph Levy Calvo, se encontraba bajo control del padre, el ciudadano francés Sr. David Levy Pessa al momento del inicio de la controversia en el año 2000 (*ver* ¶105-108, *supra*). A partir del año 2005, con la incorporación de la Demandante en la estructura jerárquica del Grupo familiar en reemplazo del Sr. David Levy Pessa (*ver* ¶118-121, *supra*) se consolida la continuación del Grupo Levy bajo control de ciudadanos franceses.

1057. Al igual que el BNM, conforme al Artículo 8 (3) del APPRI Perú-Francia, al estar controlado por ciudadanos franceses antes de la controversia, deviene en francés, *mutatis mutandis*, al Grupo Levy se le aplicaría el mismo criterio y por tanto llegar a la conclusión que el Grupo familiar Levy resulta ser un Grupo familiar francés.

1058. En atención a ello, conforme al mismo reconocimiento de la SBS en la categorización de Conglomerado Financiero requerido por la Ley de Banca (ANEXO IV-18 y ANEXO IV-22), el Grupo familiar Levy representaba el grupo familiar controlante de los negocios financieros, principalmente, nos referimos al BNM.

1059. Por lo tanto, el acto del Estado que vulnera el APPRI y da origen a la controversia se origina en el año 2000 y con el ello la afectación de la imagen del sujeto titular del *Jus Standi* y a su vez controlante del Grupo Levy de nacionalidad francesa.

1060. Acreditado el control francés en el Grupo Levy, la Demandante considera que el grupo familiar como tal, también tiene derechos reconocidos en el APPRI aplicable.

1061. En efecto, la Demandante interpreta que conforme al Artículo 1 (3) del APPRI Perú-Francia, existen “*sociedades*” familiares y sociedades de capitales. El BNM representa una clásica versión de una sociedad de capitales y más bien el Grupo Levy constituye una sociedad de personas o familiar.

1062. Por ello, para efectos del presente planteamiento, *la vulneración de la imagen* como presupuesto del daño moral no se agota en el daño sufrido por la persona en si de la Sra. Renee Rose Levy, sino por el daño a la imagen sufrida por ella en relación al daño ocasionado al apellido que resulta consustancial al “Grupo Levy”, el cual ella controla y representa, en otras palabras, en un Grupo familiar francés por efectos del control.

1063. En vista de lo anterior, el daño ocasionado no se encuentra concentrado exclusivamente en una determinada persona natural, sino que se prolonga en el tiempo bajo los presupuestos de estar afectando a un grupo familiar - Grupo Levy - y que dicho Grupo familiar se encuentra a su vez controlado por ciudadanos franceses desde momentos anteriores al surgimiento de la controversia en el año 2000, con la presencia de mi señor padre Don David Levy Pessoa hasta el año 2005 y con mi presencia hasta la fecha, como está acreditado.

1064. Considerando que el Grupo familiar Levy es una categoría reconocida y aceptada por el Estado peruano y como tal sujeto de derecho, entre ellas, el derecho a la imagen y buena reputación en el mundo de los negocios que se ganaron durante los años en el sector empresarial peruano, merece gozar de las protecciones y garantías aplicables del APPRI.

1065. No obstante lo descrito y planteado anteriormente, en el supuesto caso que se busque aplicar una lectura literal del alcance del Artículo 1 (3) del APPRI Perú-Francia en cuanto a la cobertura de lo que se entiende como *persona jurídica* en la categoría de “*sociedades*”, en el sentido que el Tribunal considere que la referencia se limita únicamente a figuras jurídicas tradicionales que se encuentran reconocidas por la Ley General de Sociedades de la República del Perú, excluyendo otro tipo de agrupaciones, la Demandante plantea la activación

del Artículo 4 del APPRI Perú-Francia⁴⁶² en cuanto a ser beneficiario de la cobertura de la Cláusula de Nación Más Favorecida.

1066. En efecto, en este supuesto la Demandante solicita que se le aplique el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Italia sobre Promoción y Protección de Inversiones (ANEXO X-2) y/o de manera complementaria el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (ANEXO X-14) en cuanto al concepto y supuestos más amplios y beneficiosos de lo que se entiende por personas jurídicas, como parte del concepto de “*sociedades*” que se conceden a inversionistas italianos y alemanes.

1067. En efecto, el Artículo 1 (4) del APPRI Perú-Italia establece claramente que el término persona jurídica “*(...) significará cualquier entidad que tenga su oficina principal en el territorio de una de las Partes Contratantes y esté reconocida por ella, tales como instituciones públicas y privadas, corporaciones, sociedades de personas, fundaciones y asociaciones, sin considerar si su responsabilidad es o no limitada*”.

1068. Por su parte, el Artículo 1 (4) del APPRI Perú-Alemania establece que “*Sociedades designa a todas las personas jurídicas, incluidas las sociedades civiles y comerciales y demás asociaciones con personería jurídica o sin ella, que tengan su sede en el territorio de una de las Partes Contratantes, independientemente que su actividad tenga o no fines lucrativos*”.

1069. El APPRI Perú-Francia, entendido como *Tratado Base* establece en su texto correspondiente a la CNMF, el denominado *ejusdem generis*⁴⁶³, lo

⁴⁶² “Cada Parte Contratante otorga, en su territorio y en su área marítima, **a los nacionales o a las sociedades** de la otra parte, en lo que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que aquel acordado a sus nacionales o sociedades, o el tratamiento acordada o a los nacionales o a las sociedades de la nación más favorecida, si éste último es más favorable.” (el resaltado es nuestro)

⁴⁶³ En este caso el *ejusdem generis* (de la misma especie o clase) se encuentra satisfecho, no sólo por el texto de la cláusula y la intención clara de las Partes Contratantes, sino también por aplicar una interpretación razonable del alcance del APPRI conforme a la Convención de Viena. Respecto del alcance y aplicación de la CNMF a derechos sustanciales, entre otros ver *Laudos MTD vs. Chile, Laudo Tecmed*

referido a un tratamiento más favorable concedidos a sociedades de terceros estados en las inversiones y actividades ligadas a estas inversiones en el Perú. La exclusión del ámbito de aplicación de la CNMF únicamente apunta a regímenes de asociación de una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o cualquier otra forma de organización económica regional. Asimismo, no se extienden a asuntos tributarios.

1070. Lo que plantea la Demandante es aplicar el régimen sustantivo de protección a favor del inversionista francés. Para cumplir dicha finalidad y beneficiarse de un tratamiento igualitario⁴⁶⁴, se plantea extender el alcance de la figura de “*persona jurídica*” entendida como “**sociedades**” en la República del Perú, mediante la importación de las disposiciones más amplias que el Perú ha reconocido y concedido en el APPRI Perú-Italia y/o el APPRI Perú-Alemania, y con ello concluir que el Grupo familiar Levy resulta ser una “**sociedad**” bajo cobertura del APPRI Perú-Francia.

1071. Entendido el Grupo Levy como “sociedad”, el mismo que resulta estar bajo control de ciudadanos franceses, resultaría titular legítimo de derechos en requerir la integridad del daño moral (daño a la imagen y/o reputación) derivado del acto ilícito del Estado.

1072. En vista de ello, la ley peruana le concede un status legal al Grupo Levy en base de su propia normativa estatal. En consecuencia, resulta no solo aplicable y legítimo que la acción de la Demandante implica el reconocimiento del daño moral, en la figura del daño a la imagen y/o prestigio sufrido para satisfacer la integridad del daño (*Chorzow Factory*) por el grupo familiar denominado Grupo Levy, bajo control de la Demandante.

vs. México, *Laudo CMS vs. Argentina*, *Laudo CME vs. República Checa*, *Laudo Jurisdicción Bayindir vs. Pakistan*, etc.

⁴⁶⁴ Ver *Laudo Siemens vs. República de Argentina* Ob cit. Párrafo 106 señalo lo siguiente: “El propósito de la CNMF es eliminar el efecto de disposiciones específicas acordadas a menos que hayan sido exceptuadas. Complementan el compromiso de cada Estado Parte del Tratado de no implementar medidas discriminatorias a las inversiones en virtud del Artículo 2”.

Del BNM

1073. Aplicando los mismos considerando relacionados a la confianza del mercado bancario ya referidos, en el BNM, así como de los objetivos del resarcimiento total reconocidos por el derecho internacional (caso *Chorzow Factory*), en el caso del BNM son igualmente aplicables.

1074. Asimismo, se encuentra acreditado por aplicación del derecho internacional, la pertinencia y reconocimiento de la compensación debida del daño moral incurrida a corporaciones (ver ¶1033-1035, *supra*), particularmente al daño a la imagen de la empresa, en este caso del BNM.

1075. Por ello, resulta igualmente legítimo plantear que, en caso el Tribunal no considere aplicar los daños a la imagen determinado por el Experto Valorizador a favor de la Sra. Renee Rose Levy en su calidad de representante y controlante del Grupo Levy, éste sea aplicado como concepto del daño a la imagen del BNM.

Establecimiento de la Compensación por Daño Moral

1076. En vista de ello, estando ante situaciones excepcionales corresponde el reconocimiento del daño moral, aplicando criterios objetivos en su determinación, particularmente en la valoración de lo que podemos entender como el Goodwill, el prestigio o la imagen del apellido “Levy”, o *valor de marca* determinado por el Experto Valorizador, el cual fuera destruido por el Estado peruano, estimado en la suma de USD.2,953 MM (Dos mil novecientos cincuenta y tres millones y 00/100 Dólares Americanos) conforme al Informe de Daños que se adjunta.

POR LO EXPUESTO:

1077. La Demandante solicita admitir el reclamo planteado en el Memorial de Méritos y en ese orden declarar la violación del estándar de trato justo y equitativo, discriminación, trato nacional, protección y seguridad plenas y de la prohibición de expropiación indirecta, cometidos por el Estado peruano mediante sus dependencias gubernamentales, como el MEF, el BCR y/o la SBS, contra la inversión protegida y con ello la atribución de responsabilidad internacional del Estado Peruano, con la orden de pagar a favor del inversor los daños sufridos por la suma de USD.4,036 MM (Cuatro mil y treinta y seis millones y 00/100 Dólares Americanos) y por daño moral la suma de USD.2,953 MM (Dos mil novecientos cincuenta y tres millones y 00/100 Dólares Americanos) .

1078. En ambos casos, el reconocimiento del costo de oportunidad del 11.11% (once punto once por cien) a devengarse desde la fecha del Laudo arbitral, hasta el pago efectivo de la orden de pago establecida en el mismo.

1079. Para finalizar, solicitamos al Tribunal Arbitral sancione a la República del Perú con el pago de todos los gastos y costos incurridos en el proceso arbitral, honorarios de abogados, expertos legales, peritos expertos en daños, gastos arbitrales generales, más los intereses devengados y cualquier otra reparación que considere pertinente⁴⁶⁵ .

Respetuosamente,

⁴⁶⁵ Dicho pedido no se solicita por el simple hecho de –conforme a nuestra pretensión descrita en el Memorial- buscar ser beneficiado con un laudo favorable por el Tribunal y adoptar la calidad de parte vencedora en el presente arbitraje, sino más bien ser entendido como un resarcimiento al costo personal asumido por la Demandante luego de 10 años de litigio contra un Estado abiertamente hostil hacia mi persona y el nombre de mi familia, para de esta forma, no solo reembolsar los costos, sino mas importante aún desincentivar prácticas arbitrarias de los Estados quienes tienen mayores recursos y acceso de información con miras a evadir el cumplimiento de sus responsabilidades ante los ciudadanos extranjeros. En todo caso, nos remitimos a los criterios establecidos en *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Laudo CNUDMI (3 de agosto de 2005); *International, Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo CNUDMI (26 de enero de 2006) y en *EDF*, Laudo (8 de octubre de 2009) que justifican la obligación del Estado en asumir la integridad de los costos del presente proceso, incluyendo honorarios de abogados y expertos y toda indemnización que considere el Tribunal.

Estudio Paitán & Abogados S. Civil. R. Ltda.

Por Renee Rose Levy

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'J' followed by a smaller 'L' and a horizontal stroke.

Jacques Levy
Carlos Paitán
Christian Carbajal
José Salcedo
Danny Quiroga