

Av. Rivera Navarrete 501 Piso 19
San Isidro Lima 27 Perú
T (+511) 617 2000
F (+511) 617 2020
www.eafa.com.pe

JORGE AVENDAÑO & FORSYTH

ABOGADOS

Raúl Aguinaga
Guilherme Auler
Francisco Avendaño
Jorge Avendaño
Michelle Barclay
Nadia Berdichevsky
Carla Carranza
Isabel Carrascal
Sandro Cogorno
Manuel Díaz
Orlando De Las Casas
Luis Felipe del Risco
Gonzalo Echevarría
Javier Ezeta
Fabrizio Fernández-Dávila
Alfonso Fernández-Maldonado
Albert Forsyth
María Soledad García-Godos
Patricia García-Santillán
Isabel Gutiérrez
Jorge León
Martín Mejorada
Claudia Núñez
Enrique Palacios
Jorge Pérez-Albela
Adolfo Pinillos
Julio Rodríguez
Carlos Salas
Patricia Santillán
Adriana Tagle
Fabricio Valero

**OPINIÓN DE TESTIGO EXPERTO EN DERECHO BANCARIO Y
REGULATORIO OFRECIDA POR ALBERT FORSYTH**

Lima, 15 de Agosto 2011

Índice

I.	Alcances de la Opinión	4
II.	Experiencia y Credenciales	6
III.	Tema Primero: Marco Legal	8
	3.1 Fuentes del Derecho Bancario en el Perú	8
	3.2 Estructura y funciones de la Superintendencia respecto del sistema bancario	12
	3.2.1 Ubicación en el organigrama del Estado	14
	3.2.2 Estructura orgánica	16
	3.2.3 Funciones de la Superintendencia	19
	3.3 Regímenes Especiales y el Proceso de Disolución y Liquidación de las Empresas del Sistema Financiero	25
	3.3.1 Régimen de Vigilancia	25
	3.3.2 Régimen de Intervención	29
	3.3.3 Disolución bancaria a cargo de la Superintendencia	34
	3.3.4 Función supervisora de la Superintendencia en el proceso de liquidación o de rehabilitación de la empresa	35
IV.	Dictamen Legal del Caso Concreto	39
	4.1 El rol del BCR para dotar de liquidez al sistema financiero	39
	4.1.1 Mandato constitucional del BCR	39
	a) El mandato constitucional en situaciones regulares	43
	b) El mandato constitucional en situaciones de crisis	46
	4.1.2 Desarrollo de la LOBCR del mandato constitucional del BCR ...	49
	a) La LOBCR y el créditos con fines de regulación monetaria en épocas regulares	51
	b) La LOBCR y el créditos con fines de regulación monetaria en épocas de crisis	52

4.1.3	Desarrollo Reglamentario del mandato constitucional del BCR	68
4.1.4	Desarrollo del mandato constitucional del BCR en la Ley de Bancos.....	75
4.2	El rol del Estado ante el Pánico Financiero	77
4.3	El Programa de Consolidación del Decreto de Urgencia N° 108-2000 y otros regímenes previos	85
4.3.1	Condiciones y requisitos	88
4.3.2	Reorganización Societaria de las empresas en Régimen de Intervención	97
4.3.3	Los Programas de Rescate Financiero de 1998 y 1999	102
4.4	El Rol de los Interventores de la Superintendencia a propósito de la reclasificación	109
4.4.1	El Principio de Legalidad	109
4.4.2	Las facultades de la Administración	111
4.4.3	El Caso Concreto	114
4.5	El Reglamento de Subasta de Depósitos Públicos	119
4.6	El cierre de los Estados Financieros de los bancos sometidos a Régimen de Intervención	124
4.7	La reducción del capital social del BNM a cero y la incidencia en el derecho de propiedad	127
V.	Conclusiones	131

I. ALCANCES DE LA OPINIÓN.-

1. He sido contratado por intermedio del Estudio Paitán y Abogados S.R.L., asesores legales de la señora Reneé Rose Levy en el reclamo internacional del Caso CIADI N° ARB. 11/17, para emitir una opinión legal experta e independiente sobre: (i) el marco jurídico del sistema bancario vigente en el Perú desde el año 2000 hasta la fecha; y, (ii) determinadas actuaciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante, "la Superintendencia") y del Banco Central de Reserva del Perú (en lo sucesivo, "BCR"), frente a la intervención, disolución y liquidación del Banco Nuevo Mundo (en adelante, "el BNM").
2. Tema 1. Marco legal del Sistema Bancario peruano. Bajo este título, se me ha pedido analizar los siguientes aspectos:
 - 2.1 Fuentes del Derecho Bancario en el Perú.
 - 2.2 Estructura y funciones de la Superintendencia respecto del sistema bancario.
 - 2.3 Régimen de vigilancia.
 - 2.4 Régimen de intervención.
 - 2.5 Disolución bancaria.
 - 2.6 Función supervisora de la Superintendencia en la liquidación encargada a empresas liquidadoras.
3. Tema 2. Los procedimientos a los fue sometido el BNM en el marco de su intervención y posterior disolución y liquidación, así como el rol específico de determinadas instituciones estatales en dicho contexto. Bajo este título se me ha pedido revisar y pronunciarme sobre lo siguiente:

- 3.1 El rol del BCR para dotar de liquidez al sistema financiero.
 - 3.2 El rol del Estado ante el pánico financiero.
 - 3.3 El Decreto de Urgencia N° 108-2000 y otros regimenes previos.
 - 3.4 El rol de los Interventores de la Superintendencia.
 - 3.5 El mecanismo de colocación de Depósitos Públicos.
 - 3.6 La obligación de cierre de los Estados Financieros de los bancos sometidos a régimen de intervención.
 - 3.7 La reducción del capital social a cero y la incidencia en el derecho de propiedad de los accionistas.
4. La opinión contenida en este reporte se sustenta en las normas vigentes en el Perú al momento de los hechos examinados y, de ser el caso, en Sentencias del Tribunal Constitucional peruano que se pronuncian sobre las materias analizadas. Como consecuencia del peritaje legal exhaustivo que he efectuado, todas las conclusiones a las que arribo en el presente informe generan en mí una auténtica convicción.
 5. Declaro que mantengo absoluta independencia respecto de la señora René Rose Levy, del Estudio Paitán y Abogados S.R.L. y sus miembros, de las partes involucradas en la controversia y del Tribunal Arbitral a cargo del proceso, por lo que las opiniones vertidas en el presente informe son emitidas con absoluta imparcialidad.
 6. El presente reporte ha sido preparado en castellano, idioma que hablo de nacimiento y que emplearé en caso sea convocado a una audiencia de sustentación.
 7. Para facilitar la búsqueda de las referencias y fuentes citadas en este reporte, he incorporado cinco anexos, con las

siguientes informaciones: (i) ANEXO I: Currículum vitae; (ii) ANEXO II: Normas legales; (iii) ANEXO III: Citas bibliográficas; (iv) ANEXO IV: Sentencias del Tribunal Constitucional; y, (v) ANEXO V: documentos vinculados con el reclamo internacional del Caso CIADI N° ARB. 11/17.

II. EXPERIENCIA Y CREDENCIALES.-

8. En 1984 egresé como bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. En 1985 realicé la Maestría de Derecho en la Escuela de Derecho de Harvard University. Al siguiente año permanecí como Estudiante Especial en la misma Escuela de Derecho. En 1987 obtuve el título de abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Mi especialización radica en Derecho Bancario, Financiero, Comercial, Finanzas Corporativas, Financiamiento de Proyectos, Fusiones y Adquisiciones y Mercado de Capitales.
9. He participado en numerosas transacciones nacionales e internacionales, incluyendo fusiones y adquisiciones, ofertas públicas de valores, titulización de activos, créditos sindicados, reorganizaciones empresariales, entre otras. Desde el año 2001 he sido considerado por la reconocida revista internacional, *Chambers and Partners*, como un abogado destacado en Derecho Corporativo, Fusiones y Adquisiciones, Mercado de Valores, Banca y Finanzas. En el año 2007 fui considerado como miembro de la sociedad histórica del Internacional *Who's Who of Professionals*, asociación que incorpora como miembros a los abogados destacados a nivel mundial, tanto en el ámbito académico como profesional.

10. He sido Director de renombradas empresas como Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank Perú S.A.A.), Financiera Cordillera S.A. (Grupo Ripley), Banco del País (Grupo Dersa), Austral Group S.A.A., Tabacalera Nacional S.A. (subsidiaria de British American Tobacco), Corporación Infarmasa S.A. y Camposol S.A. Actualmente soy Director de Inmobiliari S.A., Energía Eólica S.A., Gestiones y Recuperaciones de Activos S.A. (Grupo IntesaSanPaolo), Inversiones Mobiliarias S.A. (Grupo IntesaSanPaolo), y liquidador de Lima Sudameris Holding S.A., en Liquidación (antes Banco de Lima Sudameris).
11. Para conocimiento del Tribunal, el 31 de agosto de 1999 fui nombrado Director Alterno del BNM, cargo que ejercí durante aproximadamente un año. Durante el ejercicio del cargo no formé parte de ningún acuerdo que pudiera estar relacionado directamente con los hechos de la controversia. No tengo ni he tenido vínculo de ninguna otra naturaleza con el BNM.
12. Asimismo he sido Socio Principal y Jefe del Área de Finanzas y Mercado de Capitales de Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman y Luna Victoria Abogados (1992-2005). He sido Gerente Legal de Tele 2000 (Bellsouth Peru) (1991-1992). He ejercido el cargo de Gerente del Programa sobre Derechos de Propiedad y Gerente de Proyectos Internacionales (El Salvador, Nicaragua, Honduras and Guatemala) del Instituto Libertad y Democracia (ILD) (1989-1991).
13. Actualmente soy socio principal del Estudio Jorge Avendaño & Forsyth Abogados y, como jefe del Área Financiera de este estudio jurídico, dirijo un equipo especializado de abogados que fundamentalmente prestan asesoría a empresas privadas y

ha participado en diversos procedimientos administrativos vinculados al sistema financiero.

14. Soy miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y del International Bar Association. En el plano académico, soy catedrático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Derecho Internacional Privado, Sucesiones, Contratos).
15. Adjunto mi currículum vitae (Anexo I).

III. TEMA PRIMERO: MARCO LEGAL.-

3.1 Fuentes del Derecho Bancario en el Perú.-

16. En el Perú se reconoce como fuentes del Derecho Bancario a la legislación, la jurisprudencia, los usos mercantiles (costumbre) y la doctrina jurídica.
17. Legislación bancaria: Es el conjunto de normas jurídicas vinculadas a la regulación y el funcionamiento del sistema bancario, emitidas por los órganos públicos correspondientes, las cuales son publicadas en el Diario Oficial El Peruano para adquirir vigencia en el ordenamiento jurídico¹. De acuerdo con su jerarquía normativa², estas disposiciones pueden clasificarse en:

¹ Según el artículo 109° de la Constitución, "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte" (ver Anexo II-001).

² De acuerdo con el artículo 51° de la Constitución: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado" (Ver Anexo II-001).

a) Normas constitucionales: son las disposiciones de mayor nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico peruano. En materia de Derecho Bancario, la Constitución regula la Moneda y la Banca, estableciendo como principios rectores: (i) preservar la estabilidad monetaria y del crédito (artículo 84°); y, (ii) la protección del ahorro público y la supervisión de las empresas del sistema financiero (artículo 87°).

b) Los Tratados: Los tratados bilaterales y multilaterales firmados por el Estado peruano forman parte del derecho nacional³. En este rubro normativo se encuentran por ejemplo, los Convenios Internacionales de Inversión suscritos por el Estado peruano.

c) Las normas con rango de ley (las leyes, los decretos legislativos y los decretos de urgencia): las leyes son aprobadas por el Congreso de la República (Poder Legislativo) y promulgadas por el Poder Ejecutivo. Los Decretos Legislativos son dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio y dentro de los límites de las facultades delegadas por el Congreso de la República⁴. Por su parte, los Decretos de Urgencia son dispositivos emitidos directamente por el Poder Ejecutivo como medidas extraordinarias en materia económica y financiera⁵. En nuestro ordenamiento jurídico, la norma que regula de manera general el sistema financiero es la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de

³ El artículo 55° de la Constitución señala: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (Ver Anexo II-001).

⁴ El artículo 104° de la Constitución señala: "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa" (Ver Anexo II-001).

⁵ El numeral 19 del artículo 118° de la Constitución establece: "Corresponde al Presidente de la República: (...) Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia" (Ver Anexo II-001).

Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, "Ley de Bancos") (**Anexo II-002**). Por su parte, mediante Decreto Legislativo N° 183 se aprobó la Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas (**Anexo II-003**). Finalmente, mediante Decreto de Urgencia N° 108-2000 se creó el "Programa de Consolidación del Sistema Financiero" (**Anexo II-004**). Todas estas normas tienen rango de ley. Sobre estas disposiciones volveré más adelante.

d) Los Decretos Supremos: es la norma de mayor jerarquía que dicta el Poder Ejecutivo en uso de las atribuciones normativas establecidas en la Constitución⁶, es firmada por el Presidente de la República y por uno o más ministros. En el plano normativo, tiene una jerarquía inferior que las normas con rango de ley descritas en el acápite anterior, por lo que no puede transgredirlas ni desnaturalizarlas. Así, como veremos en el presente reporte, mediante Decreto Supremo N° 138-2000-EF (**Anexo II-005**) se aprobó la emisión de los bonos del Tesoro Público que financiarían la línea de crédito otorgada al Fondo de Seguro de Depósito para el Programa de Consolidación a que se refiere el Decreto de Urgencia N° 108-2000.

e) Las Resoluciones Ministeriales: normas que normalmente desarrollan los Decretos Supremos o resuelven asuntos específicos sometidos a la consideración de los respectivos ministerios. Es una norma aprobada por uno (y eventualmente más de uno) de los ministros de Estado. Como desarrollaré más adelante, mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-EF

⁶ El numeral 8 del artículo 118° de la Constitución dispone: "Corresponde al Presidente de la República: (...)8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones" (Ver Anexo II-001).

se aprobó el Reglamento Operativo del Régimen de Consolidación (**Anexo II-006**).

f) Resoluciones administrativas de carácter general: Resoluciones dictadas con el fin de reglamentar los aspectos relativos a las empresas del sistema financiero. Estas normas se utilizan normalmente para regular los procedimientos que se siguen ante una entidad o para resolver asuntos específicos sometidos a la autoridad. El Estatuto del BCR, por ejemplo, fue aprobado por una Resolución Administrativa aprobada por el Directorio de la entidad el 10 de febrero de 1994 (**Anexo II-007**). Del mismo modo, el actual Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia fue aprobado por una Resolución Administrativa (Resolución SBS N° 3027-2011 del 7 de abril de 2011) (**Anexo II-008**).

g) Circulares: Son disposiciones que emite la Superintendencia y el BCR en ejercicio de sus facultades regulatorias. Estas normas son de obligatorio cumplimiento para las entidades del sistema financiero, así como para las demás personas naturales y jurídicas cuando corresponda. Es el caso por ejemplo de la Circular N° 029-98-EF-90 (**Anexo II-009**), mediante la cual se reguló las subastas destinadas a asignar fondos públicos a las empresas del sistema financiero.

18. Jurisprudencia: proviene de los tribunales de justicia. Comprende a las sentencias del Tribunal Constitucional y a las sentencias de la Corte Suprema de la República.
19. Usos bancarios (costumbre jurídica): los usos bancarios son fuente derecho en el ordenamiento jurídico peruano, siempre que cumplan con los requisitos para ser calificados como

costumbre jurídica (uso generalizado, conciencia de obligatoriedad y antigüedad). La aplicación del Derecho consuetudinario está reconocida en nuestro sistema en el artículo 139° de la Constitución⁷. Por su parte, el artículo 4° de la Ley de Bancos señala: "*Las disposiciones del derecho mercantil y del derecho común, así como los usos y prácticas comerciales, son de aplicación supletoria a las empresas*" (el subrayado es agregado).

20. La Doctrina: es el conjunto de escritos aportados al Derecho por autores dedicados a estudiar, describir y analizar los principales problemas y soluciones jurídicas. En palabras de Sergio Rodríguez Azuero, "*La doctrina, que para algunos autores no es más que la manifestación de una costumbre erudita, consiste, en síntesis, en la opinión de los juristas expresada, bien en sus investigaciones y en sus obras, ya en sus alegatos ante los jueces. Es obvio que en menos grado que la jurisprudencia aún, la doctrina constituye más un elemento interpretativo y de referencia que una fuente formal de Derecho. Ni los jueces ni los particulares tienen que ceñirse a ella, si bien es cierto que constituye un criterio de autoridad que en determinados supuestos y ante vacíos legislativos o dudas interpretativas, juega esa última función definitoria que permite calificarla, en ese momento, como fuente de derecho*"⁸.

3.2 Estructura y funciones de la Superintendencia respecto del sistema bancario.-

⁷ Según la norma constitucional, "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario*". (Ver Anexo II-001).

⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Bogotá, Felaban, Cuarta edición, 1990, p. 49. (Ver Anexo III-001).

21. La Superintendencia es un organismo constitucionalmente autónomo y con personería de Derecho Público, encargado de la regulación y supervisión del Sistema Financiero peruano. Su finalidad primordial es proteger los ahorros públicos, mediante el control de la estabilidad y solvencia de las empresas que conforman dicho sistema.
22. La Superintendencia goza de reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento. Así, el segundo párrafo del artículo 87° de la Constitución establece *“La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley”*.
23. En este sentido, el artículo 347° de la Ley de Bancos señala que *“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”*.
24. La Superintendencia tiene como finalidad cautelar y preservar la estabilidad del sistema financiero y de las empresas sometidas a su supervisión, pues de esta manera otorga una protección adecuada al ahorro público.

25. En palabras de Carlos Gilberto Villegas:

“La superintendencia de la actividad bancaria comprende la organización del control y funcionamiento del sistema bancario y financiero nacional, la reglamentación de la actividad mediante normas de interpretación e integración, y la concreta aplicación de las leyes y disposiciones reglamentarias.

Pero comprende también, y fundamentalmente, una labor de preservación y cuidado del correcto desenvolvimiento del sistema bancario mediante la aplicación de normas, principios o criterios de prevención en salvaguarda del normal funcionamiento de la actividad financiera.

(...)

*La superintendencia debe, esencialmente, prevenir situaciones que puedan afectar al sistema bancario y financiero y a las distintas entidades que lo componen, que constituyen, como ya lo señalamos, una unidad*⁹ (el subrayado es agregado).

26. Por tanto, como fin institucional primordial, la Superintendencia debe velar por el correcto funcionamiento del sistema bancario, a través de mecanismos que logren preservar la situación económica de las empresas que lo componen. Solo de esta forma puede lograrse una protección eficaz a los fondos del público.

3.2.1 Ubicación en el organigrama del Estado

27. La Superintendencia es una entidad con autonomía funcional, económica y administrativa, considerada dentro de la

⁹ VILLEGAS, Carlos Gilberto. Operaciones Bancarias. Tomo I, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1996. Citado en: Material de Derecho Bancario, Selección de Textos, Compiladora Enrique González de Sáenz, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 17. (Anexo III-002).

Estructura del Estado como un "organismo constitucionalmente autónomo".

28. Los organismos constitucionales autónomos son entidades del Estado, creados por la Constitución, que gozan de autonomía e independencia y que por tal razón, no están adscritos a ninguno de los tres poderes clásicos del Estado (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial).
29. La existencia de estos organismos responde a la necesidad de garantizar la especialización en el manejo de ciertas materias (como en el caso de la Defensoría del Pueblo), de aislar la toma de ciertas decisiones de los vaivenes políticos (como sucede en el caso del BCR respecto del manejo de la política monetaria o de la Superintendencia en el caso del control del sistema financiero) o de asegurar la imparcialidad en los procesos democráticos (por ejemplo, la Oficina Nacional de Procesos Electorales).
30. La existencia y autonomía de los organismos constitucionales autónomos están consagradas en la Constitución. Sus funciones y competencias, así como su régimen administrativo y económico, están desarrolladas en sus respectivas leyes orgánicas.
31. Las leyes orgánicas son peculiares por su contenido y por la mayoría calificada que se requiere para su aprobación. En efecto, el artículo 106° de la Constitución establece que *"Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya*

regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución”.

32. Estos organismos gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones en los términos y condiciones que señalan sus leyes orgánicas. Estas leyes desarrollan su autonomía en los ámbitos funcional, orgánico y presupuestario. Así, los organismos constitucionales autónomos cumplen las funciones que la Constitución les encomienda y deben evitar interferencias de ningún tipo, buscando que se garantice su no sometimiento al control de los otros poderes u órganos del Estado. Además, estos organismos son independientes para decidir sobre la administración de sus recursos y sobre su organización y estructura interna.

3.2.2 Estructura orgánica

33. El funcionario de mayor nivel jerárquico de la Superintendencia es el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, quien es nombrado por el Poder Ejecutivo y es ratificado por el Congreso de la República (artículo 363° de la Ley de Bancos).
34. La estructura orgánica de la Superintendencia al año 2000 - 2001, periodo en el que ocurrieron los hechos evaluados en el presente reporte, estaba definida por el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia, aprobado por Resolución N° 1264-98 del 23 de diciembre de 1998 (en adelante, “ROF”)¹⁰ (**Anexo II-010**).

¹⁰ Esta norma fue derogada posteriormente por la Resolución SBS N° 491-2001 del 26 de junio de 2001, disposición que estableció la nueva estructura orgánica de la Superintendencia para ejercer el control y supervisión de las Administradoras de Fondos de Pensiones. El actual Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia fue aprobado por Resolución SBS N° 3027-2011 del 7 de abril de 2011 (**Anexo II-008**).

35. De conformidad con los artículos 8° y siguientes del ROF, el Superintendente representa a la Superintendencia en los actos y contratos relacionados con el cumplimiento de sus atribuciones, siendo su función básica planear, organizar, dirigir, coordinar y evaluar los procesos técnicos de supervisión del sistema financiero y del sistema de seguros, así como los procesos administrativos de la institución.
36. Entre otras facultades, corresponde al Superintendente: (i) determinar y modificar la estructura orgánica de la Superintendencia; (ii) aprobar y modificar el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia y las demás normas requeridas para su normal y eficiente funcionamiento; (iii) programar, formular, aprobar, ejecutar, ampliar modificar y controlar el presupuesto anual de la Superintendencia; (iv) nombrar a los funcionarios de mayor jerarquía y delegar las funciones que considere necesarias; y, (v) cualquier otra función que conduzca al cumplimiento adecuado de los fines de la Superintendencia.
37. Por debajo del Superintendente (Órgano de Dirección), el ROF estableció dos Órganos de Línea en la Superintendencia: (i) Superintendencia Adjunta de Banca; y (ii) Superintendencia Adjunta de Seguros. Para efectos del presente reporte, solo interesa centrarnos en el primero de dichos órganos.
38. Según los artículos 23° y 24° del ROF, la Superintendencia Adjunta de Banca es un órgano dependiente jerárquicamente del Superintendente, encargado de realizar la evaluación e inspección permanente de las empresas del sistema financiero, para el adecuado control de los riesgos que los supervisados asumen en sus operaciones.

39. Entre las funciones de la Superintendencia Adjunta de Banca, destacan las siguientes: (i) realizar la evaluación e inspección permanente de las empresas del sistema financiero, aún cuando se encuentren en liquidación; (ii) proponer y/o aplicar en primera instancia las sanciones que contempla la Ley de Bancos, así como recomendar, previo análisis situacional, a aquellas empresas que deben ser sometidas a régimen de vigilancia, intervención o disolución y liquidación; (iii) centralizar, procesar y mantener la información referente a colocaciones de las empresas del sistema financiero, así como la información de los créditos castigados, cierre de cuentas corrientes y tarjetas de crédito; (iv) evaluar permanentemente las operaciones crediticias y de financiamiento en general que efectúan las empresa bajo el control de la Superintendencia, verificando su adecuación a los límites en cuanto a monto, plazo y demás condiciones señaladas en la Ley de Bancos, (v) efectuar las visitas de inspección ordinarias y especiales a las empresas del sistema financiero, emitiendo los informes correspondientes con las observaciones y recomendaciones respectivas; (vi) proponer y coordinar con los órganos competentes de la Superintendencia, la elaboración de normas técnicas complementarias que tiendan a preservar la solidez económica y financiera de las empresas supervisadas.
40. Para efectos de llevar a cabo las tareas descritas en el numeral precedente, la Superintendencia Adjunta de Banca se dividió por especialidad en cuatro reparticiones: (i) Departamento de Evaluación del Sistema Financiero; (ii) Departamento de Inspección del Sistema Financiero; (iii) Departamento de Evaluación de Riesgo Crediticio; y (iv) Departamento de Evaluación de Riesgo de Mercado.

3.2.3 Funciones de la Superintendencia

41. Las funciones de la Superintendencia están establecidas expresamente en la Ley de Bancos (**Anexo II-002**). En términos generales, para el cumplimiento de su finalidad institucional de proteger el sistema bancario, la Superintendencia cuenta con (i) facultades de supervisión y (ii) facultades de regulación.
42. Las facultades de supervisión de la Superintendencia están dirigidas a que ésta realice un control integral y especializado de las empresas del sistema financiero, con miras a verificar el cumplimiento de la legislación especial y determinar el riesgo de las operaciones celebradas por los referidos agentes. Por su parte, las facultades de regulación están destinadas a crear a través de una reglamentación especial, un régimen jurídico que garantice la estabilidad y solidez del sistema financiero¹¹. Es así que se generan normas vinculadas al ingreso de los agentes al mercado de servicios financieros y a la calidad y cantidad de información que deben brindar las empresas supervisadas, entre otras.
43. Siguiendo esta clasificación, el artículo 349° de la Ley de Bancos establece como facultades reguladoras de la Superintendencia, entre otras, las siguientes:
 - (i) Interpretar, en la vía administrativa, sujetándose a las disposiciones del derecho común y a los principios generales del derecho, los alcances de las normas legales que rigen a las

¹¹ Como mencioné anteriormente, el concepto de estabilidad y solidez del sistema financiero está ligado a la protección de los ahorros públicos, mediante el control cauteloso de la solvencia y equilibrio económico de las empresas que conforman dicho sistema. Es en este sentido al que debe apuntar la regulación generada por la Superintendencia, así como el ejercicio de sus facultades de supervisión.

empresas del Sistema Financiero, constituyendo sus decisiones precedentes administrativos de obligatoria observancia;

(ii) Aprobar o modificar los reglamentos que corresponda emitir a la Superintendencia;

(iii) Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones y servicios financieros, y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia;

(iv) Dictar las normas necesarias para el ejercicio y supervisión de las operaciones financieras, así como para la aplicación de Ley de Bancos;

(v) Dictar las disposiciones necesarias a fin de que las empresas del sistema financiero cumplan adecuadamente con los convenios suscritos por la República destinados a combatir el lavado de dinero;

(vi) Dictar las normas generales para precisar la elaboración, presentación y publicidad de los estados financieros, y cualquier otra información complementaria, cuidando que se refleje la real situación económico-financiera de las empresas, así como las normas sobre consolidación de estados financieros de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados;

(vii) Dictar pautas de carácter general a las que deberá ceñirse la clasificación de las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros.

44. En cuanto a las facultades de supervisión, la Superintendencia es la encargada de autorizar la organización y el funcionamiento de las empresas del sistema financiero, a

través de la emisión de los actos administrativos respectivos (resoluciones autoritativas) (artículo 349° de la Ley de Bancos).

45. Para efectos de obtener la autorización de organización, las personas naturales o jurídicas que se presenten como organizadores de las empresas deben ser de reconocida idoneidad moral y solvencia económica. No hay número mínimo para los organizadores, sin embargo, por lo menos uno debe ser suscriptor del capital social de la empresa respectiva (artículo 19° de la Ley de Bancos).
46. Las solicitudes para la organización de las empresas del sistema financiero deben contener la información y requisitos de carácter formal establecidos por la Superintendencia (artículo 21° de la Ley de Bancos). Una vez recibida la documentación, la Superintendencia la pondrá en conocimiento del BCR, el cual debe emitir su opinión dentro de los treinta días de recibido el oficio respectivo. Dentro de un plazo que no excederá de noventa días de recibida la opinión del BCR, la Superintendencia emitirá la resolución que autoriza o que deniega la organización de una empresa.
47. Verificado el cumplimiento de la etapa de organización y satisfechos los requisitos exigidos para la operación de la empresa, la Superintendencia expide la resolución autoritativa de funcionamiento y otorga el certificado correspondiente¹². Este certificado es de vigencia indefinida y sólo puede ser

¹² Cabe precisar que la obtención de las autorizaciones de organización y funcionamiento (licencias) implican procedimientos administrativos formales ante la Superintendencia, donde el administrado debe cumplir requisitos muy rigurosos (tanto objetivos como subjetivos, como por ejemplo límites mínimos del capital social inicial o la idoneidad moral de los organizadores, respectivamente) para ingresar al sistema financiero. En este sentido, la operación de los agentes en el mercado financiero supone siempre la realización de un importante y previo esfuerzo económico, con miras a las proyecciones económicas de los referidos agentes.

cancelado por la Superintendencia como sanción a una falta grave en que hubiere incurrido la empresa.

48. Del mismo modo, dentro de su función supervisora, la Superintendencia emite actos administrativos (resoluciones) disponiendo el régimen de vigilancia, el régimen de intervención y la disolución y liquidación de las empresas del sistema financiero, conforme desarrollaré detalladamente en el acápite 3.3 del presente reporte.
49. De conformidad con el artículo 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (**Anexo II-011**), los actos administrativos (emitidos por la Superintendencia) son declaraciones de origen administrativo que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
50. Cabe precisar que uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es su debida motivación. Al respecto, el artículo 3° de la Ley N° 27444 señala que *"El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico"*. Conforme lo dispone el artículo 6° de la misma norma, la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. En esta línea, no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad,

contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto¹³.

51. Adicionalmente a lo expresado, la Superintendencia debe realizar las siguientes tareas en materia de supervisión bancaria (artículo 349° de la Ley de Bancos):

(i) Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, estatutos y toda otra disposición que rige al Sistema Financiero, ejerciendo para ello, el más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las empresas que los integran realicen;

(ii) Fiscalizar a las personas naturales o jurídicas que realicen colocación de fondos en el país;

(iii) Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos que se estudien durante las inspecciones e investigaciones.

52. Como parte de sus labores de supervisión, la Superintendencia goza de una amplia facultad de inspección sobre las empresas del sistema financiero, consistente en poder examinar, por los medios que considere necesarios, libros, cuentas, archivos, documentos, correspondencia y en general cualquier otra

¹³ Según el numeral 4 del artículo 6° de la Ley N° 27444, no precisan motivación los siguientes actos: (i) las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento; (ii) cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros; y, (iii) cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única (**Ver Anexo II-011**). Asimismo el texto original del artículo 21° de la Ley de Bancos señalaba que la resolución que autoriza o deniega la solicitud de organización "*no requiere exposición de fundamentos, ni es susceptible de impugnación en la vía administrativa o en la judicial*" (**Anexo II-002**). Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1052 del 26 de junio del 2008 que estableció lo siguiente: "*En caso se deniegue la organización, la Superintendencia, en la medida de lo practicable y a petición del solicitante, deberá informar las razones de la denegación de dicha solicitud*" (**ver también en Anexo II-002**).

información que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones. También podrá requerir todos los antecedentes que juzgue necesarios para informarse acerca de su situación financiera, recursos, administración o gestión, actuación de sus representantes, grado de seguridad y prudencia con que se realizan las inversiones, y en general, de cualquier otro asunto que, en su opinión, deba esclarecerse (artículo 350° de la Ley de Bancos).

53. Las inspecciones de la Superintendencia se realizan por lo menos una vez al año y sin previo aviso, con la finalidad de examinar la situación de las empresas supervisadas (artículo 357° de la Ley de Bancos). Estas inspecciones arrojan como resultados informes escritos, los cuales deben ser puestos en conocimiento de la empresa supervisada a fin de que adopte las medidas correctivas pertinentes, de ser el caso (artículo 359° de la Ley de Bancos).
54. Cabe señalar que la información recabada en las inspecciones es de carácter confidencial, por lo que está prohibido que sea revelada a terceros ajenos a dicha labor (artículo 360° de la Ley de Bancos).
55. Según el numeral 18 del artículo 349° de la Ley de Bancos y sin perjuicio del listado de atribuciones enunciado, la Superintendencia está facultada para que a su discreción pueda realizar todos los procedimientos y actos necesarios para salvaguardar el ahorro público. En otras palabras, la Superintendencia, sus dependencias y sus funcionarios cuentan con *facultades discrecionales*, las cuales deben ser ejercidas en atención a garantizar la solidez del sistema financiero y el orden económico.

3.3 Los regímenes especiales y el proceso de disolución y liquidación de las empresas del sistema financiero.-

56. Ante la inestabilidad económica o financiera de un agente del sistema financiero y frente al peligro que dicha situación representa para el ahorro y los depósitos del público, nuestro ordenamiento jurídico ha diseñado regímenes especiales destinados a recuperar a dicha empresa o procurar su salida ordenada del mercado, según sea el caso.
57. Los referidos regímenes son los siguientes: (i) régimen de vigilancia, (ii) régimen de intervención; y finalmente, (iii) la disolución y liquidación de la empresa. Estas etapas están reguladas en detalle en la Ley de Bancos y en el Reglamento de los Regímenes Especiales y de la Liquidación de las Empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, aprobado por Resolución SBS N° 0455-99 del 26 de mayo de 1999 (**Anexo II-012**).

3.3.1 El régimen de vigilancia.-

58. Cuando una empresa es sometida al régimen de vigilancia, la Superintendencia puede evaluar y determinar su patrimonio real, ordenando los ajustes que considere pertinentes de acuerdo a las normas que resulten aplicables.
59. Según el artículo 95° de la Ley de Bancos, la Superintendencia someterá al régimen de vigilancia a las empresas del sistema financiero, cuando incurran en cualquiera de los siguientes supuestos:

- (i) disminución del patrimonio efectivo o del capital social por debajo del capital mínimo exigible;
- (ii) otorgamiento de créditos a sus propios accionistas, para ser destinados a cubrir los requerimientos de capital de la empresa;
- (iii) proporcionar información falsa a la Superintendencia o al BCR, o dar lugar a que se sospeche de la existencia de fraude o de significativas alteraciones en la posición financiera;
- (iv) negarse a someter sus libros y negocios al examen de la Superintendencia o rehuir a tal sometimiento;
- (v) existir negativa de sus directores, gerentes o demás funcionarios, así como de los trabajadores a prestar su declaración ante la Superintendencia sobre las operaciones y negocios de la empresa;
- (vi) haber resultado imposible la adopción de acuerdos para la adecuada marcha de la empresa;
- (vii) incurrir en notorias o reiteradas violaciones a la ley, a su estatuto o a las disposiciones generales o específicas dictadas por la Superintendencia o el BCR;
- (viii) Incumplimiento de los requerimientos de encaje;
- (ix) necesidad de recurrir al financiamiento de sus obligaciones que, a criterio de la Superintendencia, denote una insuficiencia financiera estructural para el cumplimiento de las normas de encaje o que tienda a ser permanente;
- (x) necesidad de recurrir al apoyo crediticio del BCR por más de 90 días en los últimos 180 días;
- (xi) exceso en los límites de financiamiento a favor de una misma persona durante 3 meses en un lapso de 12 que culmine con el mes en el que se haya registrado el último exceso;
- (xii) Infracción de otros límites individuales o globales con una frecuencia o magnitud que, a juicio del Superintendente, revele

conducción inadecuada de los negocios por la empresa, aunada a la omisión en la aprobación y ejecución de medidas correctivas;

(xiii) incumplimiento reiterado de la atención al público;

(xiv) cuando el patrimonio efectivo sea menor al establecido en el primer párrafo del artículo 199¹⁴ por un período de 3 meses consecutivos ó 5 meses alternados en un período de un año, contado desde el primer mes en que se presente el incumplimiento; y,

(xv) pérdida o reducción de más del 40% del patrimonio efectivo.

60. Adicionalmente a las causales enunciadas, la Superintendencia puede decidir iniciar el régimen de vigilancia si estima que existen razones graves que justifiquen dicha medida. La Superintendencia pondrá esta decisión en conocimiento previo del BCR.

61. La decisión del Superintendente de someter a una empresa al régimen de vigilancia no da lugar a resolución, se hace conocer por oficio y se mantiene bajo estricta reserva.

• **Consecuencias jurídicas del régimen de vigilancia.-**

62. Durante el régimen de vigilancia se mantiene la competencia y la autoridad de los órganos de gobierno de la empresa. La empresa debe proponer un plan de recuperación financiera a

¹⁴ Según esta norma, "El patrimonio efectivo de las empresas debe ser igual o mayor al 10% de los activos y contingentes ponderados por riesgo totales que corresponden a la suma de: el requerimiento de patrimonio efectivo por riesgo de mercado multiplicado por 10, el requerimiento de patrimonio efectivo por riesgo operacional multiplicado por 10, y los activos y contingentes ponderados por riesgo de crédito. Dicho cómputo debe incluir toda exposición o activo en moneda nacional o extranjera, incluidas sus sucursales en el extranjero".

satisfacción de la Superintendencia. Las principales consecuencias del régimen de vigilancia, son las siguientes:

- (i) inspección permanente por la Superintendencia;
- (ii) prohibición de constituir o aceptar fideicomisos;
- (iii) privación del derecho a voto que pudiera corresponderles en las sesiones que realice la Junta General de Accionistas u órgano equivalente, a los accionistas que se hubieren desempeñado como directores o gerentes al momento del sometimiento de la empresa al régimen de vigilancia;
- (iv) la Superintendencia convocará a la Junta General de Accionistas, de manera inmediata, para la adopción de los acuerdos necesarios para superar las causales que motivaron el sometimiento al régimen de vigilancia;
- (v) reducción del período de encaje en la forma que determine el BCR;
- (vi) todo incremento en los depósitos u otras obligaciones por encima del saldo registrado en la fecha en la que el régimen fue impuesto, así como cualquier ulterior recuperación de créditos, debe ser utilizado en primera instancia para reducir el déficit de encaje, si es que hubiere;
- (vii) la Superintendencia podrá restringir la realización de determinadas operaciones que incrementen el riesgo de la empresa.

63. Según el artículo 99° de la Ley de Bancos, en cualquier momento durante el régimen de vigilancia, la Superintendencia está facultada para: (i) evaluar el patrimonio real de la empresa y realizar los estudios que permitan establecer la posibilidad de rehabilitarla; (ii) determinar el patrimonio real de la empresa y, en su caso, disponer la cancelación de las pérdidas con cargo a las reservas legales y facultativas, y al capital social; y, (iii)

requerir a los accionistas que efectúen nuevos aportes de capital en efectivo de forma inmediata. En el caso que los accionistas no lo efectúen, pierden su derecho preferencial y la Superintendencia está facultada para obtener dichos aportes de terceros.

• **Duración y conclusión del régimen de vigilancia.-**

64. El régimen de vigilancia tiene una extensión no mayor de 45 días, plazo que puede ser prorrogado por un periodo idéntico, por una sola vez y sólo si pese a los esfuerzos desplegados y a las mejoras obtenidas, subsisten las causales que justificaron el referido régimen¹⁵.
65. El Superintendente dará por concluido el régimen de vigilancia cuando considere que hayan desaparecido las causales que determinaron su sometimiento o cuando la empresa haya caído en alguna de las causales de intervención. Es potestad del Superintendente dar igualmente por concluido el régimen de vigilancia antes de la finalización del término establecido, si llega a formarse convicción de que durante dicho plazo no es posible superar los problemas detectados.

3.3.2 Régimen de intervención.-

66. La intervención de la entidad es declarada por Resolución del Superintendente, previo conocimiento del BCR (artículo 103°

¹⁵ Esta prórroga no es aplicable en el caso de las siguientes causales: (i) conceder crédito a sus propios accionistas, para ser destinados a cubrir los requerimientos de capital de la empresa; (ii) infracción de otros límites individuales o globales con una frecuencia o magnitud que, a juicio del Superintendente, revele conducción inadecuada de los negocios por la empresa, aunada a la omisión en la aprobación y ejecución de medidas correctivas; y, (iii) Incumplimiento reiterado de la atención al público.

de la Ley de Bancos). Las causales de intervención son las siguientes:

- (i) La suspensión del pago de sus obligaciones;
- (ii) Incumplir durante la vigencia del régimen de vigilancia con los compromisos asumidos en el plan de recuperación convenido o por lo dispuesto por la Superintendencia;
- (iii) Cuando el patrimonio efectivo sea menos de la mitad del requerido por ley¹⁶.
- (iv) Pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo en los últimos 12 meses¹⁷.

67. En la medida que es dictada por el Superintendente, la resolución que dispone la intervención no es impugnabile en sede administrativa, conforme lo dispone el artículo 369° de la Ley de Bancos. Contra esta resolución solo procede demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial (artículo 370° de la Ley de Bancos¹⁸).

• **Consecuencias jurídicas de la intervención.-**

¹⁶ Esta causal es producto de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1028, publicado el 22 de junio de 2008, disposición que entró en vigencia el 1° de julio de 2009. El texto original de la norma es el siguiente: "En el caso de las empresas del sistema financiero, cuando las posiciones afectas a riesgo crediticio y de mercado representen 25 (veinticinco) veces o más, el patrimonio efectivo total".

¹⁷ Esta causal es producto de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1028, publicado el 22 de junio de 2008, disposición que entró en vigencia el 1° de julio de 2009. El texto original de la norma es el siguiente: "Pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo".

¹⁸ Según esta norma, "Contra lo resuelto por el Superintendente podrá interponerse demanda contencioso administrativa, la que deberá ser presentada dentro de los quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación. (...) El Superintendente elevará el expediente ante la Sala competente de la Corte Suprema dentro de los quince días hábiles siguientes a la interposición de la demanda. (...) La Sala competente de la Corte Suprema expedirá resolución en el término de sesenta (60) días, computados desde el vencimiento del término previsto en el párrafo anterior". Cabe precisar que esta norma estuvo vigente hasta el 16 de abril de 2002, fecha en la cual entró en vigencia la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, disposición que contempló la misma solución (demanda contencioso administrativa) con variantes procedimentales.

68. Son consecuencias jurídicas de la intervención y subsisten en tanto no concluya dicho régimen, las siguientes:

(i) La competencia de la Junta General de Accionistas se limita exclusivamente a las materias vinculadas a la intervención;

(ii) La suspensión de las operaciones de la empresa;

(iii) La aplicación de la porción necesaria de la deuda subordinada, en su caso, a absorber las pérdidas;

(iv) La aplicación de las prohibiciones vinculadas a preservar el patrimonio de la empresa, a partir de la publicación de la resolución que determine el sometimiento al régimen de intervención; y,

(v) Otras que la Superintendencia estime pertinentes para el cumplimiento de lo dispuesto en este capítulo.

69. Durante el régimen de intervención, la Superintendencia está facultada para:

(i) Determinar el patrimonio real y cancelar las pérdidas con cargo a las reservas legales y facultativas y, en su caso, al capital social;

(ii) Disponer las exclusiones de todo o parte de los activos y/o pasivos del Balance que la Superintendencia considere;

(iii) Transferir total o parcialmente los activos y pasivos excluidos. Para realizar dichas transferencias no se requiere del consentimiento del deudor o acreedor. Si como consecuencia de la transferencia existiera un saldo positivo, éste se integrará a la masa, una vez deducidos los costos de las indicadas transferencias.

• **Duración y conclusión del régimen de intervención.-**

70. De conformidad con el artículo 105° de la Ley de Bancos, la intervención tendrá una duración de 45 días, prorrogables por una sola vez hasta por un período idéntico. Transcurrido dicho plazo se dictará la correspondiente resolución de disolución de la empresa, iniciándose el respectivo proceso de liquidación. El régimen de intervención puede concluir antes de la finalización del plazo cuando el Superintendente lo considere conveniente. La respectiva resolución deberá ser puesta en conocimiento previo del BCR.
71. De conformidad con el Artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 027-2001, publicado el 03 de marzo de 2001 (**Anexo II-013**), se facultó a la Superintendencia a prorrogar excepcionalmente hasta por 45 días adicionales, el Régimen de Intervención al cual se encuentren sometidas empresas del sistema financiero cuya transferencia venga siendo promovida por la respectiva Comisión Especial de Promoción para la Reorganización Societaria (CEPRE).
72. Asimismo, de conformidad con el Artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 028-2001, publicado el 10 de marzo de 2001 (**Anexo II-014**), se facultó a la Superintendencia a prorrogar de manera excepcional y hasta por 45 días adicionales, el Régimen de Intervención en aquellos casos en los que los accionistas de las empresas sometidas a este régimen, hayan realizado durante dicho período, aportes adicionales con el propósito de reducir el déficit patrimonial existente, y expresen su compromiso de lograr durante dicho período maximizar el pago de sus obligaciones con depositantes, asegurados y demás acreedores, según corresponda.

73. Del artículo 105° de la Ley de Bancos parece que finalizado el régimen de intervención, procede de manera directa la disolución de la empresa. Literalmente la norma dice lo siguiente: *“La intervención dispuesta con arreglo al artículo anterior tendrá una duración de 45 (cuarenta y cinco) días, prorrogables por una sola vez hasta por un período idéntico. Transcurrido dicho plazo se dictará la correspondiente resolución de disolución de la empresa, iniciándose el respectivo proceso de liquidación”* (el subrayado es agregado). No obstante, al establecer la posibilidad de que los accionistas realicen nuevos aportes para superar el déficit patrimonial, el Decreto de Urgencia N° 028-2001 abre claramente la alternativa de que el régimen de intervención finalice con el reflotamiento de la entidad. Y es que no se entendería la posibilidad de efectuar aportes adicionales para superar el déficit patrimonial, si es que el destino de la empresa fuese inevitablemente la disolución.
74. En este orden ideas, sometida una empresa al régimen de intervención y, en consecuencia, verificada su verdadera situación patrimonial por parte de los interventores, se presentan dos escenarios de actuación para la Superintendencia: (i) declarar la disolución y liquidación de la empresa, en la medida que llegue a la conclusión de que ésta es inviable, incapaz de revertir las causales por las cuales fue objeto de intervención; o, (ii) levantar el régimen de intervención, decisión que puede producirse a criterio de la Superintendencia cuando los accionistas de las empresas han realizado aportes durante el régimen de intervención, con el propósito de reducir el déficit patrimonial de la empresa y se hayan comprometido a maximizar el pago de sus obligaciones

pendientes (régimen dispuesto por el Artículo 1º del Decreto de Urgencia N° 028-2001).

75. Como se desprende de lo expuesto, el destino final de una institución financiera sujeta al régimen de intervención depende básicamente del patrimonio real que sea establecido por los interventores y de la discrecionalidad del Superintendente para definir si las causales que llevaron a dicha institución a la intervención, son reversibles o salvables.

3.3.3 Disolución bancaria a cargo de la Superintendencia.-

76. Las empresas del sistema financiero se disuelven, con resolución fundamentada de la Superintendencia, por las siguientes causales: (i) en caso de concluido el régimen de intervención en los términos establecidos en el acápite anterior; o, (ii) por las causales regulares contempladas en la Ley General de Sociedades.
77. La resolución de disolución no pone término a la existencia legal de la empresa, la que subsiste hasta que concluya el proceso de liquidación y, como consecuencia de ello, se inscriba su extinción en los Registros Públicos.
78. A partir de la publicación de la resolución de disolución, 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.

79. Asimismo, a partir de la fecha de publicación de la resolución de disolución, está prohibido:

(i) Iniciar contra ella procesos judiciales o administrativos para el cobro de acreencias a su cargo.

(ii) Perseguir la ejecución de resoluciones judiciales dictadas contra ella.

(iii) Constituir gravámenes sobre alguno de sus bienes en garantía de las obligaciones que le conciernen.

(iv) Hacer pagos, adelantos o compensaciones o asumir obligaciones por cuenta de ella, con los fondos o bienes que le pertenezcan y se encuentren en poder de terceros¹⁹.

80. En la medida que es dictada por el Superintendente, la resolución que dispone la disolución de la empresa no es impugnable en sede administrativa, conforme lo dispone el artículo 369° de la Ley de Bancos. Contra esta resolución solo procede demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial.

3.3.4 Función supervisora de la Superintendencia en el proceso de liquidación o de rehabilitación de la empresa.-

81. Declarada la disolución de la empresa por parte de la Superintendencia, ésta puede ser sometida a un proceso de liquidación o ser rehabilitada por los acreedores (artículos 114° y siguientes de la Ley de Bancos).

¹⁹ Salvo el caso de: (i) Las compensaciones entre las empresas de los sistemas financiero o de seguros del país; y, (ii) Las compensaciones de obligaciones recíprocas generadas de pactos de recompra y de operaciones con productos financieros derivados, celebrados con instituciones financieras y de seguros del país y del exterior.

82. La liquidación de las empresas del sistema financiero no es efectuada directamente por la Superintendencia, sino que aquélla es encargada a empresas liquidadoras especializadas, las cuales realizan dicho proceso bajo la supervisión permanente de la Superintendencia.
83. En efecto, según el artículo 115° de la Ley de Bancos, la Superintendencia encomendará, mediante contratos, la liquidación de las empresas a personas jurídicas debidamente calificadas, correspondiéndole la supervisión y control de dicho proceso.
84. La Superintendencia establecerá las condiciones del proceso de liquidación en el contrato respectivo, el cual debe tener, además, un plazo de duración compatible con la complejidad previsible del proceso de liquidación, el que no debe exceder de 2 años, término prorrogable hasta por uno igual, a juicio del Superintendente, si mediare causa justificada.
85. Como he mencionado, el rol de la Superintendencia en los procesos de liquidación consiste básicamente en supervisar la labor de las empresas liquidadoras. Según el artículo 181° del ROF, en esta etapa la Superintendencia debe: (i) realizar la evaluación de la situación financiera y gestión de las empresas en liquidación; (ii) supervisar el adecuado cumplimiento por parte de las empresas liquidadoras, de las acciones y obligaciones estipuladas o derivadas del contrato de delegación de funciones suscrito con la Superintendencia; (iii) supervisar la gestión de las empresas liquidadoras y liquidadores hasta el término del proceso de liquidación, incluyendo: la recuperación de créditos y pago de obligaciones, los gastos del proceso, el desarrollo de procesos judiciales, el

registro y contabilidad de las operaciones, la documentación y la transparencia del proceso.

86. Los bienes de una empresa en proceso de liquidación no son susceptibles de medida cautelar²⁰ alguna. Las medidas cautelares decretadas en fecha previa a la respectiva resolución de la Superintendencia serán levantadas por el solo mérito de ésta, bajo responsabilidad de la autoridad ordenante.
87. Según el artículo 117° de la Ley de Bancos, la prelación de pagos en la liquidación debe respetar el siguiente orden: (i) cumplimiento de obligaciones de carácter laboral; (ii) cumplimiento de la garantía del ahorro; (iii) cumplimiento de obligaciones de carácter tributario; y, (iv) cumplimiento de otras obligaciones. La preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido, hasta donde alcancen los bienes de la empresa.
88. Por su parte, el artículo 118° de la Ley de Bancos establece que para fines del proceso de liquidación se excluye de la masa de la empresa a: (i) las contribuciones de previsión social y tributos que hubiere retenido o recaudado como consecuencia de alguna obligación legal o de convenios, y no hubiesen sido entregadas al titular en su oportunidad; (ii) las colocaciones hipotecarias, las obligaciones representadas por letras, cédulas y demás instrumentos hipotecarios así como los activos y pasivos vinculados a operaciones de arrendamiento financiero, los cuales serán transferidos a otra empresa del

²⁰ De acuerdo con el artículo 608° del Código Procesal Civil peruano todo juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. La medida cautelar es dictada por el juez cuando existe probabilidad de que la pretensión sea amparada en la sentencia final y pueden afectar los bienes o activos del demandado antes de que se emita sentencia final en su contra (**Anexo II-015**).

sistema financiero; (iii) los montos que se originen en los pagos que por cuenta de la empresa haya realizado el BCR con arreglo al Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos – ALADI; (iv) los montos que se originen en los pagos que por cuenta de la empresa se hayan realizado para cubrir el resultado de las Cámaras de Compensación; y, (v) los montos que se originen como consecuencia de operaciones en las cuales la empresa se haya limitado a actuar sólo como agente. Estas operaciones serán determinadas mediante disposición emitida por la Superintendencia.

89. En cuanto a la rehabilitación de la empresa, el artículo 124° de la Ley de Bancos señala que los acreedores de una empresa que, acumulativamente, representen cuando menos el treinta por ciento de los pasivos de la misma, podrán presentar a la Superintendencia un plan de rehabilitación. Este plan debe incluir la suscripción del capital por el monto necesario para que la empresa alcance una posesión de patrimonio que le permita cumplir con los límites operativos establecidos en la referida ley.
90. Para que proceda la rehabilitación de la empresa intervenida, el plan debe ser aprobado por la Superintendencia, previa opinión del BCR (artículo 125° de la Ley de Bancos). Si la Superintendencia considera viable el Plan de Rehabilitación, debe proceder a poner dicha propuesta a consideración de los acreedores de la empresa, quienes podrán aprobarlo con el voto favorable de la mayoría absoluta de los acreedores registrados (artículo 126° de la Ley de Bancos).
100. Conforme lo establece el artículo 127° de la Ley de Bancos, los nuevos aportes que se acuerden como resultado de la

rehabilitación deberán ser suscritos y pagados en el plazo que para tal efecto establezca el plan, cumplido lo cual la Superintendencia expide resolución revocando la resolución de disolución, poniendo término al proceso de liquidación y convocando a la Junta General de Accionistas, con el objeto de que proceda a la elección de un nuevo Directorio y al nombramiento por éste de un nuevo Gerente.

IV. TEMA SEGUNDO: DICTAMEN LEGAL DEL CASO CONCRETO.-

4.1 El rol del BCR para dotar de liquidez al sistema financiero.-

4.1.1 Mandato Constitucional al BCR

101. La Constitución en el segundo párrafo del artículo 84° señala expresamente: "La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones 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" (el subrayado es nuestro).
102. Sobre este mandato constitucional, cabe resaltar que según refiere Miguel Mancera²¹ con relación a los objetivos e instrumentos de la política monetaria, se ha llegado a la conclusión de que el principal objetivo de la política monetaria debe ser la estabilidad de precios. El referido autor agrega que para alcanzar y conservar la estabilidad de precios, la tarea de los bancos centrales debe ir más allá de la política monetaria e

²¹ Véase: MANCERA, Miguel. Objetivos e Instrumentos de Política Monetaria. En: Boletín del Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos - CEMLA, Volumen XXXVII, Número 4, Julio - Agosto, 1991, México. Citado en: Material de Instituciones Financieras, Selección de Textos, Compiladora Enrique Gonzáles de Sáenz, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 301 - 305. (Anexo III-003).

incluir otras dos funciones: (i) la regulación y supervisión del sistema financiero para procurar su eficiencia, y (ii) el establecimiento de un sistema de pagos que favorezca la fluidez y seguridad de las transacciones comerciales.

103. De este modo, resulta claro que para el cumplimiento de su objetivo principal, los bancos centrales requieren de funciones adicionales referidas al sistema financiero, tanto su supervisión y regulación así como el establecimiento de un sistema de pagos que favorezca la fluidez y seguridad de las transacciones comerciales.
104. Efectivamente, tal como refiere Luis Alberto Giorgio²², el sistema financiero tiene dos funciones esenciales: administrar los medios de pago de una economía e intermediar los fondos que pueden ser materia de préstamo entre las unidades económicas con excedentes y déficit financiero. En el cumplimiento eficiente de estas funciones, refiere el autor citado²³, interviene la capacidad que tienen los intermediarios financieros de generar confianza entre sus clientes (en particular sus depositantes).
105. En este contexto, Giorgio apunta como instituciones protectoras que ofrecen resguardo a los clientes del banco o al propio banco en caso de pánicos bancarios y crisis financieras, a los fondos de seguro de depósito y servicios de acceso de un prestamista de última instancia. Según el citado autor, la idea básica de los arreglos protectores es justamente crear

²² Véase: GIORGIO, Luis Alberto. "Banca Central y Estabilidad del Sistema Financiero". En: Boletín del Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos - CEMLA, Volumen XXXVII, Número 4, Julio - Agosto, 1991, México. Citado en: Material de Instituciones Financieras, Selección de Textos, Compiladora Enrique Gonzáles de Sáenz, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 306 - 311 (Anexo III-004).

²³ Luis Alberto Giorgio se ha desempeñado como asesor de la Dirección del Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos en 1991.

confianza en el sistema bancario, con la mira de disminuir la probabilidad de que ocurran pánicos bancarios y crisis financieras.

106. En nuestro país la figura del fondo de seguro de depósitos ha sido implementada a través de la misma Ley de Bancos, mediante dispositivos legales que regulan su funcionamiento, mientras que la figura del prestamista de última instancia recae en el BCR, según lo previsto en la última oración del segundo párrafo del artículo 84° de la Constitución antes citado y debería por ende, estar regulado en la Ley Orgánica del BCR ("LOBCR") (Anexo II-016).
107. Sin embargo, antes de pasar a revisar nuestra legislación, conviene detallar lo que significa exactamente la figura del **prestamista de última instancia**, a fin de determinar exactamente el contenido del mandato constitucional contenido en el artículo 84° de la Constitución, y eventualmente cotejar este rol con lo expresamente previsto en la LOBCR.
108. De acuerdo con Giorgio, la idea básica que fundamenta el uso de dicho instrumento (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.

109. Por otra parte, las tasas de interés elevadas evitarían una excesiva expansión monetaria en tiempos normales y asegurarían el reembolso de créditos de esas características luego del pánico, cuando las tasas bajasen, con lo cual la cantidad de dinero no quedaría permanentemente incrementada por los préstamos otorgados en época de crisis.
110. En este escenario, es esencial que el banco central asuma un compromiso previo confiable para disminuir la probabilidad de quiebra de bancos solventes, como resultado del efecto de contagio. Sobre el particular, el profesor de Derecho Bancario peruano Hernán Figueroa Bustamante refiere como una de las funciones de la banca central, “(...) conceder créditos mediante descuentos o anticipos a los bancos comerciales y demás instituciones financieras, y la aceptación general de la responsabilidad de prestamista de última instancia”²⁴ (el subrayado es agregado).
111. Con relación a las facultades de los bancos centrales, Manuel Monteagudo Valdez, actual Gerente Jurídico del BCR, refiere en su obra “La Independencia del Banco Central”²⁵ que: “*A fin de concentrar nuestro análisis sobre las facultades del banco central en el dominio de la regulación monetaria, vamos a hacer una distinción entre las facultades reglamentarias y operacionales directamente vinculadas a la política monetaria (Sección I) y las facultades que, aunque complementarias de*

²⁴ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. Derecho del Mercado Financiero. Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 204. (Anexo III-005).

²⁵ MONTEAGUDO VALDEZ, Manuel. La Independencia del Banco Central, Instituto de Estudios Peruanos, Banco Central de Reserva del Perú, Universidad del Pacífico, Lima, 2010, p. 216. (Anexo III-006).

las primeras, se ejercen en un contexto que va más allá de lo monetario, y que eventualmente implican la participación de otras autoridades (Sección II). (...) Esta distinción permite solamente facilitar la descripción de las facultades, ya que en la realidad las interrelaciones de unas y otras son constantes. Hoy día no es posible negar la relación estrecha que existe entre la política monetaria y la estabilidad del sistema financiero. Hemos ya subrayado cómo la acción de la autoridad monetaria se canaliza en gran parte a través de los bancos” (el subrayado es agregado).

112. De este modo, consideramos que el artículo 84° de la Constitución contiene un mandato al BCR para que actúe como agente estabilizador del sistema financiero en tanto autoridad independiente a cargo de la política monetaria del país.
113. Ahora bien, los alcances de este mandato, en mi opinión, se deben esbozar en dos escenarios distintos: situaciones regulares o normales y situaciones extraordinarias o de crisis financieras. 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.

4.1.1.1 El Mandato Constitucional en Situaciones Regulares

114. En un escenario regular o corriente, las facultades vinculadas a la política monetaria del banco central tienen como objetivo el control de la masa monetaria. Como señala Monteagudo, la acción del banco central para aumentar o restringir la masa

monetaria se materializa mediante la utilización de sus facultades operativas y de derecho administrativo. Según el autor, *"Así, por la imposición de reservas obligatorias, el banco central trata de controlar la base monetaria, y por la determinación de la tasa de interés de sus facilidades financieras, ejerce una influencia sobre las tasas de interés de los mercados bancarios y financieros, y, de esta manera, sobre la capacidad de creación monetaria de los bancos"*²⁶.

115. Sobre este particular, el referido autor a efectos didácticos ha separado las facultades vinculadas a la política monetaria entre facultades reglamentarias o de derecho administrativo y facultades operativas.
116. Respecto de las facultades de derecho administrativo vinculadas a la política monetaria, Monteagudo señala como tales a la emisión de billetes y monedas y la imposición de reservas obligatorias (encaje). De otro lado, entre las facultades operativas coloca a la capacidad contractual del banco central (contratos de negociación de títulos u operaciones de mercado abierto, contratos de préstamo y depósito bancario).
117. Con relación a los contratos de préstamo, Monteagudo refiere que *"(...) las facilidades permanentes dentro de las 24 horas comprenden justamente estos tipos de contratos: una facilidad de refinanciamiento marginal para satisfacer las necesidades temporales de liquidez (a una tasa tope) y una facilidad de recuperación de depósito, cuyas tasas constituyen la base del mercado interbancario. (...) La utilización de los dos tipos de operaciones se basa en la discrecionalidad de las contrapartes,*

²⁶ MONTEAGUDO VALDEZ, Manuel. Op. cit.; p. 219. (Anexo III-007).

*y para fines monetarios forman un corredor que permite dar un marco a las fluctuaciones de las tasas de interés y señalar la orientación a mediano plazo de la política monetaria*²⁷ (el subrayado es agregado).

118. Como se desprende de lo expuesto, en épocas regulares o normales el BCR cuenta con facultades operativas vinculadas a una política monetaria que tienen justamente como finalidad que éste actúe como prestamista que dota de liquidez al sistema financiero, y por ende, de estabilidad.
119. En este escenario, el autor citado contempla como una característica de estas actividades la discrecionalidad de las partes, al tratarse de una actividad contractual aunque marcada por un rol de autoridad monetaria. Asimismo, acota que: *“Las consecuencias contractuales de esta realidad económica son numerosas. El banco central impone sus condiciones contractuales a través de sus propios reglamentos y dispone de informaciones privilegiadas sobre sus competidores. En tanto que entidad soberana, dispone de inmunidades y de ciertas exenciones fiscales así como administrativas (para la negociación de títulos). Al utilizar las relaciones contractuales de derecho privado, el banco central establece relaciones económica y jurídicamente desequilibradas, que pueden justificarse únicamente por consideraciones propias del derecho público*²⁸.
120. Lo anterior nos permite así señalar que en situaciones normales, el BCR actúa dentro del ámbito privado para dotar de liquidez al sistema financiero, aunque con cierta ventaja dada la finalidad pública de su intervención. En el caso

²⁷ MONTEAGUDO VALDEZ, Manuel. Op. cit.; p. 238. (Anexo III-008).

²⁸ MONTEAGUDO VALDEZ, Manuel. Op. cit.; p. 241. (Anexo III-009).

peruano, serán la LOBCR, el Estatuto del BCR y las normas complementarias emitidas por el mismo BCR (circulares), las que esbozarán la forma como el BCR actuará como prestamista que dota de liquidez al sistema en épocas normales.

4.1.1.2 El Mandato Constitucional en Situaciones de crisis

121. Tal como he mencionado, en épocas de crisis o de pánico financiero la intervención del BCR como agente dotador de liquidez al sistema financiero o simplemente como autoridad responsable de coadyuvar a la estabilidad del sistema financiero, no puede ser igual o comparable a su intervención o compromiso en épocas normales.
122. Ciertamente este tipo de intervención en situaciones de emergencia responde a otro tipo de facultad o prerrogativa del banco central, y así lo reconoce Manuel Monteagudo cuando refiere como parte de las facultades reglamentarias y operativas complementarias, la competencia del banco central respecto de la solvencia de las instituciones bancarias²⁹.
123. El referido autor en su obra citada hace un análisis respecto de las facultades reglamentarias del banco central en materia prudencial, describiendo la larga discusión teórica que se refleja en los diversos regímenes del mundo³⁰, eludiendo la respuesta a la pregunta de si las facultades operativas (contractuales) del banco central implican una intervención del

²⁹ MONTEAGUDO VALDEZ, Manuel. Op. cit.; pp. 241 y 242. (Anexo III-010).

³⁰ Monteagudo pone como ejemplo de diversos regímenes u opciones el sistema americano en el que la Reserva Federal reglamenta conjuntamente con el Office of the Control Money (OCC) y el Federal Deposit Insurance Company (FDIC) los aspectos relativos a las provisiones y calificaciones de los activos en el balance de los bancos. Asimismo, refiere que en diez países miembros de la UEM, los bancos centrales se encargan directamente de la supervisión bancaria o se encuentran estrechamente vinculados a ella.

banco central como prestamista de última instancia en épocas de crisis y no sólo como dotador de liquidez en épocas normales.

124. Con relación a la cuestión sobre las facultades reglamentarias del BCR respecto de la solvencia de los bancos, el referido autor señala además que este debate sobre la competencia del banco central en materia de regulación bancaria va más allá de la esfera de las normas prudenciales, pues se interroga sobre la posibilidad de que el banco central obtenga una completa y exclusiva competencia administrativa de la actividad bancaria³¹.
125. Nuestra Constitución al parecer ha optado definitivamente por no dotar al BCR de capacidad reglamentaria absoluta respecto del sistema financiero. Ello resulta claro cuando en el artículo 87° de la Constitución se delega en la Superintendencia el control de las empresas bancarias. Sin embargo, cuando en dicho artículo se hace referencia a la garantía y fomento del ahorro, el texto constitucional utiliza el término "Estado" (y no Superintendencia o BCR o MEF).
126. Por lo tanto, del texto constitucional se desprende que la garantía al ahorro (y por ende, a la solvencia de las entidades que lo manejan) no es competencia exclusiva de una sola entidad estatal, sino del Estado peruano en su conjunto. Al respecto, sobre la base de una interpretación sistemática me inclino por esta interpretación, especialmente porque el Tribunal Constitucional ya se ha referido al respecto. Efectivamente, de acuerdo con dicho órgano constitucional "Es a través de la participación de ambas entidades [refiriéndose a

³¹ MONTEAGUADO VALDEZ, Manuel. Op. cit.; p. 244. (Anexo III-011).

la Superintendencia y al BCR] 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)³². Así, la responsabilidad del BCR y de la Superintendencia en materia reglamentaria prudencial de los bancos (o simplemente en materia de estabilidad del sistema financiero) es compartida por ambas instituciones, cada una con sus propias directrices y sus propias herramientas (ver numeral 4.2 del presente informe).

127. Una herramienta propia del BCR con la que no cuenta la Superintendencia en esta materia es justamente la facultad operativa del BCR para actuar en el mercado financiero a través de contratos u operaciones de financiamiento con fines monetarios.
128. Este hecho, en mi opinión, evidencia con claridad que estas facultades operativas del BCR son parte de las responsabilidades operativas del Estado respecto de la estabilidad del sistema financiero (como política monetaria, estabilidad del sistema de pago y protección al ahorro). Así, el BCR (y quizás también el tesoro público a través del MEF, como veremos más adelante) se encuentra en la primera línea de responsabilidades operativas frente a una situación de crisis y pánico financiero.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0005-2005-CC/TC (Anexo IV-001).

129. De este modo, considero 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.

4.1.2 Desarrollo de la LOBCR del Mandato Constitucional del BCR

130. Cotejando lo descrito por los autores citados y el propio texto constitucional y la interpretación del Tribunal Constitucional, en mi opinión, el mandato constitucional contenido en el artículo 84° ordena al BCR manejar la política monetaria del país, buscando la estabilidad de precios. Este objetivo, entre otras herramientas, debe ser perseguido por el BCR (sujeto pasivo del mandato constitucional) buscando la estabilidad del sistema financiero en todo momento, mediante la regulación del crédito del sistema financiero, lo que se traduce, entre otras atribuciones, en las funciones que el BCR debe asumir como fuente de liquidez en situaciones regulares y de crisis del sistema financiero.
131. Bajo esta premisa, consideramos pertinente analizar nuestra legislación, a fin de determinar cómo se ha regulado esta función del BCR tanto en la LOBCR y la Ley de Bancos, que de manera conjunta con la propia Constitución constituyen las normas aplicables a este caso. Ahora bien, es importante detallar que con independencia de cómo se haya desarrollado

este mandato constitucional en la regulación aplicable, en mi opinión, dicho mandato no puede ser recortado ni modificado por normas de rango inferior al de la Constitución (incluyendo la LOBCR). Por lo tanto, corresponde efectuar una interpretación de las referidas normas que no tenga como efecto el recorte o modificación del referido mandato y que sea coherente con lo establecido en la Constitución.

132. La LOBCR en su artículo 58° señala que: "El Banco concede créditos con fines de regulación monetaria. Sólo acceden a ellos las instituciones financieras susceptibles de ser sometidas al Régimen de Vigilancia³³ a que hace referencia la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros³⁴, en tanto no se hallen sujetas a dicho régimen" (el subrayado es agregado).
133. Del texto transcrito he resaltado dos aspectos importantes: (i) las condiciones del préstamo, vale decir, que debe responder a fines de regulación monetaria; y, (ii) los posibles prestatarios de tales préstamos, es decir las empresas del sistema financiero, susceptibles de ser sometidas al Régimen de Vigilancia pero que no se hallan sujetas a dicho régimen.
134. A continuación cotejaré estos aspectos de los referidos créditos con los dos escenarios posibles: (i) el crédito con fines de regulación monetaria en épocas normales, y, (ii) el mismo tipo de crédito en épocas extraordinarias o de crisis y pánico financiero.

³³ De acuerdo con la Ley de Bancos 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.

³⁴ Con este término la norma citada hace referencia expresa a la Ley de Bancos.

4.1.2.1 La LOBCR y el crédito con fines de regulación monetaria en épocas regulares

135. Con relación al primer punto, es decir las condiciones del crédito como parte de la regulación monetaria, resulta claro que al tratarse de préstamos con fines monetarios, su finalidad es la de dotar al sistema financiero de estabilidad. Asimismo, conviene tener en cuenta lo previsto en el artículo 59 de la LOBCR, según el cual: "*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. (...) d. Puede supeditarse a la adopción de determinadas medidas económicas y financieras por la entidad solicitante" (el subrayado es agregado)"*
136. De las características detalladas en la norma podemos claramente deducir lo siguiente: (i) se trata de créditos de muy corto plazo, destinados evidentemente a paliar eventuales problemas de liquidez del sistema financiero³⁵; (ii) están sujetos a límites patrimoniales, con la finalidad de que las entidades del sistema financiero no abusen o soliciten este tipo de crédito más allá de su patrimonio efectivo; (iii) se encuentran garantizados con valores o activos de alta calidad, lo que denota que el riesgo crediticio en el otorgamiento del crédito también se asocia a elementos externos a la solvencia de la entidad a la que se le otorgará el crédito; y, (iv) pueden encontrarse condicionados a que las entidades del sistema financiero tomen ciertas medidas económicas o financieras, lo

³⁵ Tanto por se préstamos y no capital, como por el corto plazo no podrían ser medidas que tengan por finalidad solucionar problemas de solvencia.

que ciertamente evidencia que estos créditos pueden otorgarse efectivamente a empresas, que sin estar sujetas al régimen de vigilancia, se encuentren afrontando problemas de liquidez.

137. Se trata pues del típico financiamiento que en situaciones regulares permite al BCR dotar de liquidez al sistema financiero, con la finalidad de superar requerimientos temporales de la misma. Por lo tanto, resulta claro que la LOBCR contiene un desarrollo del BCR como entidad dotadora de liquidez en situaciones regulares, como una forma de dar estabilidad al sistema financiero, tal como hemos descrito esta función en el acápite precedente.

4.1.2.2 La LOBCR y el crédito con fines de regulación monetaria en épocas de crisis

138. Con relación a este particular, cabe destacar que la última característica referida al hecho de que este crédito puede encontrarse condicionado a la toma de ciertas medidas económicas y financieras por parte de la entidad financiera, ciertamente se relaciona al rol del BCR como prestamista de última instancia, puesto que de alguna manera denota situaciones en las cuales la empresa bancaria beneficiaria del crédito podría presentar ciertos problemas de liquidez o incluso de solvencia que eventualmente podrían ser extraordinarios y no sólo regulares o típicos de condiciones normales del sistema bancario.
139. Dado que la norma bajo comentario, no distingue si se trata de situaciones regulares o de crisis, no debe distinguir entre situaciones ahí donde la ley no distingue, siendo por ende tal condición aplicable en ambos casos. A ello debe agregarse que

toda norma debe ser interpretada buscando que sea coherente con la Constitución, especialmente tratándose de una norma de desarrollo constitucional como la LOBCR. Por lo tanto, al tratarse de créditos con fines monetarios, resulta claro que tienen como finalidad dotar al sistema financiero de estabilidad, función que no sólo es evidente sino necesaria en caso de crisis o pánico financiero, en la que justamente se presenta una clara situación de inestabilidad.

140. Así, en mi opinión experta, la LOBCR establece una ruta o camino que podría ser usado por el BCR para ejecutar el mandato constitucional de actuar como prestamista de última instancia en épocas de crisis. Nótese que en esta parte del análisis, estoy partiendo de la premisa inicial de que el BCR tiene la obligación de actuar como prestamista de última instancia, pues se trata de un mandato contenido en nuestra Constitución, que no podría ser dejado de lado por el solo hecho que eventualmente la LOBCR no lo desarrolle expresamente.
141. Por lo tanto, a estas alturas del análisis, únicamente cabe preguntarse si la LOBCR otorga ciertas herramientas o parámetros al BCR para actuar en ejecución de ese mandato, y cuáles serían los alcances de las mismas, o si la LOBCR deja al BCR en total libertad para ejecutar ese mandato en base a su autonomía constitucionalmente reconocida.
142. En lo que sigue de este análisis trataremos de esbozar justamente cuál sería el marco legal otorgado por la LOBCR para que el BCR pueda ejecutar sus funciones de prestamista de última instancia en épocas de crisis.

143. Así, retomando lo referido anteriormente, podemos encontrar en el condicionamiento del crédito con fines monetarios a la toma de ciertas medidas económicas como la vía por la cual se puede considerar que el crédito previsto en el artículo 58° de la LOBCR responde también a la calidad de prestamista de última instancia en épocas de crisis.
144. Sin embargo, esta característica debe ser cotejada con lo que hemos resaltado del artículo 58° de la LOBCR antes citado, cual es que los sujetos que pueden ser favorecidos con el crédito son las empresas del sistema financiero que no se encuentran aún sujetas al régimen de vigilancia. De este modo, una interpretación literal del párrafo en mención señalaría que esta función de dar crédito del BCR no responde al rol de un típico prestamista de última instancia en épocas de crisis.
145. Sin embargo, consideramos que ello no es así, por una razón fundamental. Esta restricción no incluiría a empresas que a pesar de tener un problema de liquidez no estarían en un régimen de vigilancia (ni bajo ninguna de sus causales), justamente cuando dicho problema de liquidez es generado por una situación de pánico financiero (o corrida bancaria). Efectivamente, la corrida bancaria y el pánico financiero pueden llevar a una empresa sólida y líquida (es decir, fuera de cualquier causal del régimen de vigilancia) en muy corto tiempo (sin llegar a afectar su solvencia, al menos en principio) a una situación de liquidez que la ponga al borde del régimen de intervención por la causal de no pago de obligaciones.
146. Con relación a lo anterior, resulta sintomático el hecho que la norma citada restrinja los créditos con fines monetarios a empresas sujetas al régimen de vigilancia, pero no sujetas al

régimen de intervención. Si bien ambos regímenes se encuentran ligados a situaciones de crisis o concretamente de falencia de una entidad financiera, ambos regímenes responden en algunos casos a circunstancias distintas que podrían justamente explicar esta aparente omisión de la LOBCR. En todo caso, con la revisión de dichas causales, sustentaremos el hecho objetivo de que la LOBCR si bien prohíbe los créditos monetarios a empresas sujetas a régimen de vigilancia, ello no obsta para que este crédito sea usado en empresas que sin estar sujetas a régimen de vigilancia (ni en ninguna de sus causales) puedan eventualmente estar *ad portas* de encontrarse sujetas a un régimen de intervención por una causal de falta de liquidez, como en el caso del BNM.

147. Antes de desarrollar estas diferencias y con ello explicar las razones por las cuales sí pueden usarse los créditos con fines monetarios previstos en la LOBCR para cubrir a empresas con problemas de liquidez en caso de pánico financiero, debe destacarse que, de acuerdo a la legislación nacional, una norma que restringe derechos como sería ésta, debe ser siempre interpretada de manera restringida, no siendo aplicable ningún tipo de integración analógica o interpretación extensiva de la norma³⁶; por ende, podemos afirmar categóricamente que el artículo 58º de la LOBCR al no prohibir el crédito con fines monetarios en casos *ad portas* o en la misma etapa de intervención o cualquier otra situación distinta al régimen de vigilancia declarado de manera formal por la SBS, claramente abre una ventana de desarrollo del rol del BCR como prestamista de última instancia en casos de crisis o pánico financiero.

³⁶ De acuerdo con el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano, "la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía" (Anexo II-017). Siendo así que, en este caso no cabría hacer este tipo de interpretación.

148. No obstante, a fin de reforzar esta importante conclusión, esbozaré algunas ideas que entiendo aportan elementos adicionales a su fundamento. Efectivamente, para explicar cómo es factible que el BCR actúe como prestamista de última instancia en un caso cercano al régimen de intervención y no en el de vigilancia es necesario cotejar las causales de ambos regímenes, y verificar si es que la razón (o sin razón) de este hecho subyace en las diferencias³⁷.

- **Causales del Régimen de Vigilancia**

Causales aplicables de manera indistinta a las empresas de los sistemas financieros o de seguros:

- a. Incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 63³⁸, es decir que no se cubra el déficit de capital en más de 90 días;
- b. Disminución del patrimonio efectivo o del capital social por debajo del capital mínimo exigible;
- c. Conceder crédito a sus propios accionistas, para ser destinados a cubrir los requerimientos de capital de la empresa;
- d. Proporcionar intencionalmente información falsa a la Superintendencia o al BCR, o dar lugar a que se

³⁷ Sobre este particular debo aclarar que si bien con fines meramente ilustrativos extendemos la prohibición contenida en el artículo 58° de la LOBCR expandiendo el análisis sobre su razón de ser a las causales del régimen de vigilancia, ello no significa que no adoptemos una interpretación restrictiva según la cual se concluya que aún cuando una empresa se encuentre dentro de las causales previstas para su sujeción al régimen de vigilancia, mientras la SBS no la sujete formalmente a dicho régimen a través de una resolución, no se le podría negar este tipo de crédito en razón de la prohibición prevista en la norma. En todo caso, la negativa, de ser el caso, tendría que sustentarse en razones de fondo de otro tipo.

³⁸ "Artículo 63.- TRATAMIENTO DEL DEFICIT DE CAPITAL. El déficit de capital que resulte por aplicación de lo dispuesto en el artículo 16, 17 y 18 deberá ser cubierto durante el siguiente trimestre. Excepcionalmente, la Superintendencia puede conceder una prórroga de noventa (90) días, para lo cual evalúa si la empresa ha sido conducida adecuadamente y si ha efectuado esfuerzos razonables para cumplir con la obligación que recae sobre ella. Dicha prórroga no puede ser otorgada por dos veces consecutivas".

- sospeche de la existencia de fraude o de significativas alteraciones en la posición financiera;
- e. Negarse a someter sus libros y negocios al examen de la Superintendencia o rehuir a tal sometimiento;
 - f. Existir negativa de sus directores, gerentes o demás funcionarios, así como de los trabajadores a prestar su declaración ante la Superintendencia sobre las operaciones y negocios de la empresa;
 - g. Haber resultado imposible, por falta del mínimo legal de votos favorables señalado en el Artículo 75, la adopción oportuna por la Junta General de Accionistas, de acuerdos requeridos para la adecuada marcha de la empresa; y,
 - h. Incurrir en notorias o reiteradas violaciones a la ley, a su estatuto o a las disposiciones generales o específicas dictadas por la Superintendencia o el BCR.

Causales aplicables a las empresas del sistema financiero:

- a. Incumplimiento de los requerimientos de encaje de la totalidad de períodos consecutivos comprendidos en un lapso de 3 (tres) meses, o en períodos que, conjuntamente, supongan una duración mayor de 5 (cinco) meses en un lapso de 12 (doce), que culmine con el mes del último déficit;
- b. Necesidad de recurrir al financiamiento de sus obligaciones que, a criterio de la Superintendencia, denote una insuficiencia financiera estructural para el cumplimiento de las normas de encaje o que tienda a ser permanente;

- c. Necesidad de recurrir al apoyo crediticio del BCR por más de 90 (noventa) días en los últimos 180 (ciento ochenta) días;
- d. Exceso en los límites referidos a la capacidad de la empresas del sistema financiero para prestar a una misma persona o grupo económico establecidos en los Artículos 206³⁹, 207⁴⁰, 208⁴¹ y 209⁴² de la Ley de

³⁹ "Artículo 206.- FINANCIAMIENTOS A FAVOR DE UNA MISMA PERSONA - LIMITE DEL DIEZ POR CIENTO (10%). Las empresas del sistema financiero no pueden conceder, en favor o por cuenta de una misma persona, natural o jurídica, directa o indirectamente, créditos, inversiones o contingentes que excedan el equivalente al diez por ciento (10%) de su patrimonio efectivo. En el límite indicado en el párrafo anterior están comprendidas todas las modalidades de financiamiento e inversiones, con excepción de las fianzas que garanticen la suscripción de contratos derivados de los procesos de licitación pública, las que están sujetas a un límite de treinta por ciento (30%)".

⁴⁰ "Artículo 207.- LIMITE DEL QUINCE POR CIENTO (15%). De manera excepcional, las empresas del sistema financiero pueden exceder el límite a que se refiere el artículo anterior, hasta el equivalente al quince por ciento (15%) de su patrimonio efectivo, siempre que, cuando menos por una cantidad equivalente al exceso sobre el límite, se cuente con alguna de las siguientes garantías, a valor de realización: 1. Hipoteca. 2. Prenda con entrega jurídica o con entrega física, con excepción de las prendas a que se refieren los artículos 208 y 209. 3. Warrants. 4. Conocimientos de embarque y cartas de porte que hayan sido objeto de endoso o cesión, sólo si la operación fuese de financiamiento de importaciones. 5. Fiducia en garantía constituida sobre los bienes a que se refiere este artículo.

Las garantías a que se contrae el numeral 4 pueden constar en documento aparte, siempre que se refieran a los bienes materia de la importación y obren en poder de la empresa los originales de los documentos correspondientes a ésta".

⁴¹ "Artículo 208.- LIMITE DEL VEINTE POR CIENTO (20%). De manera excepcional estas empresas pueden exceder los límites a que se refieren los artículos anteriores, hasta el equivalente al veinte por ciento (20%) de su patrimonio efectivo, siempre que, cuando menos por una cantidad equivalente al exceso sobre dichos límites, cuente con alguna de las siguientes garantías, a valor de realización:

1. Primera prenda sobre:

a) Instrumentos representativos de deuda no subordinada, emitidos por cualesquiera una de las instituciones o empresas a que se refieren, respectivamente, los artículos 189 numeral 5 y 191 numerales 3 y 4, por el referido valor de mercado, actualizado una vez al mes;

b) Valores mobiliarios que sirven de base para la determinación del índice selectivo de la Bolsa de Valores de Lima, también por el mencionado valor de mercado, actualizado una vez al mes; o

c) Acciones o bonos de gran liquidez, que tengan cotización en alguna bolsa extranjera de reconocido prestigio, por su correspondiente valor de mercado, actualizado una vez al mes. Para que dichas prendas sean elegibles deben estar inscritas en el registro correspondiente.

2. Las operaciones de reporte con transferencia en favor de la empresa de cualesquiera de los activos precisados en el presente artículo".

3. Fiducia en garantía constituida sobre los bienes a que se refiere este artículo.

⁴² "Artículo 209.- LIMITE DEL TREINTA POR CIENTO (30%). Igualmente, de manera excepcional, las empresas pueden exceder los límites a que se refieren los artículos anteriores, hasta el equivalente al treinta por ciento (30%) de su patrimonio efectivo, siempre que, cuando menos por una cantidad equivalente al exceso sobre dichos límites, se cuente con alguna de las siguientes garantías, a valor de realización:

Bancos durante 3 (tres) meses en un lapso de 12 (doce) que culmine con el mes en el que se haya registrado el ultimo exceso;

- e. Infracción de otros límites individuales o globales con una frecuencia o magnitud que, a juicio del Superintendente, revele conducción inadecuada de los negocios por la empresa, aunada a la omisión en la aprobación y ejecución de medidas correctivas;
- f. Incumplimiento reiterado de la atención al público a que se refiere el Artículo 139 de la Ley de Bancos;
- g. Cuando las posiciones afectas a riesgo crediticio y de mercado a que se refiere el artículo 199 exceden el límite establecido en dicho artículo, por un período de 3 (tres) meses consecutivos o 5 (cinco) alternados en un período de un año; y,
- h. Pérdida o reducción de más del 40% (cuarenta por ciento) del patrimonio efectivo.

• **Causales del Régimen de Intervención:**

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;
3. En el caso de las empresas del sistema financiero, cuando las posiciones afectas a riesgo crediticio y de mercado representen 25 (veinticinco) veces o más, el patrimonio efectivo total; y,

1. Prenda con entrega física sobre los depósitos en efectivo a que se refiere el numeral 4 del artículo 189, por su importe nominal íntegro;

2. Primera prenda sobre instrumentos representativos de obligaciones del Banco Central, por su valor de mercado actualizado una vez al mes;

3. Las operaciones de reporte con transferencia en favor de la empresa de los instrumentos a que se refiere el numeral 2 del presente Artículo".

4. Pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo.
149. De una comparación de las causales de ambos regímenes podemos concluir que una primera gran diferencia se centra en la presencia expresa en las causales del régimen de vigilancia de **causales relacionadas a riesgo moral** (*moral hazard*) (por ejemplo, causales referidas a información falsa o falta de transparencia, préstamos a los accionistas para capital, violaciones reiteradas a las normas, y en general, inadecuado manejo de la empresa, entre otros), mientras que en el caso del régimen de intervención no se ha incluido expresamente este tipo de causal.
150. Lo anterior no quiere decir que el régimen de intervención esté ajeno al riesgo moral. Simplemente significa que en los casos de intervención, este tipo de consideraciones subjetivas no son parte del análisis central para definir si corresponde o no la sujeción al régimen de intervención. Por el contrario, en el caso del régimen de vigilancia sí es factible que una causal que denote riesgo moral sea suficiente para determinar la sujeción a dicho régimen.
151. Debe agregarse que cuando se comparan las **causales de ambos regímenes relacionadas a liquidez y solvencia**, salta a la vista el hecho que la causal de suspensión de pagos si bien puede relacionarse a problemas de liquidez (al igual que algunas de las causales del régimen de vigilancia) podría no estar referida a situaciones de insolvencia propias del régimen de vigilancia, y más bien, sí a situaciones claramente identificables con circunstancias propias de crisis financieras, y más aún del pánico financiero.

152. Así, habida cuenta que existen suficientes diferencias de fondo entre el régimen de vigilancia y el régimen de intervención, es posible sostener que el trato diferenciado que la LOBCR otorga a tales regímenes (permitiendo en un caso el crédito con fines monetarios y prohibiéndolo en otro) se sustenta también en razones de fondo. A continuación desarrollaré con más detalle esas razones de fondo basadas en las diferencias que se presentan entre las causales de ambos regímenes:
- **Presencia Expresa de Riesgo Moral en las Causales del Régimen de Vigilancia y no en las del Régimen de Intervención.**
153. La primera conclusión que se desprende de una comparación de las causales de intervención con las del régimen de vigilancia, es que además de las causales de liquidez y solvencia que revisaremos más adelante, el régimen de vigilancia tiene una larga lista de causales referidas a faltas de transparencia, préstamos a accionistas no adecuados, faltas en la gestión, notorias y reiteradas violaciones a la ley, excesos en los límites de financiamientos a una persona. Causales todas ellas en las que se denota una conducción inadecuada de los negocios de la empresa y la predominancia de un alto riesgo moral.
154. De este modo, bajo la premisa de que la LOBCR regula en su artículo 58º los créditos con fines monetarios en situaciones de crisis, entendemos que la LOBCR con la limitación del otorgamiento de estos créditos para empresas sujetas a régimen de vigilancia, lo que busca es que el BCR como

prestamista de última instancia y dotador de liquidez al sistema no otorgue este tipo de financiamiento a “malos” bancos⁴³.

155. Con relación al riesgo moral, cabe resaltar que la doctrina es unánime en el sentido que el rol del BCR como prestamista de última instancia guarda de por sí un riesgo moral.
156. De acuerdo con Kevin Dowd⁴⁴, el prestamista de última instancia genera los siguientes problemas de riesgo moral: (i) incentiva a los bancos a realizar actividades más riesgosas; e, (ii) incentiva la presencia de “malos” bancos.
157. En este contexto es que debe entenderse en parte, las razones por la cuales la LOBCR restringe el otorgamiento del crédito con fines monetarios a las entidades del sistema financiero sujetas al régimen de vigilancia (varias de cuyas causales están relacionadas a riesgo moral), y no a las entidades sujetas al régimen de intervención (cuyas causales se refieren básicamente a problemas de solvencia).
158. Evidentemente el régimen de intervención no es ajeno al riesgo moral (e incluso podría responder al mismo) pero resulta claro

⁴³ En esta misma línea se encuentra el artículo 78° de la LOBCR, según el cual: “El Banco no puede otorgar créditos, o cualquier otra forma de financiamiento a instituciones financieras que tengan para con él obligaciones vencidas y no pagadas.” Así, otra restricción al rol del BCR como dotador de liquidez y prestamista de última instancia, establecida en la LOBCR, indica que una empresa del sistema financiero con obligaciones impagas frente al BCR no podría ser sujeto de financiamiento por parte del BCR.

Evidentemente una disposición como esta podría interpretarse en el sentido de que los créditos con fines monetarios del BCR no pueden otorgarse a empresas financieras con problemas de liquidez, tal como hemos venido afirmando hasta el momento.

No obstante, en nuestra opinión, este artículo únicamente contiene una disposición que pretende ordenar la función del BCR como dotador de liquidez al sistema, a fin de evitar, no sólo un abuso en el uso de este recurso por parte de las empresas financieras, sino un uso ordenado del mismo.

⁴⁴ Citado por: RUILOBA MORANTE, Augusto. ¿Por qué se regula la actividad bancaria?. En: Revista *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 35, Lima, 2007, p. 282. (Anexo III-012).

que normativamente se ha optado por excluirlo del análisis para su aplicación.

- **Diferencias entre las causales de ambos regímenes vinculadas a problemas de liquidez y solvencia: El caso emblemático en el cual el problema de liquidez de una empresa bancaria no está asociado a problemas de solvencia sino a una situación de pánico o crisis financiera**

159. Dejando por sentado que dado que la norma no restringe el crédito con fines monetarios del BCR a un caso de intervención, con independencia de la causal que lo motive, y siendo ello suficiente para que se considere que normativamente existe la posibilidad de que el BCR actúe como prestamista de última instancia en casos de crisis financiera o de pánico financiero, pasaremos a desarrollar el caso en el cual dicha actuación en mi opinión es ineludible. Nos referimos al caso de falta de liquidez ocasionada por pánico financiero.
160. Excluyendo las causales relacionadas a la falta de transparencia o de riesgo moral o que denoten una inadecuada conducción de la empresa a las que ya nos hemos referido, las causales de sometimiento al régimen de vigilancia están básicamente referidas a gruesos problemas de liquidez y solvencia, tales como (i) déficit de capital por más de 90 días, (ii) disminución o pérdida del patrimonio efectivo o del capital, (iii) incumplimientos reiterados en los requerimientos de encaje, (iv) necesidades de financiamiento que denoten insuficiencia financiera estructural, y (v) necesidad de recurrir al apoyo del BCR por más de 90 días en los últimos 180 días.

161. Por su parte, las causales del régimen de intervención son (a) la suspensión del pago de sus obligaciones; (b) 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; (c) en el caso de las empresas del sistema financiero, cuando las posiciones afectas a riesgo crediticio y de mercado representen 25 (veinticinco) veces o más, el patrimonio efectivo total; y, (d) pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo.
162. De una rápida comparación de las causales del régimen de intervención con las causales del régimen de vigilancia referidas a liquidez y solvencia, resulta claro que las contempladas en los numerales (b), (c) y (d) precedentes subsumen dentro de sí a las propias causales del régimen de vigilancia, y que por ende, en tales casos, una intervención del BCR como prestamista de última instancia podría ser cuestionada no sólo a través de una integración de normas que por analogía equipare el tratamiento dado al régimen de vigilancia (prohibitivo) al tratamiento que deba darse al régimen de intervención por ser regímenes similares, sino también por el hecho de que en esos casos podría no ser conveniente que el BCR acuda a rescatar entidades financieras en una situación de insolvencia irreversible⁴⁵.

⁴⁵ Debe resaltarse que un cuestionamiento basado en tales consideraciones es fácilmente rebatible teniendo en cuenta que bajo el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil *"la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía"*. Siendo así que, en este caso no cabría hacer este tipo de aplicación normativa. En efecto, no podría aplicarse la prohibición contenida en el artículo 58° de la LOBCR de otorgar créditos con fines monetarios a empresas bancarias sujetas a un régimen de intervención, aduciendo que ante la omisión de la LOBCR de referirse al régimen de intervención, corresponde incluirlo dentro de la prohibición por ser similar o guardar la misma naturaleza que el régimen de vigilancia. Adicionalmente, debe considerarse que el régimen de intervención tiene una gravedad mayor que la que implica el régimen de vigilancia.

163. Efectivamente estas causales se encuentran referidas básicamente a problemas de solvencia, puesto que se refieren al no cumplimiento del plan de recuperación presentado en caso del régimen de vigilancia, posiciones de riesgo de mercado y riesgo crediticio gravemente por encima del patrimonio efectivo y pérdida o reducción del patrimonio efectivo, que podrían ser irreversibles.
164. Así, en el supuesto negado que fuera factible una integración por analogía del artículo 58° de la LOBCR, que equipare ciertos casos de intervención a un caso de vigilancia a efectos de prohibir el crédito con fines monetarios también en esos casos de intervención, o que se sustente la no participación del BCR por tratarse de una situación de insolvencia irreversible, ello no sería posible en el caso de la causal de suspensión de pago de obligaciones (contenida en el literal (a) precedente) que no responda a una situación de insolvencia irreversible.
165. Si bien constituye evidentemente una causal relacionada a problemas de liquidez, la causal de suspensión de pago de obligaciones del régimen de intervención no se condice totalmente con las causales del régimen de vigilancia referidas al mismo problema.
166. Las causales del régimen de vigilancia que puedan denotar problemas graves de liquidez son:
- a. Incumplimiento de los requerimientos de encaje de la totalidad de períodos consecutivos comprendidos en un lapso de 3 (tres) meses, o en períodos que, conjuntamente, supongan una duración mayor de 5 (cinco) meses en un

- lapso de 12 (doce), que culmine con el mes del último déficit;
- b. Necesidad de recurrir al financiamiento de sus obligaciones que, a criterio de la Superintendencia, denote una insuficiencia financiera estructural para el cumplimiento de las normas de encaje o que tienda a ser permanente;
 - c. Necesidad de recurrir al apoyo crediticio del BCR por más de 90 (noventa) días en los últimos 180 (ciento ochenta) días;
 - d. Incumplimiento reiterado de la atención al público a que se refiere el Artículo 139 de la Ley de Bancos;
167. Si bien las referidas causales podrían presentarse en un escenario en el que la entidad financiera no sujeta a vigilancia suspende el pago de sus obligaciones por problemas estructurales de liquidez y solvencia (en cuyo caso entendemos que el crédito con fines no monetarios contenido en el artículo 58 de la LOBCR podría ser cuestionado), también podría ocurrir, y de hecho así ocurrió en nuestro país, que se presentase una situación de suspensión de pagos pero que no haya un correlato entre ese hecho y un problema estructural de liquidez (o solvencia), que subsuma dentro de sí a situaciones comparables con las causales del régimen de vigilancia referidas a problemas de liquidez (o solvencia).
168. Por lo tanto, bajo esta perspectiva, en cualquier caso el crédito con fines monetarios al que se refieren los artículos 58° y 59° de la LOBCR, puede ser otorgado a las entidades del sistema financiero no sujetas a régimen de vigilancia, aunque se encontraran en una situación de suspensión de pago de obligaciones y *ad portas* de ser sometidas a intervención, en la medida que se trate de una situación de iliquidez ocasionada

por una corrida bancaria y no por un problema de solvencia o de liquidez previo a dicha corrida.

169. En tanto la LOBCR no lo restringe, correspondería al BCR ineludiblemente⁴⁶ intervenir a fin de dotar de liquidez al sistema financiero para evitar que las empresas solventes y sin riesgos morales, entren en procesos de intervención por suspensión de pagos, debido a problemas de liquidez coyunturales.
170. Ahora bien, debo dejar claramente establecido que lo desarrollado anteladamente no significa que se deje de lado una interpretación restrictiva del artículo 58 de la LOBCR, según la cual se concluye que aún cuando una empresa del sistema financiero se encuentre dentro de las causales previstas para su sujeción al régimen de vigilancia, mientras la SBS no la sujete formalmente a dicho régimen a través de una resolución, no se le podría negar este tipo de crédito en razón de la prohibición prevista en la norma. Por el contrario, lo hasta aquí desarrollado, únicamente significa que aún en el caso que se hiciera una interpretación extensiva de la norma (prohibida en caso de normas restrictivas como el artículo 58 de la LOBCR), dicha interpretación no dejaría de lado la posibilidad de que se realicen préstamos con fines monetarios a una empresa del sistema financiero con un problema de liquidez producido en un escenario de pánico financiero.

⁴⁶ A este respecto, resulta interesante lo previsto en el artículo 84° de la LOBCR según el cual, *"El Banco, está prohibido de comprar acciones, salvo las emitidas por organismos financieros internacionales o aquéllas que sea preciso adquirir para la rehabilitación de empresas bancarias o financieras. También lo está de participar, directa o indirectamente, en el capital de empresas comerciales, industriales o de cualquier otra índole"* (el subrayado es agregado). El hecho que esta norma permita al BCR adquirir acciones para rehabilitar empresas, evidencia que, a pesar de las limitaciones que la LOBCR impone al crédito con fines monetarios, la calidad de prestamista o incluso de inversionista de última instancia es evidente.

171. De este modo, queda claro que el BCR de acuerdo con la LOBCR está facultado para otorgar crédito con fines de regulación monetaria en dos escenarios: (i) por problemas menores de liquidez no relacionados a problemas estructurales de solvencia, vale decir, en situaciones previas a la de un posible régimen de vigilancia y de intervención (es decir en condiciones regulares); y, (ii) en casos extraordinarios, aún en los de una posible intervención en los casos en los que se presentara un problema de crisis de liquidez no relacionada a problemas de solvencia sino a una situación de crisis o pánico financiero.
172. Por lo tanto, bajo la premisa de que el artículo 58° de la LOBCR regula el financiamiento por parte del BCR también en épocas de crisis y en casos de intervención (o antes de que se ingrese a dicho régimen), cualquier banco a pesar de encontrarse bajo tal régimen (**o justamente para evitar entrar al mismo**), califica como sujeto de crédito en este tipo de financiamientos, cuando su problema de liquidez es sólo coyuntural, no estando relacionado a problemas estructurales de solvencia, sino a una situación de pánico financiero que aqueje a todo el sistema financiero en un momento dado, especialmente si tal situación puede generar un efecto de contagio en todo el sistema, desestabilizándolo.

4.1.3 Desarrollo Reglamentario del Mandato Constitucional del BCR

173. En este escenario, y siguiendo con las reglas aplicables al crédito con fines monetarios, el BCR cuenta con dos alternativas contempladas en su estatuto para otorgar financiamiento como prestamista de última instancia.

174. De acuerdo con el artículo 78° del Estatuto⁴⁷ del BCR (**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”*.
175. En un caso descrito como líneas arriba, los únicos límites a los que se hubiera encontrado supeditado este financiamiento serían:
- a. El plazo del financiamiento no hubiera podido exceder 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 de Bancos).
 - b. Podía llevarse a cabo mediante redescuentos de documentos de crédito o por préstamos directos garantizados (artículo 78 del Estatuto del BCR).
 - c. Se hubiera tenido que garantizar 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).
 - d. El monto global de este financiamiento junto con otros financiamientos vigentes previamente otorgados no podrían superar en su conjunto el patrimonio efectivo del banco

⁴⁷ El Estatuto del BCR fue aprobado mediante Acuerdo de Directorio del 10 de febrero de 1994 y fue dejado sin efecto el 15 de abril de 2009, mediante Resolución N° 018-2009-BCRP, por lo que la norma citada se encontraba vigente entre noviembre y diciembre del año 2000. Como mencioné en el acápite referido a las Fuentes del Derecho Bancario, el Estatuto del BCR es una resolución administrativa de alcance general, su rango es infralegal, por lo que su nivel jerárquico es inferior al de la LOBCR y al de la Ley de Bancos (estas últimas disposiciones tienen rango de ley).

(artículo 58 (c) de la LOBCR y artículo 81 del Estatuto del BCR).

- e. 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).
176. Desde una perspectiva normativa, éstas son las condiciones y/o parámetros generales sobre los cuales el BCR hubiera podido financiar con un préstamo o redescuento de cartera como prestamista de última instancia a un banco con un problema agudo de liquidez originado en una situación de pánico financiero o corrida bancaria.
177. Ahora bien, con relación a estos parámetros cabe destacar que el BCR para el momento en que se sucedieron los hechos materia de análisis respecto del BNM, había emitido dos circulares referidas concretamente a los préstamos con fines monetarios, normas en las que dicho ente regulador establecía condiciones adicionales para el otorgamiento de estos préstamos⁴⁸. En todas estas normas, incluyendo el artículo 83^{o49} del Estatuto del BCR, se dispone que el BCR no estaba obligado a expresar motivación de las decisiones que adopte al resolver las solicitudes de crédito, creándose para sí una facultad discrecional.
178. Resulta más que curioso que la LOBCR, en sus artículos 58^o y 59^o que regulan los créditos con fines monetarios, no otorgue al BCR expresamente este grado de discrecionalidad y sí lo

⁴⁸ Circular N° 034-99-EF-90 (Anexo II-018) y Circular N° 040-200-EF-90 (Anexo II-019), las cuales se encontraban vigentes en el año 2000, época en la que sucedieron los hechos materia de análisis.

⁴⁹ Según esta norma, "El Banco no está obligado a expresar motivación de las decisiones que adopte al resolver las solicitudes de crédito que le sean sometidas".

hagan normas de menor rango y jerarquía, como es el caso del Estatuto del BCR, que es emitido por la propia entidad.

179. Sin embargo, aún asumiendo que tales facultades sean discrecionales de manera válida⁵⁰, al punto que efectivamente el BCR no se encuentre obligado a sustentarlas, las facultades discrecionales deben ejercerse bajo criterios y parámetros de razonabilidad, no cabiendo efectivamente una ausencia total de sustento y lógica que conviertan a los actos que se lleven a cabo bajo dicha discrecionalidad en actos arbitrarios. La discrecionalidad administrativa (actuación legítima de la Administración) y su diferencia con la mera arbitrariedad (actuación rechazada por el ordenamiento jurídico) serán tratadas en el numeral 4.4.2 del presente reporte.
180. Por lo tanto, cualquier decisión del BCR de no otorgar el crédito como prestamista de última instancia para salvar el problema de liquidez del BNM que lo llevó a caer en una causal de intervención por parte de la Superintendencia⁵¹, debió en todo caso, encontrarse motivada, y no sólo en función a las Circulares sobre crédito emitidas por el propio BCR, sino básicamente en una abierta decisión del BCR de no querer evitar la sujeción del BNM al régimen de intervención, entendiéndose que ello sólo sería sustentable, si efectivamente

⁵⁰ Si bien en mi opinión no corresponde que el BCR cree para sí facultades discrecionales mediante normas de menor jerarquía, en aquellos casos en los que la LOBCR no las ha establecido expresamente, entiendo que tal discrecionalidad podría eventualmente justificarse en el hecho que el otorgamiento de préstamos por parte del BCR a fin de cuentas constituye una función que debe ser ejercida a través de la suscripción de un acto jurídico perteneciente al derecho privado (como sería el caso de un contrato de préstamo) y que por esa razón, se encontraría sujeto al principio de libertad contractual que favorece a todas las partes de un contrato. Sin embargo, no debe perderse de vista que este tipo de contrato tiene como finalidad última los fines de política monetaria del BCR. Efectivamente, resulta claro que el BCR se sirve de la vía contractual para regular por ejemplo la cantidad de moneda y desempeñar así su función pública.

⁵¹ Causal no relacionada al riesgo moral conforme a la Resolución SBS N° 885-2000 del 5 de diciembre del año 2000 que motivó la intervención del BNM (Anexo V-001).

el BCR hubiera podido en ese momento llegar a la conclusión que el BNM era insolvente y que el problema de liquidez del BNM respondía completamente a una deficiencia patrimonial insalvable.

181. Con cargo a la entrega de la documentación que el Estado se encuentra revisando para su disposición como parte del procedimiento de producción de documentos entre las partes del proceso, asumiendo que el BCR, no sólo no habría fundamentado su negativa, sino que además en ese momento era evidente que el problema de liquidez del BNM respondía a una coyuntura y no a un problema estructural, el BCR en su labor de prestamista de última instancia debió acceder a la solicitud del BNM, aceptar las garantías presentadas y otorgar el crédito, evitando con ello la intervención del BNM.
182. De acuerdo con la información que me han proporcionado, mediante comunicación de fecha 5 de diciembre de 2000 el Presidente Ejecutivo del BNM solicitó al BCR el otorgamiento de créditos al amparo de la Circular N° 040-2000-EF/90 hasta por la suma de US\$ 9'175,771.00 y S/. 2'333,661.00 para que el BNM pudiera cubrir el resultado negativo de la Cámara de Compensación Electrónica.
183. Según señalaba la Circular N° 040-2000-EF/90, de acuerdo con el inciso b) del artículo 78° del Estatuto del BCR referido a los préstamos directos, el BCR acordó que los créditos de regulación monetaria también pueden estar respaldados por la afectación en garantía o cesión de los derechos que emanan de contratos de arrendamiento financiero.

184. De acuerdo con dicha circular, este tipo de financiamiento (préstamo directo) se daría en caso no se pudieran otorgar las garantías previstas en el régimen general contenido en la Circular N° 034-99-EF/90. De acuerdo con esta última Circular, cuando se trate de préstamos para cubrir saldos negativos de cuentas corrientes, el solicitante debía presentar las siguientes garantías: (i) Certificados de depósitos del BCR; (ii) Bonos del Tesoro Público; (iii) Dólares de los Estados Unidos de América mantenidos en la cuenta corriente en este BCR para garantizar créditos en nuevos soles; (iv) Certificados de depósitos, bonos de arrendamiento financiero y letras hipotecarias emitidos por empresas privadas del sector financiero, u otros títulos aceptados por el BCR; y, (v) Carta fianza bancaria.
185. De lo anterior, se deduce claramente que las circulares antes citadas, se encontraban referidas a los préstamos directos garantizados con fines monetarios a que se refiere el inciso b) del artículo 78° del Estatuto del BCR, no encontrándose referidas a las operaciones de redescuentos de cartera a que se refiere el literal a) del artículo 78° del Estatuto del BCR. Lo que ciertamente dejaba un amplio margen de acción para el BCR al momento de decidir una operación de redescuento, liberación de encaje, entre otras medidas.
186. Volviendo al préstamo garantizado con cartera de leasing regulada en la Circular N° 040-2000-EF/90, expresamente referida al literal d) del artículo 78° del Estatuto del BCR, la referida circular establecía una serie de condiciones que debían cumplir la cartera materia de garantía para que el préstamo garantizado pudiera ser otorgado por el BCR.

187. De acuerdo con el numeral 2 de la Circular N° 040-2000-EF/90: *“Sólo se aceptará como respaldo los contratos de arrendamiento financiero celebrados con quienes: (...) a. Tengan calificación 100 por cierto normal en la Central de Riesgos de la SBS. (...) b. No registren protestos pendientes en el Boletín de la Cámara de Comercio de Lima. (...) c. No estén vinculados a la empresa receptora del crédito o a sus funcionarios principales, lo que será certificado por aquélla”.*
188. Asimismo, la referida circular regulaba las condiciones en las que se valorizaría la cartera, entre otras reglas, sobre las cuales entendemos el BCR no se pronunció al momento de rechazar el otorgamiento del crédito.
189. 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.
190. 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 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.

191. Así, aún concluyendo que el crédito con fines monetarios que el BCR debió otorgar al BNM para salvarlo de la intervención se encontraba regulado en su integridad por la LOBCR y sus normas complementarias, como el Estatuto del BCR y las circulares antes señaladas (normas de rango infralegal), puedo afirmar que el BCR en su rol de prestamista de última instancia en casos de crisis de liquidez, debió aplicar las referidas circulares de manera más flexible, o incluso emitir una nueva circular para satisfacer la *ratio legis* de la normatividad superior, llevando a cabo una operación de redescuento (aunque el pedido del BNM estuviera referido expresamente a la Circular N° 040-200.EF/90), en el entendido que dichas circulares eran solamente aplicables a casos de iliquidez en situaciones regulares.
192. En un caso extraordinario como el ocurrido con el BNM, el BCR tenía la posibilidad legal y reglamentaria de actuar para salvar al BNM de la intervención, y el mandato constitucional de hacerlo. Lamentablemente no lo hizo, sin sustentar esta decisión, o en todo caso, sustentándola de manera insuficiente.

4.1.4 Desarrollo del mandato constitucional del BCR en la Ley de Bancos

193. Si bien ha quedado bastante claro el rol del BCR como prestamista de última instancia en épocas de crisis y pánico financiero, no sólo a nivel constitucional sino a nivel de la LOBCR (e incluso, hasta cierto punto bajo sus normas reglamentarias), resulta útil desarrollar un poco más esta facultad tomando en cuenta lo previsto en otras normas, especialmente lo desarrollado en la Ley de Bancos.

194. El artículo 95° de la Ley de Bancos establece que la decisión de la Superintendencia de sujetar una empresa al régimen de vigilancia debe ser comunicada previamente, de manera reservada, al BCR. De igual modo, el artículo 103° de la Ley de Bancos establece que la intervención de las empresas del sistema financiero debe ser puesta en conocimiento previo del BCR.
195. Evidentemente en estos casos, es de vital importancia que el BCR se pronuncie al respecto. De algún modo así lo dispone el artículo 349° de la Ley de Bancos, según la cual, es atribución del Superintendente coordinar con el BCR en todos los casos señalados en la Ley de Bancos.
196. De acuerdo con el profesor Figueroa, la LOBCR *"(...) establece, entre sus funciones [del BCR], emitir opinión que le compete en los casos señalados en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros. Es decir, el BCR debe ser convocado por la SBS a fin de: (...) emitir opinión respecto a cuándo se va a decidir la intervención, liquidación o disolución de una institución bancaria, financiera o de seguros. En este segundo rubro, ponemos énfasis porque estas funciones no son tan simples, porque negocian y manejan fondos del público, y, por lo tanto, la función del BCR es de determinar si la situación económica del Banco cuestionado es irreversible, si está quebrado o si es que hay solución frente a su actividad financiera"*⁵² (el subrayado es agregado).
197. Por lo tanto, en los casos en los que se cierne o es previsible que se presente una situación en la que una entidad financiera

⁵² FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. Op. cit.; p. 218. (Anexo III-013).

pueda ser declarada en régimen de intervención, si el BCR llegara a la conclusión de que la entidad financiera materia de la medida es salvable, como por ejemplo, en un caso de falta de liquidez no asociada a la insolvencia (tal como ocurrió con BNM o en cualquier otro caso similar), el BCR tiene el mandato legal de actuar como prestamista de última instancia otorgando un crédito con fines monetarios a efectos de salvar la situación de iliquidez producto de una situación de pánico financiero.

198. De mi experiencia en situaciones de crisis del sistema bancario, una situación extraordinaria requiere la implementación de medidas extraordinarias, sin que ello implique el quebrantamiento del marco legal aplicable. El BCR como prestamista de última instancia, en casos de crisis financiera y de pánico financiero vividos en el país, tal como ocurrió en el caso del BNM, se encontraba legalmente habilitado para otorgar el préstamo, ya sea restringiéndose a lo previsto en la LOBCR y sus normas reglamentarias, como aplicando sistemáticamente estas últimas, más aún si la causal de intervención del BNM no fue por un supuesto de riesgo moral.

4.2 El rol del Estado ante el pánico financiero.-

199. Tal como he desarrollado previamente, según el artículo 84° de la Constitución, el BCR tiene como finalidad garantizar la estabilidad del sistema monetario nacional. Según la norma, *“La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones 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”*.

200. Por su parte, como ya he señalado también, el artículo 87º de la Constitución encomienda a la Superintendencia la protección del interés del público en el ámbito del sistema financiero. Para ello debe asegurar la estabilidad del referido sistema.
201. Las funciones del BCR y de la Superintendencia están íntimamente ligadas, pues la estabilidad del sistema financiero depende del sistema monetario y viceversa. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, a propósito de la delimitación de las funciones de ambos organismos públicos: *"(...) visto los distintos alcances de las competencias que constitucionalmente vienen asignadas a los órganos constitucionales en conflicto, resulta también evidente la 'natural' relación que existe entre sus respectivas funciones. Es manifiesto que para efectos de una debida protección del ahorrista, resulta fundamental la estabilidad del sistema bancario o financiero, dependiente, a su vez, de la estabilidad de la moneda. Y analizadas las cosas desde la perspectiva inversa, es también claro que es poco lo que se podría hacer para garantizar la estabilidad monetaria con un sistema bancario y financiero indebidamente supervisado.*
- A la luz de lo establecido en el artículo 84 de la Constitución, la función reguladora en materia financiera es ejercida por el BCR. No obstante, es importante resaltar que, en dicha tarea, 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)⁵³ (el subrayado es agregado).

202. Como lo ha indicado el máximo intérprete de la Constitución peruana, el BCR y la Superintendencia son 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 (artículo 87° de la Constitución).
203. En esta delicada tarea los acompaña estrechamente el Poder Ejecutivo a través del Presidente de la República⁵⁴ y el Ministerio de Economía y Finanzas - MEF, en el caso de este último conforme al artículo 5° del Decreto Legislativo N° 183, Ley Orgánica del MEF (**Anexo II-003**), está encargado de "(...) *planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la tributación, política aduanera, financiación, endeudamiento, presupuesto, tesorería y contabilidad, así como armonizar la actividad económica nacional*". Asimismo, el MEF a través de COFIDE, entidad cuyo directorio es nombrado por el referido ministerio, ha hecho efectiva este tipo de facultad, puesto que como banco

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0005-2005-CC/TC. (**Anexo IV-001**).

⁵⁴ Conforme al artículo 118 numeral 19 de la Constitución 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.

de segundo piso COFIDE ha intervenido en más de una ocasión para rescatar entidades financieras en dificultades⁵⁵.

204. Precisamente los valores que custodian las entidades mencionadas se ven afectados por el llamado "pánico financiero". Este evento está regulado en el Perú como un delito de naturaleza económica. Así, el artículo 249° del Código Penal peruano establece: *"El que a sabiendas produce alarma en la población propalando noticias falsas atribuyendo a una empresa del sistema financiero, a una empresa del sistema de seguros, a una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, a una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, cualidades o situaciones de riesgo que generen el peligro de retiros masivos de depósitos o el traslado o la redención de instrumentos financieros de ahorro o de inversión, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa"*⁵⁶ (Anexo II-020).
205. La tipicidad del delito de pánico financiero consiste fundamentalmente en la propagación de noticias falsas sobre las entidades que conforman el sistema financiero, generando el peligro de retiros masivos de depósitos. Los bienes jurídicos afectados por dicho delito son la estabilidad y el adecuado

⁵⁵ Es emblemático el caso del Banco Latino donde COFIDE intervino capitalizando sus acreencias y evitando así que el referido banco ingrese a un régimen de intervención.

⁵⁶ El texto citado corresponde al artículo 249° vigente del Código Penal. Aquel fue aprobado por la Ley N° 27941, publicada el 26 de febrero de 2003. El texto original de la norma no incluía como sujeto pasivo del delito a las empresas del sistema de seguros, a las sociedades administradoras de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, y a las administradoras privadas de fondos de pensiones.

El texto del artículo original del artículo es el siguiente: *"El que produce alarma en la población mediante la propalación de noticias falsas, ocasionando retiros masivos de depósitos de cualquier institución bancaria, financiera u otras que operan con fondos del público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa"* (Ver Anexo II-020).

funcionamiento del sistema financiero, lo cuales conforman el orden público económico.

206. Al respecto, Tiedemann señala que el objeto de protección de los delitos económicos en general, es "*(...) el orden de la economía instituido y dirigido por el Estado, es decir, la economía nacional en su totalidad y en sus diferentes sectores*"⁵⁷.
207. Debo destacar que desde la perspectiva del Derecho Bancario, no es un requisito indispensable para la actuación del Estado que las noticias propagadas sean falsas o incorrectas, basta con que sean noticias, rumores y comunicaciones tendenciosas que desestabilicen o procuren desestabilizar a las entidades que conforman el sistema financiero. Y es que el correcto funcionamiento de este sistema se basa esencialmente en la confianza que en él depositan los ahorristas.
208. Efectivamente, como apunta Zunzunegui, el funcionamiento del sistema financiero se centra fundamentalmente "*(...) en la confianza de los ahorradores. Y la confianza es un frágil soporte, pues falsas informaciones, rumores, o simplemente malos datos económicos, pueden dificultar el ejercicio de la actividad financiera y atraer la crisis. Con la nota añadida de que las crisis de una empresa financiera puede afectar a la confianza del público en el conjunto de las empresas del sector, convirtiéndose en una amenaza para la estabilidad del propio sistema económico*"⁵⁸.

⁵⁷ Citado por: IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. El delito de pánico financiero. En: Derecho & Sociedad, Año XIII, Número 19, Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 173. (Anexo III-014).

⁵⁸ ZUNZUNEGUI, Fernando. ¿Cuál es el objetivo de la legislación financiera? En: Revista de Derecho del Mercado Financiero, Noviembre de 2006. Ver en:

209. Por 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. En nuestro país existen experiencias donde ello ha sucedido. Concretamente en el año 2001 hubo diversos pronunciamientos de las autoridades competentes cuando surgieron rumores sobre la estabilidad financiera y económica del Banco de Crédito y el Banco Wiese⁵⁹. En el caso del BNM, he tenido acceso al Informe Final de la Subcomisión de Economía del Congreso de la República Encargada de Evaluar la Intervención de la Superintendencia en el NBK Bank y en el BNM, en el que se determina que no se realizó acto alguno para evitar el pánico financiero que perjudicaba al BNM⁶⁰, por lo que concluyo que el Estado no cumplió sus funciones legales y constitucionales de mantener la estabilidad del sistema bancario.
210. Por otro lado, debemos mencionar que el Estado y sus diversas reparticiones deben actuar siempre y en todos los casos ante el pánico financiero, sin importar la identidad de la

<https://rdmf.files.wordpress.com/2006/12/cual-es-el-objetivo-de-la-legislacion-financiera.pdf>.
(Anexo III-015).

⁵⁹ Ello se puede apreciar en la edición del 2 de febrero del 2001 del Diario Gestión, en la cual se indica lo siguiente: "A inicios de la semana circularon rumores sobre una presunta situación delicada de los bancos de Crédito y Wiese Sudameris, lo cual provocó cierto retiro de depósitos de 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 en el sistema bancario. El Gobierno deberá estar alerta para enfrentar cualquier otro falso rumor que provendría de la mafia fujimontesinista" (el subrayado es agregado) (Anexo V-002).

⁶⁰ El referido Informe Final, del 21 de enero de 2002, señala: "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 (...)" y "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" (el subrayado es agregado) (Anexo V-003).

empresa afectada. En caso no lo hagan no solo estarían inobservando sus deberes constitucionales sino que además, le estarían dando un trato discriminatorio a la empresa que no recibió el apoyo de las autoridades.

211. El derecho a la igualdad se encuentra recogido en el inciso 2º del artículo 2º de la Constitución peruana (**Anexo II-001**). Esta norma constitucional señala que: *"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"*.
212. Este derecho se encuentra reconocido en el ámbito del sistema financiero. Así, el artículo 6º 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"*.
213. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado: *"Como este Tribunal ha afirmado, la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental,*

constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.

En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad" (el subrayado es agregado)⁶¹.

214. La existencia del derecho a la igualdad no impide reconocer la existencia de diferencias entre los sujetos de derecho, lo que puede ameritar un tratamiento diferenciado entre ellos. En efecto, la Constitución prohíbe la discriminación (es decir, el tratamiento diferenciado injustificado).
215. El derecho a la igualdad supone, entonces, que estamos ante un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas de exigir siempre un trato igual, sino a ser tratado de igual modo que quienes se encuentra en idéntica situación⁶². En otras palabras, la desigualdad está justificada "(...) si existe una causa objetiva y razonable que fundamente la no igualdad

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de octubre de 2005, recaída en el Expediente N° 045-2004-PI/TC. (Anexo IV-002).

⁶² Ver a este efecto el considerando 59 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 1° de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 048-2004-PI/TC. (Anexo IV-003).

y, segundo, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable⁶³.

216. 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.
217. 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.

4.3 El Programa de Consolidación del Decreto de Urgencia N° 108-2000 y otros regímenes previos.-

218. Tal como hemos desarrollado anteladamente, existe también un mandato constitucional de proteger el ahorro y, en general la situación económica y financiera del país y, por ende, del

⁶³ COLOMA MARQUINA, José. Definiciones y contenido del principio de igualdad, aproximación inicial a la jurisprudencia constitucional peruana. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 7. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 190. (Anexo III-016).

sistema financiero, aplicable al Poder Ejecutivo a través del MEF y del propio Presidente de la República⁶⁴. Efectivamente, conforme a lo previsto en el artículo 118º numeral 19 de la Constitución, el Presidente de la República tiene la facultad de dictar mediadas extraordinarias, mediante decretos de urgencia, **en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional** y con cargo de dar cuenta al Congreso. Conforme a la misma norma constitucional, el Congreso tiene la facultad de modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

219. Por su parte, el numeral 7 del artículo 147º de la Ley de Bancos, dispone que son recursos del Fondo de Seguro de Depósitos⁶⁵, las líneas de crédito del Tesoro Público aprobadas por decreto de urgencia. Asimismo, la misma norma refiere que la línea de crédito a que se refiere el numeral 7 citado, serán pagadas por el Fondo de Seguro de Depósitos en las condiciones que se acuerde con el Tesoro Público.
220. De este modo, en uso de las facultades reconocidas por el artículo 118º de la Constitución y de conformidad con lo previsto por la Ley de Bancos, el 27 de noviembre del año 2000 el Presidente de la República emitió el Decreto de Urgencia N° 108-2000, norma con rango de ley, cuya finalidad fue la de crear el "Programa de Consolidación del Sistema Financiero" (el "Programa de Consolidación") **(Anexo II-004)**.

⁶⁴ Recordemos que el primer párrafo del artículo 87º señala a la letra "*el Estado fomenta y garantiza el ahorro...*", lo que interpretado de manera complementaria con las normas aplicables al Poder Ejecutivo, denotan que esta garantía genérica del Estado va de la mano con otros roles que constitucional y legalmente son asignados al Presidente de la República y al propio MEF.

⁶⁵ El Fondo de Seguro de Depósitos es una persona jurídica de derecho privado de naturaleza especial regulada por la Ley de Bancos que tiene por objeto proteger a quienes realicen depósitos en las empresas del sistema financiero.

221. De acuerdo con el artículo 1º del referido Decreto de Urgencia, el Programa de Consolidación está: *"(...) destinado a facilitar la reorganización societaria de las empresas de operaciones múltiples (bancos) del sistema financiero nacional, programa en el cual el Estado contribuirá con el aporte de los Bonos del Tesoro Público y la concesión de una línea de crédito a favor del Fondo de Seguro de Depósitos, siempre y cuando no implique un beneficio a los accionistas de las mencionadas empresas participantes."*
222. Como se desprende de lo expuesto, el Poder Ejecutivo liderado por el Presidente de la República, creó el Programa de Consolidación como una medida extraordinaria y de emergencia que tenía como propósito que las empresas del sistema financiero llevaran a cabo procesos de reorganización societaria, que conforme a nuestra legislación implican básicamente procesos de fusión, escisión o reorganización societaria simple⁶⁶.
223. Para que se llevaran a cabo tales procesos el Tesoro Público emitiría Bonos del Tesoro Público por el monto de doscientos millones de Dólares y otorgaría una línea de crédito a favor del Fondo de Seguro de Depósitos de doscientos millones de Dólares, siendo así que el aporte del Estado para la creación

⁶⁶ De acuerdo con lo previsto en la sección segunda de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (**Anexo II-021**), referida a la reorganización de sociedades:

"Artículo 344.- Concepto y forma de fusión.- Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley (...)"

"Artículo 367.- Concepto y formas de escisión.- Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques patrimoniales para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley. (...)"

"Artículo 391.- Reorganización simple.- se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes".

del Programa de Consolidación sería de cuatrocientos millones de Dólares.

224. De acuerdo con la parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 108-2000, esta norma fue creada con la finalidad de fortalecer el sistema financiero (por ese entonces golpeado por la crisis económica y política vivida en el Perú). Tal como se desprende de la norma bajo comentario, este fortalecimiento o consolidación debía pasar necesariamente por la absorción de las instituciones financieras en problemas por parte de aquéllas que estuvieran afrontando la crisis en mejores condiciones, según la opinión del MEF y la Superintendencia. Para lo cual, el Estado peruano a través del Tesoro Público, otorgaría cuatrocientos millones de Dólares para cubrir eventuales pérdidas en las instituciones financieras que fueran absorbidas.
225. Tal como se detalla más adelante, este Programa de Consolidación no sólo incluiría a empresas financieras afectadas por la crisis, sino también a aquéllas sujetas a un régimen de intervención, vale decir, a instituciones bajo la administración de la Superintendencia.
226. De este modo, el Programa de Consolidación no buscaba la rehabilitación de las instituciones financieras en problemas, sino que necesariamente dichas empresas debían pasar por un proceso de disolución, aunque sin liquidación, al ser asumido su patrimonio o un bloque patrimonial por otra institución financiera.

4.3.1 Condiciones y Requisitos.-

227. Conforme a lo previsto en el mismo Decreto de Urgencia, se delegó en el MEF, para que mediante Resolución Ministerial aprobara el Reglamento Operativo del Programa de Consolidación (en adelante, "el Reglamento Operativo") **(Anexo II-006)**. El referido Reglamento Operativo fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-EF del 3 de diciembre de 2000. Conforme se señala en el referido Reglamento Operativo, el mismo establece los procedimientos y condiciones para la implementación del mencionado Programa de Consolidación.
228. Conforme a lo previsto en el artículo 4° del Reglamento Operativo, la participación en el Programa de Consolidación requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:
229. a) La institución financiera adquirente (es decir aquella que absorberá a otra institución financiera con la finalidad de realizar un proceso de reorganización societaria) debe haber sido clasificada con categoría de riesgo "A" por empresas clasificadoras de riesgo, durante los seis (6) meses previos a la presentación de la solicitud⁶⁷. Excepcionalmente, podrán ser adquirentes aquellas instituciones financieras clasificadas en categoría "B" por las citadas empresas clasificadoras, previa autorización de la Superintendencia. Los bancos del exterior de

⁶⁷ Las categorías de riesgo son establecidas por empresas clasificadoras especializadas, independientes de la Superintendencia. Entre las empresas clasificadoras que operan en nuestro país, se encuentran Equilibrium Clasificadora de Riesgo S.A. (afiliada a Moody's Investors Services Inc.) y Apoyo & Asociados Clasificadora de Riesgo (asociada a Fitch Ratings). Según información recogida en la página web de Equilibrium Clasificadora de Riesgo S.A. (www.equilibrium.com.pe), la categoría de riesgo "A" corresponde cuando "La entidad posee una estructura financiera y económica sólida y cuenta con la más alta capacidad de pago de sus obligaciones en los términos y plazos pactados, la cual no se vería afectada por cambios en la entidad, en la industria a la que pertenece o en la economía", mientras que según lo señalado en la página web de Apoyo & Asociados Internacionales Clasificadora de Riesgo S.A.C. (www.aai.com.pe) dicha categoría "Corresponde a aquellas instituciones que cuentan con una alta capacidad de pago de sus obligaciones en los términos y condiciones pactados, lo cual no se vería afectada, de manera significativa, ante posibles cambios en la institución, en la industria a la que pertenece o en la economía".

reconocido prestigio internacional que cuenten previamente con opinión favorable de la Superintendencia, podrán participar en el Programa de Consolidación como adquirientes.

230. b) Ser calificadas como elegibles por el MEF, previa opinión favorable de la Superintendencia. En un primer momento el plazo para acogerse al Programa de Consolidación se estableció hasta el 31 de marzo del 2001. Posteriormente se estableció hasta el 30 de abril del 2001 y finalmente se extendió hasta el 31 de mayo de 2001.
231. Para obtener la calificación de elegibilidad a que se refiere este literal las instituciones financieras participantes deberán presentar a la Superintendencia una solicitud para participar en el Programa de Consolidación adjuntando los siguientes documentos: (i) el contrato de transferencia, (ii) el contrato suscrito con la sociedad de auditoría externa y (iii) el acuerdo marco suscrito por las instituciones financieras y sus accionistas. Luego de la evaluación respectiva, la Superintendencia comunicaría al MEF en caso así lo determine, su opinión favorable para efectos de la declaración de elegibilidad.

- **El Contrato de Transferencia**

232. Conforme al Reglamento Operativo, el contrato de transferencia deberá establecer la transferencia definitiva e irreversible de las acciones de la institución financiera a transferirse, o del bloque patrimonial⁶⁸, sujeta al pago del precio o a la entrega del respectivo aporte, según corresponda,

⁶⁸ La posibilidad de que se transfiera un bloque patrimonial, se incorporó posteriormente a la aprobación del Reglamento Operativo, mediante Resolución Ministerial N° 124-2001-EF-10 publicada el 13 de abril del 2001 (Anexo II-022).

determinado conforme a la valorización establecida por el mismo Reglamento Operativo, salvo que en dicha valorización se encuentren pasivos ocultos o activos inexistentes por un monto superior al límite señalado en el propio Reglamento Operativo *o cuando los recursos del Programa de Consolidación resulten insuficientes*⁶⁹. Dicho contrato de transferencia deberá contener de manera expresa el compromiso irrevocable del adquirente de realizar el mencionado pago en los términos y condiciones pactados previamente por las partes.

- **El Acuerdo Marco**

233. El acuerdo marco debía contener lo siguiente:

- a) El mecanismo de valorización de la institución financiera a transferir acordado por las partes. Complementariamente, el Reglamento Operativo señalaba que una sociedad de auditoría externa de reconocido prestigio internacional debía realizar una revisión de la valorización de la institución financiera, salvo que el mecanismo elegido por las partes consista en una valorización por una sociedad de auditoría externa conforme a lo indicado previamente. La selección de la sociedad de auditoría se realizaría de común acuerdo por las partes y los honorarios serían asumidos por las instituciones financieras participantes en montos iguales. El plazo máximo para determinar la valorización de la institución financiera a transferir sería de 90 días calendario desde la emisión de declaración de elegibilidad otorgada por el MEF, el cual podría ser

⁶⁹ La frase en cursivas fue incorporada posteriormente al Reglamento Operativo mediante Resolución Ministerial N° 124-2001-EF-10 del 13 de abril del 2001 (Anexo II-022).

ampliado hasta treinta (30) días calendario previa autorización de la Superintendencia.

- b) Compromiso de los accionistas de la institución financiera a transferir de entregar la gestión a la institución financiera adquirente en caso ésta lo requiera.
- c) Compromiso de los accionistas de las instituciones financieras participantes de realizar un proceso de reorganización societaria.
- d) Compromiso de no distribución de utilidades en la institución financiera a transferir mientras dure el proceso de reorganización societaria.
- e) Compromiso de no transferir activos de la institución financiera a transferir, salvo autorización de la Superintendencia y previo conocimiento de la institución financiera adquirente.
- f) Compromiso de no incrementar los niveles de concentración con personas vinculadas en la institución financiera a transferir, existente a la fecha de la presentación de la solicitud de acogimiento al Programa de Consolidación.
- g) Compromiso de ajustar el patrimonio contable de la institución financiera a transferir de acuerdo a los resultados de la valorización.
- h) Compromiso de constituir el fideicomiso señalado en el Reglamento Operativo, luego de realizada la valorización y en caso ésta resulte negativa. Asimismo, dicho compromiso debía incluir la designación como Fiduciario a la institución financiera adquirente.
- i) Compromiso de segregar un bloque patrimonial, así como las condiciones y términos en los que se efectuaría siempre que las instituciones financieras participantes acuerden su aplicación.

- j) Compromiso de no realizar actos que alteren o comprometan los términos y/o condiciones de la transferencia.
 - k) Compromiso de transferir determinados activos a favor de posibles contingencias, gastos de la liquidación, pasivos ocultos de la institución financiera a transferir, así como del fideicomiso previsto en el Reglamento Operativo
 - l) Otros que la Superintendencia hubiera podido requerir.
234. Los compromisos antes señalados debían ser suscritos por accionistas de las instituciones financieras participantes. Este requerimiento también aplicaba respecto del contrato de transferencia referido en el punto anterior.
- **La Valorización de la Institución Financiera a transferir y Precio de Venta**
235. Si el mecanismo de valorización convenido por las partes no determinaba un único valor para algún activo de la institución financiera a transferir, las partes se debían someter a la valorización realizada por la sociedad de auditoría externa de prestigio internacional.
236. De acuerdo con lo previsto en el Reglamento Operativo, para la valorización de la institución financiera a transferir se debían considerar los compromisos de recompra de cartera dentro del marco de los Programas de Canje de Cartera por Bonos del Tesoro como si la recompra se hubiera realizado⁷⁰, salvo que

⁷⁰ El proceso de canje de cartera por Bonos del Tesoro y los respectivos compromisos de recompra se encuentran detallados en el numeral 4.3.3 siguiente referido a los programas de rescate de 1998 y 1999 que establecieron programas de canjes de cartera de crédito por Bonos del Tesoro a favor de las empresas del sistema financiero que se acogieran a tales programas, las cuales, a su vez, debían asumir el compromiso de re-comprar la cartera inicialmente transferida.

se trate del Programa aprobado por el Decreto Supremo N° 099-99-EF (**Anexo II-023**), en cuyo caso sólo se consideraría dicha cartera siempre que vaya a ser transferida a la institución financiera adquirente de acuerdo a criterios de mercado razonables para los intereses del Fondo de Seguro de Depósitos y del MEF. Asimismo, se consideraría como pasivo de la institución financiera a transferir el monto equivalente a la liquidación de los beneficios sociales y demás derechos laborales de los trabajadores de dicha institución financiera, calculados hasta la fecha del cierre de la valorización.

237. Conforme al Reglamento Operativo, la Superintendencia normaría aquellos otros casos que requieran un tratamiento especial para efectos de la valorización teniendo en cuenta criterios de mercado y las prácticas internacionales.

238. El monto resultante de la valorización determinaría el valor de venta o de intercambio de las acciones de la institución financiera a transferir, según corresponda. Si el valor de venta o de intercambio resultaba positivo, la institución adquirente debía pagar dicho valor en los términos establecidos en el acuerdo marco. En caso resultase negativo, la institución financiera adquirente recibiría recursos provenientes del Fondo de Seguro de Depósitos y del MEF hasta por un monto total equivalente a 1.5 veces el patrimonio contable de la institución financiera a transferir. Este límite podía extenderse excepcionalmente hasta 3 veces dicho patrimonio previa autorización del MEF, contando con la opinión favorable de la Superintendencia. De acuerdo con el Reglamento Operativo, el mencionado resultado negativo podía exceder en 10% el valor determinado por la sociedad de auditoría externa siempre que

cuenta con autorización del MEF previa opinión favorable de la Superintendencia.

239. La institución financiera adquiriente podía solicitar al MEF, dentro de los seis (6) meses posteriores a la transferencia, recursos para cubrir pasivos ocultos inherentes a los activos y pasivos involucrados en dicha transferencia hasta por un monto equivalente al diez por ciento (10%) de los recursos desembolsados por el Fondo de Seguro de Depósitos y el MEF en el marco del Programa de Consolidación. El MEF autorizaría la entrega de los recursos, con opinión favorable de la Superintendencia, una vez que se haya verificado la existencia de dichos pasivos por la sociedad de auditoría.

- **Segregación de un bloque patrimonial**

240. Con el propósito de facilitar el proceso de reorganización, las instituciones financieras participantes podían acordar la segregación de un bloque patrimonial de la institución financiera a transferir, una vez culminada la valorización.

241. Para efectos de la segregación, la institución financiera adquiriente debía identificar los activos de la institución financiera a transferir que por redundancia y /o incompatibilidad de sus políticas corporativas, no deberían ser incorporados en el bloque patrimonial. Dichos activos podían no ser materia de valorización.

242. De este modo, se otorgaba a la institución financiera adquiriente la posibilidad de elegir del bloque patrimonial que le resultase favorable.

243. En el marco de la Ley de Bancos, el Fondo de Seguro de Depósito facilitaría la adquisición de la institución financiera transferente mediante el otorgamiento de recursos provenientes de la línea de créditos otorgada por el MEF de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 108-2000 y en el Decreto Supremo N° 138-2000-EF⁷¹.

- **El Fideicomiso**

244. De acuerdo con el Reglamento Operativo, la institución financiera a transferir debía entregar en fideicomiso aquellos activos que se encuentren provisionados al cien por ciento (100%). El fiduciario de este fideicomiso (la institución financiera adquirente) emitiría certificados de participación a favor del MEF, del Fondo de Seguro de Depósitos y de los accionistas de la institución financiera a transferir. El certificado entregado al Fondo de Seguro de Depósito tenía derecho preferente sobre los recursos que se generen hasta por el monto entregado a la institución financiera adquirente más los respectivos intereses. El certificado entregado al MEF tenía un segundo orden de preferencia sobre los recursos que se generen hasta por el monto de los Bonos entregados a la institución financiera adquirente más los respectivos intereses.

245. Los certificados entregados a los accionistas sólo serían atendidos si se hubieran pagado íntegramente los certificados que le corresponden al MEF y al Fondo de Seguro de Depósitos.

⁷¹ Esta última norma aprobó la emisión de los bonos del tesoro que financiarían la línea de crédito otorgada al Fondo de Seguro de Depósito para el Programa de Consolidación.

4.3.2 Reorganización Societaria de las Empresas en Régimen de Intervención.-

• **Comisión Especial de Promoción para la Reorganización – CEPRE**

246. De acuerdo con el Reglamento Operativo, el MEF constituyó una Comisión Especial de Promoción para la Reorganización Societaria (CEPRE) con la finalidad de promover, en el marco del Programa de Consolidación, la transferencia de las instituciones financieras sometidas a régimen de intervención por la Superintendencia.
247. La duración de la CEPRE estaba sujeta al plazo de duración del régimen de intervención. Cada CEPRE debía estar conformada por los siguientes miembros:
- a. Un representante del MEF;
 - b. Un representante de la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE)⁷², quien la presidiría; y,
 - c. El acreedor mayoritario individual de la institución financiera en intervención o un representante de éste. En caso el acreedor mayoritario sea COFIDE, el miembro referido en el literal "c" de este artículo deberá ser sustituido por el segundo acreedor mayoritario individual de la institución financiera en intervención.
248. La Superintendencia era la entidad encargada de determinar al acreedor mayoritario y en su caso al segundo acreedor mayoritario individual, considerando el mayor monto de acreencias en la institución financiera intervenida, a la fecha de

⁷² Banco de segundo piso de propiedad del Estado peruano.

publicación de la resolución de sometimiento al régimen de intervención, con excepción de las personas naturales o jurídicas vinculadas por riesgo único al grupo económico de la institución financiera intervenida, según las normas que sobre la materia haya emitido la Superintendencia. La disposición referida en el presente párrafo fue incorporada por el Artículo Único de la Resolución Ministerial N° 024-2001-EF-10 publicada el 19 de enero de 2001 (**Anexo II-024**).

249. De este modo, la conformación de la CEPRE determina una posición mayoritaria del Estado peruano en la comisión encargada del proceso de reorganización societaria de las instituciones financieras sujetas al Régimen de Intervención.
250. Asimismo, la referida Resolución Ministerial señaló las funciones de la CEPRE:
 - a. Establecer los lineamientos generales que permitan la adecuación, al Programa de Consolidación, de las instituciones financieras sometidas a régimen de intervención, mediante cualquiera de las modalidades de reorganización societaria previstas por las normas legales vigentes. Tales lineamientos se materializarían previa opinión favorable del MEF y la Superintendencia. Así, la CEPRE sería el órgano decisorio respecto de la modalidad de reorganización, contando con opinión favorable del MEF (que ya contaba con un representante en la CEPRE) y la Superintendencia.
 - b. Promover la reorganización societaria en forma directa o de ser necesario realizar la selección de los servicios profesionales que permitan la implementación del Programa

de Consolidación mediante, concurso público o invitación directa.

- **Régimen Especial Transitorio**

251. El Reglamento Operativo dispuso que las empresas del sistema financiero sometidas a Régimen de Intervención, cuya transferencia sea promovida por la respectiva CEPRE, debían ser sometidas a un Régimen Especial Transitorio por la Superintendencia, luego de que dicho órgano de control evalúe y apruebe la propuesta de participación en el Programa de Consolidación presentada ante ésta por la CEPRE.
252. El Régimen Especial Transitorio, se mantendría vigente desde la publicación de la Resolución de la Superintendencia que así lo disponía, hasta que se hubiera producido la valorización de la institución financiera a transferir y se hubieran tomado los acuerdos necesarios en ambas instituciones financieras, a fin de perfeccionar la reorganización societaria y la constitución de los fideicomisos a que se refiere el Reglamento Operativo.
253. El Reglamento Operativo estableció como consecuencia del Régimen Especial Transitorio, subsistentes hasta su conclusión:
 - a) El mantenimiento de la suspensión de las operaciones de las instituciones financieras a transferir;
 - b) La aplicación de las prohibiciones contenidas en el Reglamento Operativo;
 - c) La Superintendencia mantendría el control de la empresa hasta que la institución financiera adquiriente solicite ejercer la

administración de la institución financiera a transferir y la Superintendencia así lo autorice.

- **Prohibiciones del Régimen Especial Transitorio**

254. A partir del inicio del Régimen Especial Transitorio estaba prohibido:

a) Iniciar contra la institución financiera sometida al régimen especial transitorio, procesos judiciales o administrativos para el cobro de acreencias a su cargo, ni ejecutar resoluciones judiciales dictadas;

b) Constituir gravámenes sobre sus activos, en garantía de sus obligaciones;

c) Trabar medidas cautelares sobre los bienes de la empresa, debiendo levantarse las medidas cautelares que se hubiesen dictado en forma previa a la resolución de la Superintendencia;

d) Efectuar pagos o asumir obligaciones con cargo a sus activos, ni comprar, vender o gravar bienes muebles o inmuebles que correspondan a su activo fijo o a sus inversiones financieras permanentes. Se exceptúan los gastos indispensables para asegurar la continuidad de la empresa y otros que autorice el MEF a solicitud de la Superintendencia.

- **Condiciones Adicionales del Régimen Especial Transitorio**

255. Durante el Régimen Especial Transitorio, la Superintendencia está facultada para:

a) Determinar el patrimonio real y cancelar las pérdidas con cargo a las reservas legales y facultativas y, en su caso, al capital social;

b) Transferir bajo cualquier modalidad de reorganización societaria prevista en el marco del Decreto de Urgencia N° 108-2000 los activos y pasivos de la empresa sometida al régimen, dentro del Programa de Consolidación, encontrándose legitimada para llevar a cabo todos los actos que sean necesarios para lograr la integración de la institución financiera a transferir con la institución financiera adquirente y designando para ello a los funcionarios encargados de materializar dichos actos.

c) Suscribir la documentación, tomar todos los acuerdos y asumir los compromisos necesarios exigidos a la institución financiera a transferir para acogerse al Programa de Consolidación y dentro del contexto del mismo.

256. Los depósitos efectuados por las entidades públicas en la institución financiera a transferir con anterioridad al régimen de intervención podían ser colocados en la institución financiera adquirente entre un plazo mínimo de dieciocho (18) meses y un máximo de treinta y seis (36) meses, contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la reorganización societaria, a una tasa de interés negociada por las partes interesadas.
257. En este caso, las entidades públicas que producto de dichos depósitos registraran excesos sobre sus límites máximos de colocación en la institución financiera adquirente, realizarán la adecuación de límites a que hace referencia el Artículo 7 del Reglamento de Colocaciones aprobado por la Resolución Ministerial N° 087-2001-EF/10⁷³ mediante retiros mensuales en partes iguales por el período mínimo de dieciocho (18) meses y un máximo de treinta y seis (36) meses (**Anexo II-025**).

⁷³ Norma que regula a partir del 2001 la colocación de fondos públicos en las instituciones financieras.

258. Concluido el Régimen Excepcional Transitorio, la Superintendencia se encontraba facultada para exceptuar temporalmente a la institución financiera adquirente del cumplimiento de límites y otras disposiciones prudenciales establecidos en la Ley de Bancos y en normas complementarias, todo ello cuando sea consecuencia de la reorganización societaria con la institución financiera a transferir.
259. De este modo, se crea un régimen especial paralelo al régimen de intervención (con similares características y consecuencias), que tendría por finalidad la reorganización de la institución financiera sujeta al régimen de intervención bajo el Programa de Consolidación. Este régimen especial transitorio otorgaba a la Superintendencia la facultad para ejecutar la sujeción de la empresa en régimen de intervención al Programa de Consolidación. En este escenario, los accionistas de la institución financiera sujeta a régimen de intervención que fuera absorbida bajo el Programa de Consolidación serían mantenidos al margen de la administración de su empresa y de las decisiones concernientes a su reorganización bajo el Programa de Consolidación.

4.3.3 Los Programas de Rescate Financiero de 1998 y 1999.-

260. Mediante Decreto Supremo N° 114-98-EF (**Anexo II-026**), se autorizó al MEF que emitiera Bonos del Tesoro Público hasta por ciento cincuenta millones de Dólares, cifra que fue ampliada por ciento cincuenta millones de Dólares adicionales en diciembre de 1998. Los recursos para dicha emisión provendrían del monto de tres mil millones de Nuevos Soles aprobados para emisión de deuda por parte del Tesoro Público,

mediante Ley N° 26892, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para 1998 (**Anexo II-027**).

261. De otro lado, el referido Decreto Supremo N° 114-98-EF, estableció que las empresas bancarias del sistema financiero pudieran transferir a favor del MEF parte de su portafolio, recibiendo a cambio los Bonos del Tesoro Público arriba señalados.
262. La cartera a transferirse no incluiría deudas de otras entidades financieras. Asimismo, el portafolio transferido debía estar garantizado, pudiéndose sustituir total o parcialmente, conforme a las normas reglamentarias aplicables.
263. Conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 114-98-EF, las instituciones financieras que transfirieran al MEF su portafolio, recibirían el mismo en calidad de fideicomiso, a fin de que continuaran gestionando su recuperación de acuerdo con el contrato que se suscribiera al respecto. El referido fideicomiso estaría constituido por el principal del portafolio transferido.
264. El portafolio transferido en virtud de esta norma, debía ser readquirido antes de su vencimiento, en una proporción del 20% anual a partir del ejercicio 1999, mediante la entrega en dinero en efectivo o Bonos del Tesoro Público.
265. Para acogerse a este régimen, las empresas del sistema financiero debían cumplir con los siguientes requisitos:
 - a. El portafolio transferido debía estar cubierto con garantías cuyos índices estén por encima del total del crédito que

- respalda, al valor de realización, permanentemente actualizado.
- b. Contar con un programa de fortalecimiento patrimonial, que necesariamente conlleve aportes de capital en efectivo, propios o de terceros, y que incluya la capitalización de utilidades. Este programa debía ser aprobado por la Superintendencia.
 - c. El portafolio a ser transferido no podía ser mayor al patrimonio de la institución financiera.
266. La transferencia de este portafolio restringiría la realización por parte de la institución financiera de nuevas colocaciones a empresas vinculadas, así como no importaría la reducción de provisiones.
267. Asimismo, el año siguiente mediante Decreto Supremo N° 099-99-EF (**Anexo II-023**), se autorizó al MEF que emitiera Bonos del Tesoro Público hasta por cuatrocientos millones de Dólares. Los recursos para dicha emisión provendrían del monto de dos mil cuatrocientos millones de Nuevos Soles aprobados para emisión de deuda por parte del Tesoro Público, mediante Ley N° 27011, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para 1999 (**Anexo II-028**).
268. De otro lado, el referido Decreto Supremo N° 099-99-EF, estableció que las empresas bancarias del sistema financiero pudieran transferir a favor del MEF parte de su portafolio, recibiendo a cambio los Bonos del Tesoro Público arriba señalados.
269. La cartera a transferirse no incluiría deudas de otras entidades financieras. Asimismo, tampoco podía ser transferida la cartera

de créditos calificada como pérdida, ni los contratos de arrendamiento financiero.

270. El portafolio transferido debía estar garantizado, pudiéndose sustituir total o parcialmente, conforme a las normas reglamentarias aplicables.
271. Conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 099-99-EF, las instituciones financieras que transfieran al MEF su portafolio, recibirían el mismo en calidad de fideicomiso, a fin de que continúen gestionando su recuperación de acuerdo con el contrato que se suscribiera al respecto. El referido fideicomiso estaría constituido por el principal del portafolio transferido.
272. El portafolio transferido en virtud de esta norma, debía ser readquirido a partir del ejercicio 2001 y con anterioridad al cierre de cada ejercicio anual mediante la entrega de recursos en efectivo o bonos.
273. Para acogerse a este régimen, las empresas debían cumplir con los siguientes requisitos:
 - a. Contar con un plan de desarrollo aprobado por la Superintendencia, el que debía contener entre otros aspectos, compromisos de capitalización de utilidades, reforzamiento de control interno y, de ser el caso, el compromiso de efectuar aportes de capital en efectivo.
 - b. El portafolio a ser transferido no podía ser mayor al 50% del patrimonio efectivo y no podía exceder los cien millones de Dólares.

274. La transferencia de este portafolio no exoneraría a las instituciones financieras de cumplir con el cálculo de la cartera vinculada y de los límites individuales establecidos en la Ley de Bancos, ni importaría la reducción de provisiones.
275. Como se desprende de lo expuesto, los programas de rescate financieros aprobados en 1998 y 1999, tenían por finalidad que las instituciones del sistema financiero reforzaran su situación patrimonial, retirando de sus estados financieros cartera morosa sustituyéndola por activos de riesgo soberano como lo eran los Bonos del Tesoro Público (canjes de cartera por Bonos del Tesoro), hasta que pudieran recomprar por partes la referida cartera en los ejercicios posteriores.
276. Los programas de rescate, a diferencia del Programa de Consolidación, no prevenían (ni restringían) la participación de instituciones financieras sujetas a régimen de intervención. En este escenario, y básicamente debido a que se trata de programas para evitar la sujeción de las instituciones financieras a dicho régimen de intervención⁷⁴, tales programas de rescate no excluían a los accionistas de las instituciones financieras que se sometieran a los mismos de la administración de dichas instituciones ni de la ejecución del programa de rescate.
277. Asimismo, debe tomarse en cuenta que el Régimen Especial Transitorio establecido por el Reglamento Operativo no puede ser equiparado sin mayor análisis al régimen de intervención, puesto que en este segundo caso, es claro conforme a la

⁷⁴ Al respecto cabe precisar que una de las consecuencias del régimen de intervención es la pérdida de control del banco por parte de su administración y de sus accionistas. Efectivamente, la competencia de la Junta General de Accionistas se limita exclusivamente a las materias referidas en el régimen de intervención.

normativa aplicable que luego de la intervención pueden presentarse dos escenarios: (i) la liquidación de la empresa, en cuyo caso los accionistas mantienen un derecho expectante sobre el remanente, y/o (ii) una posible rehabilitación, en la que los acreedores pueden decidir capitalizar acreencias y llevar adelante la empresa, sin excluir necesariamente a los accionistas originales. En cambio, en el Régimen Transitorio de resultar "exitoso" (es decir, en caso concreto su finalidad de transferencia de la institución sometida a intervención), los caminos mencionados están totalmente negados, dando lugar a un escenario en el que el régimen favorece a un tercero ajeno a la empresa, que adquirirá la empresa en intervención a un buen precio no negociado ni por los accionistas ni por los acreedores de la empresa.

278. Otra diferencia sustancial, resultan ser los procesos de liquidación. Cabe destacar que cuando una empresa entra en proceso de liquidación, al tratarse de una empresa que ya no está en operaciones, su única finalidad es hacer líquidos los activos para poder pagar deudas, pudiendo efectivamente ocurrir que aunque el patrimonio contablemente de la entidad intervenida sea negativo, que éste se convierta en positivo, alcance para pagar deudas y sobre remanente a favor de los accionistas. Es por esta razón que el artículo 40° de la Resolución SBS N° 0455-99 (**Anexo II-012**) que aprobó el Reglamento de los Regímenes Especiales y de la Liquidación de las Empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, establece que, "*Liquidadas totalmente las acreencias aprobadas, efectuada la provisión suficiente para los créditos que fueren materia de litigio, (...) De haber activos remanentes, la persona jurídica liquidadora está obligada a convocar a Junta General de Accionistas. (...) En la ocasión*

mencionada, los accionistas nombrarán a una o más personas como liquidadores a fin de que culminen con la liquidación. Dichos liquidadores deberán distribuir los activos de la empresa y consignar las sumas no reclamadas en cualquier empresa del sistema financiero de la plaza o cercana a ella.”. De este modo, en el caso de las empresas del sistema financiero se protege el derecho de los accionistas al remanente, hecho que no ocurría en el caso del Régimen Especial Transitorio.

279. Efectivamente, tal como se encontraba diseñado, el Régimen Especial Transitorio, a diferencia del régimen de intervención de la Ley de Bancos, no prevé ninguna posibilidad de que la empresa pueda ser rehabilitada por sus accionistas, vía aumentos de capital o alguna otra medida similar, ni por sus acreedores, a través de la capitalización de créditos. El Régimen Especial Transitorio está diseñado básicamente para que una empresa sujeta a intervención sea absorbida por otra entidad bancaria o financiera, sin que para ello se requiera la aceptación o participación de sus accionistas o acreedores. Así, en caso dicho régimen resultara “exitoso” la consecuencia natural de ello sería la pérdida de sus accionistas de sus derechos a cualquier remanente que hubiera podido generarse en caso de liquidación.
280. A todo lo expuesto hay que agregar que el Programa de Consolidación en el caso de empresas sujetas a régimen de intervención, es decir a empresas fuera de operaciones y con el patrimonio protegido, no guarda relación alguna con un régimen que busca solucionar o evitar un problema de crisis o pánico financiero. Con la sujeción al régimen de intervención de la empresa se puede decir que el daño que puede causar una crisis o pánico financiero ya está consumado, y por ende,

la finalidad que buscaba el Programa de Consolidación de fortalecer el sistema financiero ante la crisis financiera pierde todo sustento. Tal como estaba diseñado, el Programa de Consolidación aplicado a una empresa sujeta en intervención sólo terminó anulando el derecho de los accionistas a un posible remanente o de los acreedores de rehabilitarla en caso la consideren viable.

281. Finalmente, al igual que el Programa de Consolidación los programas de rescate no establecían medidas directas para resolver problemas agudos de liquidez que eventualmente se produjeran en un caso de pánico financiero. Así, las medidas establecidas por el Poder Ejecutivo a través de los programas financiados con fondos del Tesoro Público, no fueron establecidas con la finalidad directa de resolver situaciones de emergencia que se produjeran a raíz de una corrida masiva de ahorros en el sistema financiero.

4.4 El rol de los Interventores de la Superintendencia a propósito de la reclasificación de cartera.-

4.4.1 El Principio de Legalidad en la Administración.-

282. El Principio de Legalidad rige la actuación de todas las entidades de la Administración. Este principio tiene un doble significado. Por una parte, implica que la Administración sólo puede ejercer aquellas competencias que le hayan sido previamente atribuidas mediante una ley; y, de otro lado, significa que en el ejercicio de esas competencias la Administración está obligada a respetar el ordenamiento jurídico en general.

283. Toda actuación de la Administración debe tener su origen en una ley; y a su vez, esa actuación encuentra sus límites en el ordenamiento jurídico general. En palabras de García de Enterría y Fernández: *"(...) no sólo la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho Administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico - administrativo que admita semejante acción (...). Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado"*⁷⁵.
284. El Principio de Legalidad o de vinculación positiva de la Administración a la ley, está recogido de manera genérica en el artículo 45º de la Constitución, que establece lo siguiente: *"El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen"*. Asimismo, el numeral 1.1 del artículo IV de la Ley N° 27444, dice que *"Las autoridades administrativas deben de actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron concedidas"*.
285. En este orden de ideas, mientras que la actuación de los sujetos de derecho privado se rige por el Principio de Libertad consagrado en el artículo 2º numeral 24 literal a) de la

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II, Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 416. (Anexo III-017).

Constitución⁷⁶, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultados. La actuación de la Administración Pública supone pues, una relación de subordinación a la ley.

4.4.2 Las facultades de la Administración.-

286. Como hemos explicado, la actuación de la Administración constituye el ejercicio de un poder atribuido previamente por un dispositivo legal.
287. La ley puede conferir potestades administrativas a través de dos modalidades: mediante la determinación concreta de todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, definiéndola en todos sus términos y consecuencias; o mediante el establecimiento de algunas pautas del ejercicio de la potestad atribuida, remitiendo a la estimación discrecional de la Administración el resto de ellas. En el primer caso estamos ante potestades regladas, y en el segundo, ante potestades discrecionales de la Administración.
288. Al respecto, Gordillo señala que *"(...) la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización de un interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración"*⁷⁷.

⁷⁶ El artículo 2º de la Constitución dice lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". (Anexo II-001).

⁷⁷ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Lima, Ara editores, 2003, p. X-10. (Anexo III-018).

289. El poder discrecional de la Administración aparece pues como un margen de libertad que se opone al carácter reglado de las facultades administrativas. Sobre esta actuación discrecional, Dromi expresa que *"(..) es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a fin de valorar la oportunidad de la acción y de su contenido. La discrecionalidad es la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad, dentro de los fines de la ley"*⁷⁸.
290. Nótese que la apreciación subjetiva de la Administración no se desarrolla al margen de la ley. Por el contrario, es la ley la que determinará el ámbito para la aplicación de dicha discrecionalidad.
291. En este orden de ideas, la discrecionalidad administrativa no significa arbitrariedad. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas justas, es decir, entre soluciones que respetan los límites que impone el ordenamiento jurídico.
292. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *"La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la Administración (...). En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con*

⁷⁸ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 245. (Anexo III-019).

las circunstancias en donde será utilizada⁷⁹ (el subrayado es agregado).

293. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico consagra el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado: *"De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: (...) a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. (...) b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. (...) En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad"*⁸⁰.
294. Sobre el principio jurídico comentado, el Tribunal Constitucional agrega: *"El concepto de lo arbitrario aparece tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica"*⁸¹.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Anexo IV-004).

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Anexo IV-004).

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Anexo IV-004).

295. Conforme a las consideraciones expuestas en el presente acápite, las facultades discrecionales no pueden ser ejercidas con arbitrariedad, sino que deben contar con fundamentación objetiva y atender siempre a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

4.4.3 El caso concreto.-

296. Teniendo en cuenta que una de las funciones los interventores de la Superintendencia es justamente la determinación real del patrimonio de la entidad financiera sujeta a régimen de intervención, me referiré al rol de los interventores de la Superintendencia a propósito de la reclasificación de cartera y el establecimiento de provisiones.

297. Para determinar el rol de los interventores y a efectos de analizar la normativa respecto a la evaluación y clasificación del deudor y la exigencia de provisiones para empresas del sistema financiero, corresponde revisar la norma vigente el año 2000, la Resolución SBS N° 572-97, Reglamento Aplicable a las Empresas del Sistema Financiero para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones (en adelante, la "Resolución") (**Anexo II-029**).

298. La Resolución señala que la evaluación de un sujeto para el otorgamiento de un crédito se encuentra determinada por su capacidad de pago, la cual está definida conjuntamente por su flujo de fondos y sus antecedentes crediticios.

299. En ese sentido, la Ley de Bancos establece en su artículo 222° lo siguiente: *"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 del servicio y pago de deuda del deudor. El criterio básico es la capacidad de pago del deudor. Las garantías tienen carácter subsidiario."

300. De esta forma, y teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos anteriores, el proceso de evaluación y clasificación de los deudores deberá ser revisado por un órgano independiente a las áreas encargadas del otorgamiento de los créditos o en su defecto, por la Unidad de Auditoría Interna, con dependencia directa del Directorio u órgano equivalente de la empresa.
301. Ahora bien, la Resolución establece con respecto a los procedimientos de seguimiento y control por la Superintendencia referidos a la evaluación y clasificación de deudores y la exigencia de provisiones, que ésta última evaluará regularmente el cumplimiento de las disposiciones bajo las cuales se realiza el proceso de evaluación y clasificación de los deudores de la cartera de créditos.
302. Es así que, de ser el caso la Superintendencia dispondrá la reclasificación en las categorías de riesgo correspondientes a aquellos deudores que, a su juicio, la empresa hubiera clasificado sin ajustarse a las normas sobre la materia.
303. En ese sentido, es necesario precisar que si bien la Superintendencia cuenta con facultades discrecionales respecto a la revisión de la clasificación y evaluación de los deudores, para efectos de proceder a la reclasificación de los deudores, dichas facultades se encuentran limitadas al

cumplimiento o no de las normas referidas a la evaluación y clasificación de deudores de la cartera crediticia, al establecer la norma que dicha reclasificación de los deudores sólo podrá darse cuando la Superintendencia aprecie que la clasificación no se hubiese ajustado a las normas pertinentes.

304. Ahora bien, respecto de la exigencia de provisiones, la Resolución precisa que la exigencia de provisiones se realiza en base a la calificación crediticia obtenida por los deudores de la cartera crediticia.
305. De esta forma la Resolución define dos tipos de provisiones, las provisiones genéricas y las provisiones específicas, cada una de estas atendiendo a una clasificación de los deudores distinta.
306. Las provisiones genéricas son aquellas que se constituyen de manera preventiva, con relación a créditos directos e indirectos y operaciones de arrendamiento financiero de deudores clasificados en categoría normal, mientras que las provisiones específicas son aquellas respecto de las cuales se ha identificado específicamente un riesgo superior al normal.
307. Luego, la Resolución establece que ante un supuesto en que la Superintendencia, como producto de una verificación selectiva de la clasificación de los deudores de la cartera de créditos comerciales, computara la exigencia de provisiones totales superiores a las calculadas por la empresa, esta última deberá constituir inmediatamente dichas provisiones, o en su defecto, realizar una reducción de su patrimonio efectivo.

308. Cabe resaltar que la norma que se encuentra vigente actualmente, el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, aprobado mediante Resolución SBS N° 11356-2008 (**Anexo II-030**), que reemplaza a la Resolución, establece con respecto a lo desarrollado en el párrafo precedente que ante el caso que como producto de una verificación selectiva de la clasificación de los deudores de la cartera de créditos comerciales, la Superintendencia computara la exigencia de provisiones totales superiores a las calculadas por la empresa, esta última deberá constituir inmediatamente dichas provisiones.
309. Esto último no difiere de lo dispuesto por la norma vigente al año 2000, sin embargo, la norma vigente a la fecha del presente informe no contempla la posibilidad que ante el incumplimiento de la constitución inmediata de provisiones a solicitud de la Superintendencia, se pueda proceder a la reducción del patrimonio efectivo de la empresa financiera involucrada.
310. Por el contrario, la norma vigente a la fecha del presente informe establece que ante el supuesto desarrollado en el párrafo anterior, se procederá a la reclasificación de los deudores en cuestión, encontrándose facultada la Superintendencia inclusive para requerir a la empresa la reevaluación del íntegro de la cartera de créditos.
311. Por las consideraciones expuestas, puedo concluir que el rol de los interventores designados por la Superintendencia en materia de reclasificación de cartera crediticia, consiste en llevar a cabo la revisión de la clasificación de los deudores que conforman la cartera crediticia, estando facultados para

proceder a la reclasificación de los deudores únicamente cuando su clasificación se hubiese realizado sin respetar los criterios establecidos para la evaluación y clasificación de los deudores establecidos en el Reglamento de Clasificación del Deudor (Resolución SBS N° 572-97) y en la Ley de Bancos.

312. Por lo tanto, cualquier exigencia adicional de provisiones con la finalidad de determinar el patrimonio real de una empresa del sistema financiero en intervención por parte de los interventores de la Superintendencia, sólo puede realizarse sobre la base de una reclasificación de deudores que, a su vez, se encuentre sustentada en caso la clasificación original se hubiese realizado sin respetar los criterios establecidos para la evaluación y clasificación de los deudores establecidos en el Reglamento de Clasificación del Deudor (Resolución SBS N° 572-97) y en la Ley de Bancos.
313. A mayor abundamiento, debo señalar que en cualquier caso las atribuciones de los interventores de la Superintendencia destinadas a que éstos puedan determinar el real patrimonio efectivo de una empresa del sistema financiero sujeta a intervención no pueden ser ejercidas de manera arbitraria, sino que deben respetar las normas y criterios aplicables a todos los aspectos contables que afecten al patrimonio efectivo, incluyendo la clasificación del deudor y el establecimiento de provisiones, entre otros aspectos. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo previsto por el numeral 13 del artículo 349° de la Ley de Bancos, según el cual *"Son atribuciones del Superintendente, (...) 13. Dictar normas generales para precisar la elaboración, presentación y publicidad de los estados financieros, y cualquier información complementaria,*

cuidando que se refleje la real situación económica-financiera de las empresas (...)" (el resaltado es nuestro).

314. De este modo, bajo cualquier circunstancia el rol de los interventores de la Superintendencia en la determinación del patrimonio real de una empresa financiera sujeta a intervención, debe sujetarse estrictamente a las normas contables que resulten aplicables, las mismas que a su vez, deben tener como finalidad que se revele la real situación económica y financiera de las empresas, más aún si son establecidas por la propia Superintendencia.
315. Para la elaboración del presente reporte, solicité la disposición de los informes técnicos y legales que sustentaron la reclasificación de la cartera del BNM desde el periodo diciembre del año 2000 al mes de julio del año 2001, informándome los abogados de la Demandante que el Estado ha señalado en el proceso de Discovery que dichos documentos no existen. Dicha contingencia no solo limita la evaluación de los criterios empleados por la Superintendencia en la reclasificación de la cartera, sino que, en mi opinión y conforme a los párrafos precedentes referidos a la actuación discrecional de la Administración, dicha reclasificación resulta arbitraria por ausencia de sustento.

4.5 El Reglamento de Subasta de Depósitos Públicos.-

316. Los fondos de las entidades del sector público ascienden a cantidades importantes que ciertamente pueden afectar los resultados de una empresa del sistema financiero, por lo que su captación por parte de las empresas del sistema financiero resulta bastante atractivo en cualquier escenario,

especialmente en uno de poca liquidez, tal como aconteció en 1998 y los años siguientes a raíz de la crisis financiera desatada en 1997.

317. Efectivamente, antes de 1998 en el Perú los fondos pertenecientes a las entidades públicas y al propio Estado se encontraban colocados mayoritariamente en cuentas del Banco de la Nación. A partir del referido año se detecta clara una tendencia del Estado por inyectar de liquidez al sistema financiero, mediante el depósito de sus fondos en las instituciones financieras, no sólo con la finalidad de fortalecerlo, sino también por la búsqueda del Estado por obtener mejores condiciones para sus depósitos.
318. En el marco de lo señalado anteriormente, se promulgaron el Decreto de Urgencia N° 052-98 con fecha 30 de septiembre de 1998 (**Anexo II-031**), y los Decretos Supremos N°s 101-98-EF (**Anexo II-032**) y 115-98-EF (**Anexo II-033**), de fechas 7 de octubre de 1998 y 7 de diciembre de 1998, respectivamente, con la finalidad expresa de regular la colocación de los fondos públicos en empresas del sistema financiero a fin de fortalecerlo.
319. Ahora bien, de la revisión de dichas normas se puede apreciar que éstas contenían medidas prudenciales con respecto a temas puntuales sobre las colocaciones a efectuarse, así como disponían la constitución de un comité especial encargado de dirigir, coordinar y supervisar las acciones que se requieran para el cumplimiento de lo dispuesto en el referido Decreto de Urgencia, y a precisar que el procedimiento para la colocación de fondos públicos en el sistema financiero se efectuaría mediante subasta y se debía regir por el Reglamento de

Colocación de Fondos y el criterio de asignación por límites establecidos por el Comité Especial.

320. Si bien del texto de las normas antes citadas no se desprende a qué norma exactamente hacen referencia al mencionar el Reglamento de Colocaciones, por el contenido que asignan a dicho reglamento (regula el proceso de subasta para asignar los fondos públicos), éstas en mi opinión se refieren indudablemente a la Circular N° 029-98-EF-90 (en adelante, la "Circular") (**Anexo II-009**), la cual efectivamente tenía por objeto regular las subastas que se llevarían cabo para efectos de asignar los fondos públicos depositados en el Banco de La Nación a las empresas del sistema financiero interesadas.
321. La Circular regulaba que la asignación de fondos públicos a empresas del sistema financiero no podía realizarse por un monto mayor al equivalente al patrimonio efectivo de cada empresa del sistema financiero receptora de los fondos. El cumplimiento de dicho límite debe ser comprobado de conformidad con lo dispuesto por el último informe de la Superintendencia respecto del patrimonio efectivo de cada empresa.
322. En los referidos procedimientos de subastas para la asignación de fondos públicos, señalaba la Circular, sólo podían participar las empresas del sistema financiero que se encuentren en el modulo 3 del artículo 290⁸² de la Ley de Bancos, siempre y cuando estas últimas no se encuentren sujetas al régimen de vigilancia establecido por la referida norma.

⁸² Artículo derogado por el Decreto Legislativo N° 1028, publicado el 22 de junio de 2008 (ver en Anexo II-002).

323. La asignación de los fondos públicos de conformidad con lo dispuesto en la Circular se llevaba a cabo ordenando las ofertas de mayor a menor, en función de su tasa de interés, procediendo el BCR a asignar los fondos en ese orden hasta cubrir el monto subastado. Por lo tanto, se trata de un régimen que sólo consideraba el patrimonio efectivo de las instituciones financieras como límite para la colocación de fondos, y la tasa de interés como factor para definir dicha colocación, no tomando en cuenta otros factores que fueron considerados posteriormente con la dación de nuevas normas.
324. A la fecha se encuentra vigente la Resolución Ministerial N° 087-2001-EF-10, Reglamento de Colocaciones de los Fondos de Entidades del Sector Público en el Sistema Financiero (en adelante, el "Reglamento de Colocaciones") (**Anexo II-025**), el cual establece el procedimiento para la colocación de fondos de entidades del sector público en empresas del sistema financiero, norma que ha reemplazado el procedimiento previsto en la Circular.
325. El Reglamento de Colocaciones, a diferencia de la Circular, la cual únicamente establece como límite que las colocaciones de fondos no excedan del patrimonio efectivo de la empresa donde estos se colocan, establece límites y plazos de colocación utilizando como parámetro el nivel de participación de las entidades públicas en las empresas del sistema financiero. Por lo que ha perfeccionado el mecanismo de asignación previsto en la Circular, que no tomaba en cuenta el grado de concentración al que podían llegar las empresas del sistema financiero con la captación de recursos provenientes de las entidades públicas y por ende, el grado de dependencia

que dichas entidades podían desarrollar respecto de tales depósitos.

326. Sin embargo, cabe precisar que si bien el Reglamento de Colocaciones establece límites y plazos de colocación y mejores condiciones que las previstas originalmente en la Circular, en ambos casos no se presentan límites o parámetros que *regulen el retiro de los fondos* de las entidades del sector público en el sistema financiero.
327. En ese sentido, a pesar que la legislación no establece límites ni restricciones con respecto al retiro de los fondos de las entidades del sector público que son depositados en empresas del sistema financiero, teniendo en cuenta la obligación del Estado de garantizar el ahorro público, ya sea a través de la Superintendencia, el BCR y el MEF, el Estado está en la obligación de no afectar al sistema financiero con su comportamiento como depositante, no sólo en la colocación de los depósitos en el sistema (no generando situaciones de dependencia o de concentración que distorsionen la estructura de fondos), sino principalmente en la salida de los mismos, la cual debe ser llevada a cabo de manera razonable a fin de no causar situaciones de pánico financiero ni atentar contra la solidez del sistema financiero ni el orden económico.
328. En este escenario resulta ilustrativo lo que se reguló en el Programa de Consolidación en el año 2001, en cuyo caso se dispuso que las entidades públicas que producto de depósitos de fondos públicos registraran excesos sobre sus límites máximos de colocación en la institución financiera adquirente, debían realizar la adecuación de límites a que hace referencia el Artículo 7° del Reglamento de Colocaciones aprobado por la

Resolución Ministerial N° 087-2001-EF/10⁸³ mediante retiros mensuales en partes iguales por el período mínimo de dieciocho (18) meses y un máximo de treinta y seis (36) meses. Denotando así que en todo caso, aún cuando hay un exceso en los depósitos, el retiro de fondos no puede ser abrupto y desordenado.

329. De este modo, si bien los fondos que el Estado deposite en el sistema financiero tienen la calidad de fondos públicos y por ello deben ser protegidos, cualquier intento de protección por parte del Estado de tales fondos no puede generar una situación de pánico financiero que termine por afectar gravemente al propio sistema financiero en el que justamente se están depositando dichos fondos.

4.6 El cierre de los Estados Financieros de los bancos sometidos a régimen de intervención.-

330. El Manual de Contabilidad para las Empresas del Sistema Financiero (en adelante, el "Manual"), aprobado mediante Resolución SBS N° 895-98 (**Anexo II-034**), recién entró en vigencia el 1° de enero de 2001, por lo que el Plan de Cuentas para Instituciones Financieras aprobado por Resolución SBS N° 1256-92 (en adelante, el "Plan de Cuentas") (**Anexo II-035**), era la norma vigente hasta el año 2000, junto con las Normas Internacionales de Contabilidad (en adelante, "NIC") vigentes a dicha fecha.

331. Con respecto a la norma vigente, el Manual es un documento que contiene las disposiciones a las que deben ceñirse las

⁸³ Norma que regula a partir del 2001 la colocación de fondos públicos en las instituciones financieras.

empresas del sistema financiero para llevar su contabilidad y elaborar sus estados financieros.

332. El Manual en el inciso h) de su primer capítulo dispone con respecto al cierre del ejercicio económico que este deberá producirse al 31 de diciembre de cada año, salvo que la Superintendencia disponga un tratamiento alternativo para un caso en particular.
333. Sobre este último particular debe tenerse en cuenta lo previsto por el numeral 13 del artículo 349º de la Ley de Bancos, según el cual "*Son atribuciones del Superintendente, (...) 13. Dictar normas generales para precisar la elaboración, presentación y publicidad de los estados financieros, y cualquier información complementaria, cuidando que se refleje la real situación económica-financiera de las empresas (...)*" (el resaltado es subrayado).
334. De este modo, aunque conforme al Manual la Superintendencia tuviera la posibilidad de disponer un tratamiento alternativo a la fecha de cierre de los estados financieros, dicho tratamiento no podría tener como resultado que no se refleje la real situación económica-financiera de la empresa financiera a dicha fecha.
335. Efectivamente, este tipo de disposición se encuentra básicamente relacionada a la situación en la que una empresa del sistema financiero requiere de una fecha de cierre de sus estados financieros distinta al 31 de diciembre por razones técnicas, como por ejemplo el hecho que su casa matriz extranjera (con la que consolida estados financieros) tuviera un ejercicio económico distinto, y por ende una fecha de cierre diferente, siendo necesario que la empresa subsidiaria

supervisada por la Superintendencia presente estados financieros consolidados con una fecha de cierre distinta al 31 de diciembre.

336. Evidentemente, no puede considerarse que esta facultad de la Superintendencia se encuentra referida a la fecha en la que se debe concluir con el proceso de elaboración de los estados financieros luego de pasada la fecha de cierre de los mismos.
337. En este sentido, el Manual dispone que el plazo para la presentación de los estados financieros correspondientes al cierre del ejercicio anual a la Superintendencia sea de máximo quince (15) días útiles siguientes a la fecha de cierre de acuerdo a lo precisado en el párrafo anterior, siendo así que se debería concluir con la elaboración de los referidos estados financieros en el mismo plazo.
338. Del mismo modo, el Manual establece que los estados financieros anuales auditados deberán presentarse a la Superintendencia a más tardar el último día hábil del mes de febrero del año siguiente al ejercicio auditado, y por ende, esa debería ser la fecha máxima para culminar la elaboración de los estados financieros de una empresa del sistema financiero.
339. Es necesario precisar que el Manual se aplica a las empresas del sistema financiero, indistintamente de si estas se encuentran bajo el régimen de intervención, es decir, no existe una norma distinta del Manual que se aplique específicamente para la contabilidad de empresas del sistema financiero bajo el régimen de intervención. Por lo tanto, en tales circunstancias la fecha de cierre de los estados financieros de una empresa en intervención corresponde al 31 de diciembre y las fechas

finales para su elaboración deberían corresponder a los plazos antes indicados.

4.7 La reducción del capital social a cero y la incidencia en el derecho de propiedad de los accionistas.-

340. Durante el Régimen de Intervención, mediante Resolución SBS N° 284-2001 del 18 de abril de 2001 (**Anexo V-004**), la Superintendencia declaró el sometimiento del BNM al Régimen Especial Transitorio previsto en el Decreto de Urgencia N° 108-2000 que aprobó el Programa de Consolidación. En este contexto, mediante Resolución SBS N° 509-2001 del 28 de junio de 2001 (**Anexo V-005**), la Superintendencia modificó el artículo 5° del Estatuto Social del BNM, reduciendo su capital social a cero nuevos soles⁸⁴.
341. Desde un punto de vista societario, la reducción del capital social a 0 es un imposible jurídico, pues ella implicaría la inmediata extinción de la sociedad. En efecto, tal medida supondría eliminar el elemento social de donde emanan las acciones y que habilita el inicio y marcha de la sociedad.
342. En este sentido, Elías sostiene que *"La reducción no puede afectar la totalidad del capital, pues no es legalmente factible la existencia de una sociedad sin capital, lo que además está contemplado como causal de disolución en el artículo 407 de la Ley General de Sociedades"*⁸⁵.

⁸⁴ Cabe precisar que esta Resolución fue declarada inaplicable según Resolución N° 18 del 23 de octubre de 2002, expedida por el 63° Juzgado Civil de Lima (**Anexo V-006**), confirmada por la Resolución s/n del 11 de agosto de 2003, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. (**Anexo V-007**).

⁸⁵ ELIAS, Enrique. Derecho Societario Peruano, Tomo II, Editora Normas Legales S.A., Lima, 1999, p. 561. (**Anexo III-020**). Cabe señalar que según el artículo 407° de la Ley General de Sociedades, *"La sociedad se disuelve por las siguientes causas: (...) Pérdidas que reduzcan*

343. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha expresado que *"(...) la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) es imposible, en tanto ello implicaría la desaparición de la misma, en virtud de la desaparición de la fuente de donde emana todo el conjunto de acciones que permite la titularidad de los accionistas y la vida de la sociedad"*⁸⁶.
344. Ahora bien, esta medida administrativa de la Superintendencia no sólo contraviene disposiciones societarias sobre la pervivencia de la sociedad, sino que fundamentalmente afecta el derecho de propiedad de los accionistas, los cuales ven vulneradas sus titularidades (acciones) en la sociedad.
345. En palabras del Tribunal Constitucional: *"Con la reducción a 0 (cero), además, no sólo se elimina el soporte económico – material de la sociedad, sino que se anula todo poder jurídico que da posibilidad de actuación a cualquier accionista. Involucra pues no sólo la pérdida de todo el dominio material de la empresa, sino la pérdida de todo el patrimonio accionario del socio y, por ende, su propia calidad de ta"*⁸⁷ (el subrayado es agregado).
346. El Tribunal Constitucional agrega: *"(...) una vez efectuada la reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas pierden las titularidades de todas sus acciones, es decir, su patrimonio accionario es afectado en el grado máximo (afectación del derecho de propiedad) y, como consecuencia de ello, también*

el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente".

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00228-2009-PA/TC. (Anexo IV-005).

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00228-2009-PA/TC. (Anexo IV-005).

pierden la calidad de accionistas, esto es, el atributo jurídico que los hace pertenecer a la sociedad (afectación del derecho a la libre iniciativa privada y el derecho de asociación)⁸⁸ (el subrayado es agregado).

347. De este modo, considero que la Resolución SBS N° 509-2001, acto administrativo por el que se redujo el capital del BNM a cero, constituye una clara afectación al derecho de propiedad de los accionistas de BNM.
348. Adicionalmente, cabe agregar que la Superintendencia no estaba habilitada legalmente a tomar una medida de tal magnitud, lo cual hace más evidente la arbitrariedad de su actuación contra el derecho de propiedad de los accionistas del BNM. Efectivamente, como la propia Resolución SBS N° 509-2001 señala, la Superintendencia llevó a cabo esta reducción a cero del capital social del BNM aplicando lo previsto en una modificación del Reglamento Operativo que fue expedida luego de la intervención del BNM el día 13 de abril de 2001 con la aprobación de la Resolución Ministerial N° 124-2001-EF-10 (**Anexo II-022**). Con esta modificación normativa se le dio a la Superintendencia la facultad para *"a) determinar el patrimonio real y cancelar las pérdidas con cargo a las reservas legales y facultativas, y en su caso, al capital social (...)"*. Sin embargo, una norma de este rango (infralegal) no puede ser contraria ni aplicada de manera contraria a lo establecido por una norma de rango superior como la Ley General de Sociedades.
349. Asimismo, y tal como he advertido, debe tomarse en cuenta que el Régimen Especial Transitorio establecido por el Reglamento Operativo no puede ser equiparado al régimen de

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00228-2009-PA/TC. (**Anexo IV-005**).

intervención previsto en la Ley de Bancos, toda vez que de resultar exitoso, el Régimen Especial Transitorio, a diferencia del régimen de intervención de la Ley de Bancos, da lugar a un escenario en el que se favorece a un tercero totalmente ajeno a la empresa sujeta a dicho régimen especial, sin tomar en cuenta los intereses de los accionistas y los acreedores de dicha empresa como sí se hace en el régimen de intervención previsto en la Ley de Bancos.

350. De esta manera, en mi opinión, por más que el Reglamento Operativo autorizaba a la Superintendencia a aplicar pérdidas contra capital, no correspondía llevar el capital a cero en un escenario que como en el Régimen Transitorio no se respetaría los derechos de los accionistas al remanente ni de los acreedores a rehabilitar la empresa (derechos que sí se respetan en el régimen de intervención regulado en la Ley de Bancos). Por lo tanto, en mi opinión, el Reglamento Operativo en el que se basó la Superintendencia para reducir el capital a cero y emitir la Resolución SBS N° 509-2001 no sólo era contrario a la Ley General de Sociedades, sino también a la Ley de Bancos, y fue además, aplicado de manera que efectivamente conculcó el derecho de propiedad de los accionistas protegido por la Constitución, la Ley General de Sociedades y la propia Ley de Bancos.
351. En este orden de ideas, la Resolución N° 509-2001 afectó el derecho de propiedad de los accionistas del BNM, pues al reducir el capital a cero eliminó las titularidades de los accionistas en la sociedad. En este sentido, llama poderosamente la atención cómo un acto que vulnera

flagrantemente el derecho constitucional de propiedad⁸⁹ puede servir de fundamento jurídico para la resolución que finalmente declaró la disolución del BNM.

352. En efecto, la Resolución SBS N° 775-2001 del 18 de octubre de 2001 (**Anexo V-008**) dispuso la disolución del BNM y el inicio del proceso de liquidación respectivo, por las causales detalladas en la parte considerativa de dicha resolución, entre las que se advierte la reducción del capital a cero a que se refiere la Resolución N° 509-2001. En este sentido la Resolución SBS N° 775-2001 contiene de un evidente vicio en la motivación, pues dicho acto administrativo tiene como fundamento jurídico una disposición abiertamente inconstitucional.
353. Por las consideraciones expuestas, puedo concluir que la reducción de 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 de BNM, viciando todo acto administrativo que posteriormente pudiera sustentarse en dicha situación.

V. CONCLUSIONES.-

354. Dado que no es posible negar la relación estrecha que existe entre la política monetaria y la estabilidad del sistema

⁸⁹ Según el artículo 70° de la Constitución, "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de 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. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

financiero, resulta evidente que el mandato constitucional contenido en el artículo 84 de la Constitución ordena al BCR, entre otras funciones, a intervenir en el sistema financiero a través del crédito con fines monetarios para dotarlo de liquidez y con ello de estabilidad. De este modo, existe la obligación del BCR de participar no sólo como dotador de liquidez al sistema financiero en épocas regulares, sino también y con mayor razón tiene la obligación de actuar como prestamista de última instancia en situaciones que afecten seriamente la estabilidad del sistema financiero como las crisis y el pánico financiero.

355. En este escenario resulta emblemático el caso de suspensión de obligaciones en el que puede caer una empresa del sistema financiero por falta de liquidez no relacionada a un problema de insolvencia estructural, sino principalmente a un escenario de pánico financiero (o corrida bancaria) que lleva a un banco saludable a una situación aguda de iliquidez (pasando directamente a una causal de intervención). En este caso, considero que es ineludible la obligación del BCR de intervenir no sólo para evitar una situación de falencia de un banco, sino especialmente para proteger al sistema financiero y evitar una situación de contagio.
356. El marco legal vigente al momento de la intervención del BNM (entiéndase la LOBCR, el Estatuto del BCR e inclusive sus circulares sobre la materia) contenía espacios y opciones que permitían al BCR otorgar un crédito con fines monetarios al BNM para evitar su sujeción al régimen de intervención. La discrecionalidad del BCR para decidir otorgar o negar este tipo de crédito, no significa, bajo ningún supuesto, que el BCR pueda actuar arbitrariamente y de manera no razonable.


357. En mi opinión de experto, el BCR no podía negar este tipo de financiamiento en un caso tan delicado como la inminente intervención de un banco en un escenario de pánico financiero, aduciendo el incumplimiento de normas reglamentarias (claramente no referidas a una situación extraordinaria como la que se presentaba con el BNM), o alguna otra razón, que no justifique adecuadamente su negativa. En todo caso, el BCR podía no otorgar el crédito, sólo si hubieran existido razones fundadas, razonables y proporcionales a la situación presentada, debidamente fundamentadas, como por ejemplo en el caso que el BNM al momento de la intervención hubiera sido un banco insolvente en una situación irreversible. No obstante, aún en este último caso, el BCR tenía la obligación de expresar la causa y justificar su decisión.
358. 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. 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. En el caso del BNM, se encuentra acreditado por las conclusiones del Congreso de la República del Perú, que la SBS no cumplió dicha labor.
359. El rol de los interventores designados por la Superintendencia en materia de reclasificación de cartera crediticia, consiste en llevar a cabo la revisión de la clasificación de los deudores que conforman la cartera crediticia, estando facultados para proceder a la reclasificación de los deudores únicamente cuando su clasificación se hubiese realizado sin respetar los

criterios establecidos para la evaluación y clasificación de los deudores establecidos en el Reglamento de Clasificación del Deudor (Resolución SBS N° 572-97) y en la Ley de Bancos. De acuerdo con la información que me ha sido proporcionada, en el caso del BNM no existe documentación que respalde la reclasificación de créditos que generó mayores provisiones destinadas a pérdidas, por lo que en ese escenario resulta arbitrario.

360. Nuestro ordenamiento jurídico no establece un mecanismo ni límites para el retiro de los fondos públicos colocados en entidades del sistema financiero, sin embargo, el Poder Ejecutivo (a través del MEF y de las entidades que dependen del mismo), la Superintendencia y el BCR no deben permitir que los retiros atenten contra la solidez del sistema financiero y el orden económico, lo cuales están obligados a salvaguardar.
361. De acuerdo a la normativa que regula el cierre de los estados financieros, el cierre de cada ejercicio debe realizarse el 31 de diciembre de cada año, por lo que no sería admisible imputar las pérdidas de años posteriores a un ejercicio, que debió haberse cerrado en su oportunidad.
362. La reducción del capital social a cero decretada por la Superintendencia no sólo se realizó en contravención a las disposiciones societarias peruanas y sin una habilitación legal expresa o sustentada en normas de menor rango, claramente contrarias a normas de rango superior, sino que también afectó el derecho de propiedad de los accionistas del BNM. Cabe agregar que la reducción del capital a cero ha sido sancionada por el Tribunal Constitucional peruano como una medida contraria a la propiedad de los accionistas.

Sin otro particular, quedamos de usted para cualquier aclaración y/o ampliación del presente.

Atentamente,



Albert Forsyth S.