CARGO

FORSYTH

ABOGADOS

OPINIÓN COMPLEMENTARIA DE TESTIGO EXPERTO EN DERECHO BANCARIO Y REGULATORIO OFRECIDA POR ALBERT FORSYTH EN RESPUESTA A LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL DEL DR. MANUEL MONTEAGUDO VALDEZ

Lima, 15 de Mayo de 2012

Forsyth Abogados S. Civil de R.L.
Av. Canaval y Moreyra N° 522, Piso 8 - Torre Wiese - San Isidro, Lima 27 - Perú
Teléfono +51-1-615-9999 P.E. No. 12825674

FORSYTH
ABOGADOS

BAJO LAS REGLAS DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Renée Rose Levy de Levi,
(Demandante)

v.

República del Perú
(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/10/17

Opinión Profesional Complementaria de Albert Forsyth Solari
Forsyth Abogados

ÍNDICE

I. ALCANCE DE LA OPINIÓN PROEFSIONAL COMPLEMENTARIA.....4

II. ANÁLISIS GENERAL DE LA DECLARACIÓN 5

III. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA DECLARACIÓN 9

IV. CONCLUSIONES DE LA OPINIÓN PROFESIONAL COMPLEMENTARIA 32

ANEXOS

I. ALCANCE DE LA OPINIÓN PROEFSIONAL COMPLEMENTARIA

1. Fui 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 Nº 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, el "BCR"), frente a la intervención, disolución y liquidación del Banco Nuevo Mundo (en adelante, "el BNM"). La referida opinión fue expedida el día 15 de agosto de 2011 (en adelante, "mi Opinión") y presentada con fecha 25 de agosto de 2011 por la Demandante como anexo a su Memorial Sobre los Méritos de la Demandante presentado ante el CIADI.

2. Como parte del Contra-Memorial de la Demandada Sobre los Méritos, se incluyó la Declaración del **Dr. Manuel Monteagudo, Gerente Jurídico del Banco Central de Reserva del Perú** [Exhibit RWS-009 de la Demandada], (en adelante "la Declaración"), la cual se refiere a mi Opinión indicando que sería incorrecta, para lo cual tacha como incorrectas sus consideraciones generales y ciertos puntos específicos mencionados en la Opinión. Así, la Declaración concluye que la descripción efectuada en mi Opinión respecto de las facultades legales y constitucionales del BCR no habría sido efectuada acertadamente.

3. Por tal motivo, mediante la presente opinión complementaria me referiré a la Declaración para rebatir sus argumentos y analizar su contenido, dado que en mi opinión, la Declaración basa sus conclusiones en una interpretación sesgada de la Constitución Política del Perú y la regulación peruana, así como de la realidad que se

presentó en el momento en que acontecieron los hechos materia de reclamo, con la finalidad de recortar la responsabilidad del BCR, y por ende de la Demandada en los hechos que antecedieron a la intervención y posterior disolución y liquidación del BNM.

4. En este sentido, me referiré a los puntos expuestos en la Declaración, haciendo una evaluación global de su contenido y de los aspectos no mencionados en la misma, así como menciones directas a ciertos aspectos de la Declaración y otros temas relevantes.

II. ANÁLISIS GENERAL DE LA DECLARACIÓN

5. En términos generales la Declaración busca sustentar la idea de que el BCR no tendría la función de prestamista de última instancia en el sentido expuesto en mi Opinión[1], dado que ni la Constitución ni la legislación se lo atribuyen abiertamente. Básicamente la Declaración concluye que la figura del prestamista de última instancia es una figura económica no prevista por nuestro ordenamiento jurídico reconociendo así la existencia de una laguna del derecho, vale decir, "*aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico*"[2] [ANEXO I del presente documento].

6. De este modo, la Declaración concuerda con mi Opinión, en el sentido que, con independencia de a quién le pudiera corresponder esa función (de prestamista de última instancia en épocas de crisis), no existía en ese momento (año 2,000) un marco jurídico en el Perú que regule dicha función en casos de pánico financiero, ni mucho menos que regule el comportamiento del Estado en caso se presentase una

[1] Ver párrafos 8,9, 10 y 11 de la Declaración.
[2] Rubio Correa, Marcial. "El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho". Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1993. Sexta Edición. Pág. 280.

situación de crisis financiera que estuviera afectando a todo el sistema financiero o a una buena parte de éste.

7. Dicho de otro modo, la Declaración llega al extremo de señalar categóricamente que no le corresponde al BCR esa función y que esa función no está prevista en las normas aplicables al BCR, pero no se atreve a señalar, como correspondería, a quién le tocaba esa función.

8. La pregunta que no responde la Declaración es clave, porque si entonces no le correspondía al BCR llevar a cabo esa función, entonces quién sí tenía esa función ¿la Superintendencia? ¿el Fondo de Seguros de Depósito[3])? ¿el Ministerio de Economía y Finanzas ("el MEF")[4]? Sobre el particular, no me cabe duda que el Estado debe asumir esa función, pues es la práctica común internacional desde que se presentaron las primeras crisis económicas y financieras en el mundo, y porque así lo señala nuestra Constitución, cuando en su artículo 87 indica expresamente que "***El Estado garantiza el ahorro*** *(...)*" y no distingue si esa garantía sólo le corresponde a la Superintendencia, al MEF, al BCR, al Fondo, al Poder Ejecutivo, al Congreso, etc., más aún si el BCR contaba con herramientas legales para poder llevar a cabo esa función.

9. ¿O es acaso que debemos suponer que en el Perú los inversionistas y el público ahorrista no se encuentran mínimamente protegidos ante las

[3] De acuerdo con el artículo 144 de la Ley de Bancos, "*El Fondo de Seguro de Depósitos es una persona jurídica de derecho privado de naturaleza especial regulada por la presente Ley, las disposiciones reglamentarias emitidas mediante decreto supremo y su estatuto, que tiene por objeto proteger a quienes realicen depósitos en las empresas del sistema financiero(...)*". Se trata de una entidad especialmente creada para dar cobertura a los depositantes de acuerdo con los límites previstos en la norma. El Fondo se financia con los aportes de las entidades del sistema financiero y se encuentra administrado por el Consejo de Administración, conformado por un representante de la Superintendencia, del BCR y del MEF.

[4] El MEF es el ministerio o secretaría del Poder Ejecutivo encargada de los asuntos económicos y financieros del gobierno, maneja los fondos y el presupuesto público, se le conoce también como tesoro público.

crisis económicas y financieras y que el Estado no se encuentra en capacidad de dar ese mínimo de garantía? Es mi convicción que eso no es así.

10. La Declaración no señala con claridad a quién le corresponde la función de prestamista de última instancia en caso de pánico financiero -como si esa figura no correspondiera ser considerada en un caso de crisis como la del año 2000. Sin embargo, la Declaración y mi Opinión coinciden en señalar que por sus funciones de estabilidad monetaria, el BCR contaba con la posibilidad legal de otorgar préstamos y redescuentos a las empresas del sistema financiero con la finalidad de dotar de liquidez a dicho sistema. Este es un hecho con el que ambos expertos estamos de acuerdo.

11. La cuestión de fondo entonces es determinar si la función de velar por la estabilidad monetaria prevista en la Constitución, incluye o no la tarea de velar por la estabilidad del sistema financiero y, por ende, de actuar como prestamista de última instancia. Es mi convicción que la respuesta es afirmativa y es a partir de esta convicción que busco en el desarrollo legal de este mandato constitucional sus alcances y limitaciones. Como resultado de dicha búsqueda es que detecto en este caso concreto la presencia de una laguna o vacío legal (por falta de desarrollo legal) pero no encuentro **un vacío constitucional**.

12. Por el contrario, la Declaración parte de plano que la función de preservar la estabilidad monetaria no incluiría la tarea de velar por la estabilidad del sistema financiero porque no encuentra en el desarrollo normativo un reconocimiento expreso de esa función. Así, la Declaración aplica claramente una interpretación restrictiva de nuestra Constitución, lo que ciertamente no es lo que usualmente se hace ante un texto de naturaleza principista que tiene como función esencial dar

un marco general de principios y valores fundamentales[5] [ANEXO II del presente documento].

13. La Declaración omite señalar que justamente la premisa de trabajo de mi Opinión es la presencia de esta laguna legal, y que por ello hice una integración de las normas vigentes en el momento en que sucedieron los hechos materia de discusión y que tiene por finalidad llenar esa LAGUNA DEL DERECHO[6] [ANEXO III de este documento]. Así, al desconocer dicha premisa, la Declaración trata de descalificar mi Opinión, como si en ella no se hubiera declarado dicha premisa de trabajo; cuando por el contrario, en toda la Opinión se dejó claro que la Ley Orgánica del BCR ("LOBCR") y toda la normativa que desarrolla el mandato constitucional establecido en nuestro ordenamiento jurídico para el BCR, no regulaba expresamente la intervención de esta institución en épocas de crisis o pánico financiero.

14. En este orden de ideas, queda claro que la Declaración pretende atacar la argumentación que sustenta mi Opinión desconociendo un hecho que es expresamente reconocido en mi reporte: el cual es que no existe una norma legal interna en el Perú que desarrolle la función del BCR (ni de institución alguna del Estado) en caso de crisis o pánico financiero, así como tampoco quién bajo esas circunstancias debe asumir la función de prestamista de última instancia. Adicionalmente, resulta evidente que ante este vacío legal, la Declaración opta abiertamente por buscar la manera de que ese vacío legal no sea

[5] De acuerdo con Francisco Díaz Revorio, la Constitución es un texto "*repleto de principios y valores fundamentales, con una acusado carácter ambiguo o genérico, que por su propia naturaleza admiten muy diversas opciones para el intérprete*" (DÍAZ REVORIO Francisco Javier. La "Constitución abierta" y su interpretación, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 22 – 23).

[6] De acuerdo con MARCIAL RUBIO (página 282 del libro citado) un caso en el que se considera la existencia de lagunas del derecho es "*Cuando el Derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada.*" Caso al cual el referido autor denomina como Laguna Técnica.

llenado por ninguna entidad del Estado, tratando con ello de minimizar la responsabilidad de la Demandada.

15. Así, mi Opinión construye una interpretación o integración normativa válida que busca dar respuestas a una situación fáctica no prevista en las normas, como es lo que constructivamente se hace en casos de vacíos legales. En ese camino es que pude establecer con claridad que, a pesar de ese vacío legal, **existían herramientas legales que podían ser usadas para llenar ese vacío, en caso el BCR hubiera tenido la voluntad de acudir al auxilio de un banco solvente con un problema temporal de liquidez en una situación de crisis financiera, producida como consecuencia de una crisis económica sistémica**.

16. Al respecto cabe aclarar, que cuando mi Opinión reconoce la inexistencia de regulación expresa para el caso concreto de crisis financiera, no quiere decir que no exista base normativa alguna. Por el contrario, mi Opinión concluyó que, a pesar de no existir una regulación expresamente prevista para casos de crisis financiera, **sí existían normas legales que podían ser utilizadas para el caso concreto del BNM, mediante las cuales el BCR estaba en capacidad de asumir el rol de prestamista de última instancia; pues existe un mandato constitucional para que de manera genérica cumpliera con ese rol a favor de todo el sistema financiero.**

III. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA DECLARACIÓN

17. Dicho lo anterior, pasaré a analizar detalladamente lo señalado en la Declaración, en el mismo orden en que se presentan los argumentos en el referido documento. De este modo, la Declaración al referirse a la Opinión señala lo siguiente:

"I. Consideraciones Generales

1. Interpreta erróneamente la Constitución y la Ley a partir de consideraciones económicas – financieras generales"

18. Según la Declaración *la Opinión señala principios económicos sobre la acción de la Banca Central* ***que no tienen un correlato en las disposiciones peruanas***[7]. Con ello, tal como señalamos en la parte general de esta opinión complementaria, la Declaración reconoce algo que expresamente señalé en mi Opinión: la existencia de una laguna del derecho.

19. Lo que no indica la Declaración es que en el Perú, ante esta falta de disposiciones legales concretas como la que se presentó en el año 2000, sólo existe una posibilidad: llenar ese vacío mediante una interpretación extensiva o integradora de las normas existentes en la medida que ello sea posible, a fin de afrontar la situación nueva no prevista por las normas, u otras formas creativas de aplicar el derecho. Ello es así debido a que el Estado no puede responder ante una laguna del derecho en un caso de crisis financiera con total pasividad, pues tiene la obligación de responder o reaccionar ante este tipo de situaciones, especialmente en casos como las crisis financieras, en las que se debe proteger el interés público.

20. La omisión en un caso como este, lo único que logra es dejar en un estado de indefensión al individuo afectado por la situación no prevista en las normas.

21. Nuestro ordenamiento jurídico no está constituido únicamente por normas; la costumbre y la doctrina (incluyendo la internacional), así como la jurisprudencia, constituyen fuentes válidas del derecho, y es por esta razón fundamental que en mi Opinión consideré la figura del prestamista de última instancia como un principio económico pertinente

[7] Ver párrafo 7 de la Declaración.

en un caso de crisis financiera y/o económica como el que se presentó en el año 2000; y la línea argumentativa que seguí para llegar a dicha consideración fue la de cotejar si el texto Constitucional peruano admite o no esa figura. La respuesta es que nuestro texto constitucional no la prohíbe, ni la proscribe, y por el contrario, en mi opinión, otorga el espacio suficiente para admitirla de considerarse necesaria, como de hecho era necesaria en un caso como el que se presentó con el BNM: un banco solvente con un problema temporal de liquidez durante una crisis financiera sistémica producida por una crisis económica de origen global, sumado a elementos propios de una crisis política local.

22. A continuación detallo cómo es posible incorporar un principio económico a la interpretación de los artículos de la Constitución, citados en mi Opinión y la Declaración. Los artículos 84 y 87 de la Constitución[8] forman parte de un mismo capítulo, el Capítulo V

[8] *TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO*
(...)
"Capítulo V "De la Moneda y la Banca",
(...)
"Artículo 84.- El Banco central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica.
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 la ley orgánica.
El Banco informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su Directorio.
El Banco está prohibido de conceder financiamiento al erario, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro del límite que señala su Ley orgánica."
(...)

"Artículo 87.- El estado fomenta y garantiza el ahorro. La Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.
La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.
La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca y Seguros.
El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca y Seguros por el plazo correspondiente a s período constitucional. El Congreso lo ratifica".

denominado "De la Moneda y la Banca", el cual, a su vez, forma parte del Título III de la Constitución denominado "Del Régimen Económico", el cual en su Capítulo I de los Principios Generales, deja en claro que la opción peruana es por una economía social de mercado, tal como así lo refiere en su artículo 58 [ANEXO IV de este documento]:

> "Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. **Bajo este régimen el Estado orienta el desarrollo del país**, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura."

23. De acuerdo con nuestra opción económica, la asignación de los recursos económicos se realiza bajo las leyes del mercado salvo en aquéllos casos en que el mercado no es suficiente para llevar a cabo estas funciones y se requiere la intervención del Estado para corregir aquéllas fallas del mercado o para fines públicos expresamente previstos en la Constitución, como son la educación, seguridad, justicia y otros.

24. De este modo, resulta claro que, de acuerdo con nuestro régimen económico, el Estado debe intervenir en aquéllos casos en los que el mercado presenta una falla o se presenta un alto interés público o conveniencia nacional que así lo determina; como es ciertamente el caso de una crisis económica global que deviene en una crisis del sistema financiero local o de pánico financiero. Caso en el que efectivamente se presentan ambos hechos, una falla en el mercado y un interés público. En un caso como este **existe un mandato Constitucional por el cual el Estado tiene el deber de intervenir**. ¿Cómo puede entonces la Declaración señalar que no correspondía siquiera evaluar la pertinencia de un principio económico por el cual el Estado puede actuar como prestamista de última instancia?[9] Decir lo contrario, por el simple hecho de que una ley o norma de menor grado

[9] Ver párrafos 7, 8, 9, 10 y 11 de la Declaración.

constitucional no lo reconoce, es negar el propio régimen económico elegido por nuestra sociedad.

25. Efectivamente ninguna ley o norma de menor grado reconoce expresamente la figura del prestamista de última instancia en casos de crisis financiera, pero no puede negarse que el Estado peruano tenía la obligación de intervenir en un caso como aquél, con las herramientas legales, económicas y técnicas que tuviera a su disposición para hacerlo.

26. La Declaración en esta parte de su argumentación deja en claro su posición totalmente legalista, indicando que "***de conformidad con la ley**, las responsabilidades del BCR no incluyen el garantizar ahorros o el manejo de crisis durante periodos de inestabilidad financiera. En consecuencia, y tal como puedo asegurar a partir de mis ventisiete años de experiencia trabajando en el BCR, las conclusiones del Dr. Forsyth sobre las obligaciones del BCR de proveer liquidez de emergencia a bancos como el BNM carecen de fundamento alguno*[10]". Así, para el Dr. Monteagudo, el único argumento válido en un caso como este, sería la existencia de una ley que regule los casos de crisis financiera o de inestabilidad financiera. Hecho poco frecuente en la regulación internacional.

27. Tampoco se dice en la Declaración quién tenía la obligación de proveer de liquidez de emergencia a los bancos, peor aún, no dice siquiera quién estaba en posición de hacerlo, omitiendo un hecho evidente, cual es que el BCR contaba legalmente con herramientas técnicas y legales que podían ser usadas para dar liquidez de emergencia a los bancos. De hecho, la conclusión principal de mi Opinión sobre este particular **es que el BCR tenía las herramientas técnicas y legales para poder**

[10] Ver párrafo 8 de la Declaración.

hacerlo, y que dado el caso concreto, esa hubiera sido la solución que se necesitaba.

28. Mi Opinión bajo ningún supuesto pretende señalar que el BCR cuenta con una obligación ciega o con un cheque en blanco que deba ser emitido a favor de cada banco que entre en problemas. Lo que indico en la Opinión es que el BCR contaba con herramientas legales y técnicas suficientes para poder dar una solución a un banco que TENÍA UN PROBLEMA TEMPORAL DE LIQUIDEZ y que al darle su apoyo, el costo de ello, hubiera sido mucho menor al que posteriormente fue asumido por la sociedad y por el propio Estado. Se trata de un mandato constitucional genérico de actuar como prestamista de última instancia del sistema financiero, rol que requiere, como es obvio, un mayor compromiso en épocas de crisis o de pánico financiero.

"I. Consideraciones Generales
2. Atribuye al BCR la función de prestamista de última instancia como garante del ahorro público, lo que no está previsto en la legislación"

29. Con relación al título anterior, la Declaración concluye que "*El BCR sólo posee una finalidad constitucional y las herramientas con que cuenta para regular la política monetaria deben ser siempre usadas de conformidad con y en estricto cumplimiento de la LOBCR y los reglamentos del BCR*"[11]. Por lo tanto, en este punto, conviene recordar cuál es la finalidad constitucional del BCR, vale decir: la de preservar la estabilidad monetaria.

30. Ahora bien, según el Dr. Monteagudo los alcances de esta finalidad sólo pueden estar descritos en la LOBCR o en los reglamentos del BCR, siendo así que si la LOBCR o alguno de los reglamentos no

[11] Párrafo 11 de la Declaración.

regulara alguna situación concreta, entonces no sería parte de sus funciones. Sin embargo, en mi opinión, si la Constitución lo ordena y aun cuando la LOBCR o alguna otra norma no lo previera expresamente, ese mandato sería suficiente para que se entienda como función del BCR. Así, de acuerdo con el artículo 84 de la Constitución se precisa lo siguiente:

> "Artículo 84.- El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica.
> **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[12]." [el subrayado y resaltado es mío]

31. Corresponde entonces establecer si existe alguna relación entre el concepto de estabilidad monetaria y el de estabilidad financiera. La posición de Monteagudo en la Declaración es que no existe ninguna relación porque la LOBCR no lo dice (aunque en su libro el Dr. Monteaguado señala que sí existe una relación). Mi respuesta es que tal relación sí existe y resulta innegable porque la Constitución señala como parte de las funciones del BCR para lograr esa finalidad la regulación de la moneda y el crédito del sistema financiero, y porque además, la estabilidad financiera es un elemento central de la estabilidad monetaria; no puede haber la una sin la otra. Adicionalmente, existe un mandato genérico de que el Estado intervenga en aquellos casos en los que el mercado por sí solo no puede corregir sus fallas. Así, de una interpretación sistemática de la Constitución, que regula en el Título III el régimen económico del Perú y en el capítulo V de dicho título la banca y la moneda, considero que

[12] Nótese que la Constitución específicamente refiere que la Ley Orgánica podrá señalar funciones adicionales a las señaladas en el propio texto constitucional, **PERO NO INDICA QUE LAS FUNCIONES PREVISTAS EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL VAN A SER DETALLADAS O ESPECIFICADAS O RESTRINGIDAS POR LA LEY ORGÁNICA.**

existe una relación intrínseca entre la estabilidad monetaria y el sistema financiero, ambos como ejes centrales de nuestra economía y del modelo económico elegido por nuestra Constitución.

32. Como si lo anterior no fuera suficiente, y tal como lo demuestro en mi Opinión, de las propias normas que regulan los préstamos con fines monetarios (tanto la LOBCR como sus Circulares) se desprende que se tratan de herramientas legales y técnicas que tienen como finalidad apoyar a los bancos en sus problemas temporales de liquidez y de regulación del sistema financiero.

33. Por ejemplo, el artículo 6.4 de la Circular No. 034-99-EF/90 que regulaba los préstamos con fines regulatorios del BCR, expresamente indicó que el BCR puede exigir la presentación de un programa de acciones dirigidas a superar los problemas de liquidez de las empresas del sistema financiero que recurrentemente soliciten crédito con fines regulatorios [ANEXO V de este documento]. Si eso no significa que los créditos con fines regulatorios se otorgan en casos de problemas temporales de liquidez y que el BCR tiene una función de regulación del crédito del sistema financiero con fines prudenciales de protección al sistema, entonces no sé qué significa.

34. Por lo tanto, aunque expresamente no se señala la obligación del BCR de intervenir como prestamista de última instancia para garantizar el ahorro, sí es posible afirmar que contaba con herramientas suficientes para de querer hacerlo dar estabilidad al sistema financiero, por ejemplo, en un caso concreto, dotando al BNM de liquidez en un contexto de crisis y pánico financiero.

35. En mi Opinión he tratado de dejar claro que, en el caso de crisis o pánico financiero (y en general en cualquier caso) el BCR tenía las herramientas legales y técnicas para intervenir como prestamista de

última instancia, pero que por alguna razón no expuesta, ni probada o aclarada, no quiso hacerlo. Hecho que por decir lo menos resultó inadecuado y poco conveniente, teniendo en cuenta: (i) la garantía general del Estado de intervenir para proteger al ahorro y más aún en casos de crisis financiera, (ii) el mandato constitucional de actuar como prestamista de última instancia del sistema financiero, y (iii) dado el régimen económico por el que ha optado nuestra Constitución.

"I. Consideraciones Generales
3. Interpreta erróneamente que como prestamista de última instancia el BCR debe ser flexible en la concesión de créditos en casos de pánico financiero"

36. De acuerdo con esta parte de la Declaración, el Dr. Monteagudo concluye erróneamente que en mi Opinión se alega una facultad al BCR para ignorar las leyes y reglamentos, como si aplicar "flexiblemente" una norma significara "ignorarla"[13]. Evidentemente no estoy de acuerdo con esa conclusión. La alusión que hago en mi Opinión a una aplicación flexible de la norma, bajo ningún supuesto implica o alude a que el BCR debía incumplir sus normas y muchos menos significa que el BNM no tenía garantías suficientes para cubrir el crédito solicitado, como sin prueba alguna se afirma en la Declaración.

37. La flexibilidad a la que hago referencia en mi Opinión básicamente se encuentra referida al hecho que en las circunstancias que se presentaron, no convenía que el BCR tomara una postura intransigente y negara el crédito sin motivación alguna o que se tomara alguna licencia no permitida. Tampoco significa, como erróneamente cree el Dr. Monteagudo, que el pedido de flexibilidad suponga un pedido de que el BCR rescate a una entidad financiera en problemas, especialmente, si como he dejado claro, mi Opinión parte de la

[13] Ver párrafos 12 y 13 de la Declaración.

hipótesis que el BNM era un banco solvente con un problema temporal de liquidez. Sólo se sugería una aplicación de las circulares del BCR de manera flexible que estuviera a la altura de la situación de crisis y pánico financiero.

38. Al parecer la Declaración parte de la hipótesis equivocada de que el BNM era un banco insolvente que buscaba ser rescatado por el BCR. Tal vez, este tipo de prejuicio sea la razón por la cual la Declaración tergiversa lo señalado en mi Opinión. Mi Opinión en todo momento señala como hipótesis de trabajo que el BNM era un banco solvente con un problema temporal de liquidez que válidamente (es decir, legalmente) podía acceder a un crédito de regulación monetaria con el que se hubiera podido evitar su ingreso al régimen de intervención, y que en tales circunstancias, el BCR tenía las herramientas para evitarlo si hubiera asumido un rol más proactivo como prestamista de última instancia. Evidentemente, la probanza de esta hipótesis de trabajo, y de si las garantías presentadas en su momento eran suficientes o no, no son materia de mi Opinión, que sólo tiene como finalidad ilustrar al tribunal respecto del marco teórico y legal vigente en el momento que acontecieron los hechos y su aplicación práctica para el caso del BNM. Por el contrario, la Declaración (como tal) es una declaración de parte (del BCR) de cómo se presentaron los acontecimientos (sin medios probatorios), no pudiendo ser comparada o contrastada con una opinión experta respecto del marco jurídico aplicable.

"I. Consideraciones Generales
4. El BCR tiene una finalidad constitucional única que es la de preservar la estabilidad monetaria y es una institución independiente de otros órganos del Estado"

39. En este punto, la Declaración refiere que el BCR tiene una finalidad única que no incluye, como en otros sistemas, otros fines. Sin

embargo, en mi Opinión no he señalado que el BCR tenga otras finalidades, sino afirmé que para cumplir con esa finalidad única, de dar estabilidad monetaria, el BCR tiene dentro de sus funciones la de regular el crédito del sistema financiero (Artículo 84 de la Constitución). Hecho que permite al BCR contar con las herramientas legales y técnicas para poder llevar a cabo la función (no la finalidad) de prestamista de última instancia en caso de crisis financiera, dado que sin estabilidad financiera no es posible lograr estabilidad monetaria y viceversa.

40. Nada de lo que sustento en mi Opinión pretende trastocar la finalidad del BCR, ni su calidad de ente constitucionalmente autónomo. El hecho que se considere que el Estado garantiza el ahorro, no significa que el BCR podría estar supeditado al poder político estatal u obedecer directivas de otros entes del Estado. Esta independencia, según el mismo Dr. Monteagudo: "*asume la ausencia de la tutela administrativa de otro poder político respecto de sus actos*" [14], no obstante no se puede interpretar una independencia excluyente de sus funciones; o que no permita actuar de manera coordinada con otras entidades del Estado, manteniendo su autonomía, evidentemente.

41. Lo que describo en mi Opinión es que todo el contexto y las normas aplicables hacían factible que el Estado interviniera en este caso de crisis de manera eficiente, y que de hecho podía hacerlo a través del BCR que como ente autónomo podía, de considerarlo conveniente, otorgar un crédito de regulación monetaria o un redescuento a un banco solvente con problemas temporales de liquidez. En este caso, para cuando el Estado intervino, con su programa de consolidación, la crisis financiera ya había cobrado entre sus primeras víctimas al BNM.

[14] Monteagudo Valdez, Manuel. La Independencia del Banco Central, Instituto de Estudios Peruanos, Banco Central de Reserva del Perú, Universidad del Pacífico, Lima, 2010, p. 206

"I. Consideraciones Generales
5. Ni la Constitución ni la ley asignan al BCR la función de garantizar el ahorro
6. De acuerdo a la Constitución la garantía del ahorro público – en la que no participa el BCR- corresponde ser delimitada por la ley (no es ilimitada), que es la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (Ley No. 26702).
7. No tiene sustento constitucional y legal afirmar que el BCR garantiza el ahorro del público y por tanto debe atender en forma ilimitada los requerimientos de liquidez de las instituciones del sistema financiero"

42. En estos puntos la Declaración confunde nuevamente lo que argumenté en mi Opinión, como si en mi reporte se afirmara que la garantía del ahorro es ilimitada o que el BCR tuviera que intervenir para salvar a bancos insolventes. Mi Opinión indicó que la garantía al ahorro es del Estado y que éste debe intervenir (por tratarse de una economía social de mercado) en aquellos casos en los que el mercado presente fallas o el interés público lo amerite, como es justamente el caso de la regulación monetaria y del sistema financiero (ambos casos previstos en el Capítulo V del Título III de la Constitución denominado "De la Moneda y la Banca").

43. La pregunta entonces es cómo debe intervenir el Estado y a través de quién, o mejor dicho, cómo era la forma más eficiente de intervenir en este caso, evitando mayores daños al sistema y a la sociedad. Según se señala en la Declaración, sólo la Superintendencia estaría facultada para intervenir en un caso como el que se presentó con el BNM[15]. Sin embargo, olvida que en la crisis del año 2,000, el MEF y el Poder Ejecutivo intervinieron (de manera desigual y en algunos casos bastante tarde) con sus programas de salvataje o de consolidación

[15] Ver párrafos 18, 19, 20, 21 y 25 de la Declaración.

del sistema financiero. Por lo tanto, no concuerdo con el Dr. Monteagudo en el sentido que la garantía prevista en el Artículo 87 de la Constitución sólo pueda ser ejercida a través de la Superintendencia. El punto es que **la garantía al ahorro le corresponde al Estado** y que en este caso el BCR pudo intervenir antes que tuviera que hacerlo el MEF, pues pudo haber evitado que el BNM entre en régimen de intervención. Nuevamente, el BCR tenía las herramientas legales para hacerlo en el caso concreto, y el mandato constitucional de asumir este rol para todo el sistema financiero.

44. Si bien la Constitución establece que la finalidad del BCR es preservar la estabilidad monetaria, mientras que la finalidad de la Superintendencia es el control de las empresas bancarias, es trascendental establecer, en concordancia con lo referido en párrafos anteriores, que **cuando se trata de garantías y fomento del ahorro se habla de la intervención del Estado peruano, comprendiendo a sus entidades en cooperaión**.

45. 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 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)*"[16] [ANEXO VI de este documento].

[16] Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0005-2005-CC/TC **(Anexo VI, ver párrafo 39)**.

46. El Doctor Monteagudo ha criticado la utilización de este pronunciamiento, considerando que se refiere a un contexto completamente diferente al caso[17]. Sin embargo, omite señalar que la consideración citada es un análisis efectuado por el Tribunal Constitucional interpretando la Constitución de manera general y en función a principios generales en materia de fondo, y no sobre las formas y los detalles del caso en concreto.

47. 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.

"II. Observaciones Específicas

1. El BCR no es un agente estabilizador del sistema financiero"

48. Si el BCR no es un agente estabilizador del sistema financiero, entonces ¿para qué sirve el encaje bancario[18]?, o ¿cómo es posible que sus propias normas le otorguen facultades para opinar e intervenir en distintos aspectos de la regulación del sistema financiero, como las autorizaciones de aperturas de bancos y respecto del mismo ingreso a

[17] Ver párrafo 10 de la Declaración.

[18] De acuerdo con el artículo 161 y siguientes de la Ley de Bancos, "*las empresas del sistema financiero están sujetas a encaje de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones o la naturaleza de sus operaciones, según lo determine el BCR*". El encaje es un tipo de reserva que debe ser constituida por la empresa del sistema financiero básicamente respecto de sus operaciones pasivas (depósitos, préstamos etc.). El encaje legal es no mayor del 9% del total de las obligaciones sujetas a encaje, aunque el BCR puede establecer encajes adicionales o marginales. Los encajes pueden estar constituidos por dinero en efectivo, en caja de las empresas de que se trate; y, **depósitos en el BCR.** Con relación al encaje corresponde al BCR determinar la tasa aplicable, controlar el cumplimiento de los encajes, determinar los periodos de encaje y establecer el método y la base de cálculo para su aplicación, entre otras funciones.

régimen de intervención[19], o que pueda dar disposiciones para regular la liquidez de los bancos y sus tasas de interés? Si el BCR no puede actuar como agente estabilizador del sistema financiero entonces ¿quién puede hacerlo?

49. Lo que indiqué en mi Opinión es que como parte de su finalidad monetaria el BCR tiene como función regular el crédito del sistema financiero, y a través de esta función es que PUEDE actuar como un agente estabilizador del sistema financiero. Para el Dr. Monteagudo el BCR no tiene ninguna responsabilidad con la estabilidad del sistema financiero; en mi opinión, el BCR sí tiene facultades que le permiten coadyuvar a mantener esa estabilidad.

50. En realidad se puede decir que **el BCR tiene el poder para desestabilizar el sistema financiero** (encarecerlo, regulando o limitando la tasa de interés, restringiendo el crédito con fines de regulación monetaria, etc.[20]), por lo tanto, no es descabellado pedir que ejerza ese poder de manera adecuada, y que asuma una responsabilidad por el mismo. ¿Acaso no resulta coherente pedir que

[19] Por ejemplo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 19 de la Ley de Bancos, si bien corresponde a la Superintendencia autorizar la organización y el funcionamiento de las empresas delo sistema financiero y de seguros, en el caso de bancos y financieras o empresas de operaciones múltiples, empresas especializadas (como las empresas de leasing) y bancos de inversión, la Superintendencia debe contar con la opinión previa del BCR. Asimismo, el artículo 103 de la Ley de Bancos precisa que "*Toda empresa que incurra en las causales consideradas en el artículo siguiente [refiriéndose al artículo en el que se describen las causales de intervención] debe ser intervenida por resolución del Superintendente. En el caso de empresas del sistema financiero, **la intervención será puesta en conocimiento del Banco Central***", siendo así que corresponde al BCR tomar conocimiento previo de la decisión de la Superintendencia de incluir a una empresa del sistema financiero en el régimen de intervención.

[20] Por ejemplo, el artículo 53 de la LOBCR señala que "el Banco fija los encajes adicionales que deben guardar las instituciones financieras.". Así también, el artículo 52 del mismo cuerpo legal señala que "*El Banco propicia que las tasa de interés de las operaciones del Sistema Financiero sean determinadas por la libre competencia, **dentro de las tasas máximas que fije para ello en el ejercicio de sus atribuciones**. Excepcionalmente, el Banco tiene la facultad de fijar tasas de interés máximos y mínimos con el propósito de regular el mercado.*"

quién detenta un poder asuma responsabilidad por el ejercicio del mismo? Parece que para el Dr. Monteagudo eso no sería lógico.

51. A pesar de esta responsabilidad, en mi Opinión no he señalado que exista una **obligación** del BCR para con los bancos insolventes. En todo momento señalé que esta posibilidad de evitar la entrada al régimen de intervención del BNM, se sustentaba en el hecho de que el BNM no era un banco insolvente. Sin embargo, la Declaración señala de manera equivocada (para descalificarla) que en mi Opinión se pretende sostener una obligación del BCR de apoyar a instituciones financieras en dificultad o para que hagan frente a sus problemas financieros. Todo lo contrario, mi Opinión señala que el BCR de haberlo querido, hubiera podido bajo sus normas, fungir de prestamista de última instancia dando un respiro a un banco con problemas temporales de liquidez, y que no lo hizo sin alguna razón aparente o debidamente sustentada. El mandato constitucional al que hago referencia en mi Opinión, como tal, es una obligación genérica de actuar como prestamista de última instancia (en casos regulares y de crisis o pánico financiero) para todo el sistema financiero, y que en ese contexto, el BCR podía haber evitado la entrada en régimen de intervención del BNM.

"II. Observaciones Específicas
3. Los Créditos de Regulación Monetaria (CRM) forman parte de los instrumentos contractuales del BCR que le permiten cumplir con su función de regulación monetaria y tienen como requisito legal ineludible para todos los casos el de la presentación de garantías o colaterales"

52. A estas alturas del análisis la Declaración expresamente indica que "*al momento de los sucesos del BNM se encontraban diversos instrumentos de regulación monetaria tales como: la compra temporal*

del valores, compra temporal de moneda extranjera, préstamo de corto plazo con garantías tradicionales (certificados de depósito del BCR, bonos del tesoro, certificados de depósito y bonos emitidos por entidades privadas, cartas de crédito, etc.) y, préstamos de corto plazo garantizados con cartera leasing."[21]. Así, la Declaración coincide con mi Opinión en el sentido que de considerarlo conveniente, el BCR contaba con las herramientas legales y técnicas para actuar como prestamista de última instancia, debiendo incluirse adicionalmente a los redescuentos.

53. La propia Declaración refiere en este punto que "***La expresión, prestamista de última instancia*** *cuyo contenido jurídico debe necesariamente verificarse en cada caso en función a la legislación aplicable,* ***corresponde en términos generales a la capacidad de la autoridad monetaria de dotar de liquidez de corto plazo a los bancos comerciales, como una alternativa a sus transacciones interbancarias, sin exonerarlos de garantías***"[22]. De ello, se deduce con claridad que tanto mi Opinión como la Declaración coinciden en un hecho concreto, cual es que el BCR como parte de sus funciones monetarias tiene como **función** la de actuar como prestamista de última instancia, para dotar de liquidez temporal (de corto plazo), de manera general al sistema financiero, y de manera concreta, a un banco comercial solvente.

54. Tan es así, que coincido plenamente con lo señalado en la Declaración cuando refiere que, "*de acuerdo con las mejores prácticas de la banca central, los bancos centrales deben dotar de préstamos para atender problemas de liquidez a bancos comerciales siempre que: (i) el banco central tenga la seguridad de la que institución financiera es solvente, (ii) se le haya ofrecido un colateral apropiado, y (iii) la tasa de interés*

[21] Párrafo 27 de la Declaración.
[22] Párrafo 27 de la Declaración.

tenga una penalidad mayor que el mercado. Así pues, reiteramos que en la Ley Orgánica del BCR no existe ninguna posibilidad de exoneración al requisito de ofrecimiento de garantías para los créditos de regulación monetaria"[23].

55. La diferencia entonces entre mi Opinión y la Declaración, no radica en nuestra percepción de lo que significa la figura del prestamista de última instancia y que corresponde al BCR esa función, sino entonces radicaría en los supuestos de hecho sobre los que ambas opiniones se basan. Mi Opinión considera como hipótesis fáctica la situación de solvencia del BNM, un problema temporal de liquidez y una negativa del BCR no fundamentada, que no señaló (ni probó) la ausencia de garantías suficientes presentadas por el BNM en su pedido de liquidez. Por el contrario, la Declaración toma como punto de partida un pedido de rescate del BNM para superar una situación de insolvencia, sin garantías suficientes.

56. Por lo tanto, considero que la Declaración ha vertido una opinión equivocada respecto de mi Opinión, como si en ella se hubiera tratado de sustentar la obligación concreta del BCR de rescatar al BNM, y como si se hubiera tratado de asignar al BCR la función de salvar bancos insolventes. Lo que señalé en mi Opinión es que el BCR podía actuar como prestamista de última instancia cuando el BNM se lo solicitó y que hubiera sido eficiente que lo hiciera en la medida que se trataba de un banco solvente, para lo cual, dada la situación de crisis y pánico financiero, hubiera sido conveniente que aplicara sus normas con cierta flexibilidad (pero sin prescindir de las mismas).

"II. Observaciones Específicas

4. Las referencias en el Memorial de la Demandante a un informe de la Subcomisión de Economía del Congreso son equivocadas"

[23] Párrafo 28 de la Declaración.

57. Si bien a estas alturas del análisis la Declaración no hace referencia a mi Opinión, sino al Memorial Sobre los Méritos de la Demandante, me permitiré precisar que si bien concuerdo con la Declaración en el sentido que no se puede inferir *"que toda entidad financiera tiene derecho a acceder al CRM hasta por 90 días en un plazo de 180"*, tampoco se puede negar que el hecho de sólo haber usado 6 días redescuentos de los 90 que estaban permitidos cada semestre resultaba ser un indicio claro de la solvencia del BNM que el BCR bien pudo tomar en cuenta para no rechazar el pedido de liquidez del BNM, en un momento tan crítico como el que ocurrió antes de su intervención.

"II. Observaciones Específicas
5. Se pretende sustentar un tratamiento flexible a la exigencia de garantías para las solicitudes de crédito en circunstancias de dificultades financieras en el hecho de que la prohibición a CRM se limita a las entidades en vigilancia. Sin embargo, la Ley Orgánica del BCR no admite excepciones"

58. De acuerdo con la Declaración, mi Opinión llegaría a la conclusión *"que hay razones de fondo para prohibir CRM en vigilancia y no las hay para bancos ad portas de una intervención por haber incurrido en alguna causal (párrafo 152 y 158)"*.

59. Sin embargo, la Declaración no precisa esas razones de fondo desarrolladas en mi Opinión para rebatirlas, pues únicamente señala que es un sofisma porque en ningún caso se debió dar el financiamiento dado que las garantías no eran suficientes.

60. Así, la Declaración hace un análisis simplista de mi Opinión en la que largamente especifiqué **que además** de que las normas que restringen

derechos deben ser interpretadas de manera restrictiva (es decir, al no estar el BNM en régimen de vigilancia no existía una prohibición legal de darle el financiamiento solicitado) **existe una razón de fondo adicional a ser considerada en esta línea de argumentación.** Específicamente, señalé que la razón de fondo para tratar de manera distinta a una empresa en vigilancia, de otra *ad portas* de una intervención se presentaba en **el caso en el cual el banco en cuestión, presentaba un problema temporal de liquidez ocasionado por pánico financiero**, siendo que esta causal no estaba relacionada a problemas de solvencia o de riesgo moral como los casos que típicamente generan el ingreso al régimen de vigilancia de una entidad del sistema financiero. Para ello, en mi Opinión hice una comparación detallada de las causales para el régimen de vigilancia versus las causales para el régimen de intervención, y concluí que ambas causales se referían a casos o de insolvencia o de riesgo moral, **con excepción de la causal de suspensión de pago**, que como en el caso de BNM, se podía presentar por problemas temporales de liquidez por pánico financiero en un banco solvente y sin riesgo moral.

61. De hecho, en mi Opinión claramente se señaló que "*En tanto la LOBCR no lo restringe, correspondería al BCR ineludiblemente*[24] *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*".

[24] 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.

62. Así, nuevamente la Declaración pretende descalificar a mi Opinión, sin haber hecho un examen profundo de la misma.

63. Seguidamente, la Declaración refiere que la decisión de no otorgar el crédito solicitado por el BNM al BCR no debía estar motivada, y que en todo caso, lo estuvo en la comunicación que el BCR mandó a la Superintendencia, señalando que las garantías no cubrían el monto requerido[25]. De este modo, tenemos una declaración de parte en la que expresamente se reconoce que no se dio ningún sustento al BNM.

64. Ahora bien, sobre este particular considero que la motivación tendría que haberse expuesto también al BNM y no sólo a la Superintendencia y que adicionalmente, convendría que se especifique y se probase por qué tales garantías no cubrían el monto solicitado.

65. Finalmente, en esta sección la Declaración refiere que los redescuentos son otra modalidad de liquidez amparada por el artículo 59 de la Ley Orgánica que, como el caso de los CRM, exige el ofrecimiento de colaterales o garantías, y, seguidamente, **acusa a mi Opinión de deliberadamente haber omitido este detalle**[26].

66. Al respecto, **debo negar tajantemente esta acusación**. De la lectura de la sección 4.1.3 de mi reporte se deduce con claridad que ambos, el redescuento y el préstamo estaban sujetos al artículo 59 de la LOBCR, para lo cual cito textualmente las partes pertinentes de mi Opinión:

> ***"4.1.3 <u>Desarrollo Reglamentario del Mandato Constitucional del BCR</u>***
>
> *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.*

[25] Párrafo 35 de la Declaración.
[26] Párrafo 36 de la Declaración.

174. De acuerdo con el artículo 78° del Estatuto[27] 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 ***(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."*

67. Las condiciones aplicables al préstamo directo y al redescuento señaladas en el párrafo 175 de mi Opinión, son las condiciones descritas en el artículo 59 de la LOBCR y así se cita textualmente. Únicamente se presentó un error de tipeo en la cita de la norma que se hace en cada paréntesis al final de cada condición (resaltada en

[27] 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).

negritas), en la que se debió indicar artículo 59 inciso a) y no artículo 58 inciso a). Cabe destacar que el Dr. Monteagudo en su calidad de experto de estas normas, estaba en condiciones de percibir este error, dado que el artículo 58 de la LOBCR no presenta incisos o literales, a diferencia del artículo 59 en mención, por lo que no resulta fácil justificar el error de interpretación respecto de mi argumentación legal.

68. Así, resulta claro que la flexibilidad a la que hice referencia en mi Opinión no pretendía que se deje de aplicar el artículo 59 de la LOBCR o del artículo 78 del Estatuto que expresamente indica la necesidad de contar con garantías adecuadas a juicio del BCR, sino únicamente que, de considerarlo conveniente, el BCR interpretara de manera más flexible su Estatuto y sus circulares dado el contexto de crisis y pánico financiero.

"IV. Conclusión"

69. La Declaración concluye que mi análisis se apoya en un entendimiento errado de la figura del prestamista de última instancia en el sentido de atribuirle un rol de garante de ahorros y agente estabilizador de crisis financieras. Tal como aclaro en esta opinión complementaria, mi Opinión considera que el Estado peruano es el prestamista de última instancia máximo, que además es garante de los ahorros y agente estabilizador de las crisis financieras, y que debe cumplir con estas funciones a través de las entidades públicas que cuenten con herramientas legales y técnicas para hacerlo.

70. Al analizar estas herramientas legales y técnicas, concluí que el BCR contaba con las herramientas suficientes para asumir la función de prestamista de última instancia en épocas regulares, y que con ellas podía actuar en un caso también de crisis y pánico financiero.

Asimismo, concluí que el BCR es un agente estabilizador del sistema financiero, pues tiene el poder para afectarlo, teniendo una responsabilidad en ese sentido, especialmente porque sin un sistema financiero estable no es posible tener un sistema monetario estable y viceversa. Finalmente, concluí que teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley de Bancos **y la opinión del Tribunal Constitucional**, el BCR tenía poderes y responsabilidades compartidas con la Superintendencia respecto del sistema financiero y la garantía del ahorro otorgada por el Estado, que no lo eximían de actuar en cooperación y de manera coordinada con dicha entidad, sin que ello implique afectar su autonomía.

71. Jamás opiné que el BCR tenía la obligación de salvar a un banco insolvente en época de crisis, ni tampoco dije que el BNM no cumpliera con los requerimientos de la LOBCR o los reglamentos del BCR. Se dijo que el BCR tenía la posibilidad de dar el crédito al BNM, en su calidad de banco solvente con un problema temporal de liquidez, que no había abusado de este recurso en situaciones anteriores y que merecía una oportunidad de no entrar en el régimen de intervención.

72. Se dijo que el Estado es quien debe intervenir en estas situaciones y que el BCR, dentro de los parámetros de su autonomía, podía haber intervenido de manera eficiente para evitar un daño al propio sistema financiero, dada la situación de pánico presente. Evidentemente, la Declaración pretende poner en mi Opinión conclusiones a las que no se ha llegado en la misma.

IV. CONCLUSIONES DE LA OPINIÓN PROFESIONAL COMPLEMENTARIA

73. La Declaración parte de premisas equivocadas al momento de referirse a la Opinión y le atribuye a ésta conclusiones y aseveraciones que no se desprenden de la misma.

74. La Declaración como declaración de parte, no hace un análisis objetivo de la regulación materia de análisis ni de mi Opinión. Atribuye a mi Opinión la sustentación de hechos o circunstancias que claramente fueron calificados en mi reporte como hipótesis de trabajo y no como hechos probados. Por el contrario, la Declaración como tal, basa sus conclusiones respecto de mi Opinión en hechos que considera se encontrarían probados.

75. Tanto la Declaración como mi Opinión concluyen en que el BCR cuenta con herramientas legales y técnicas para actuar como prestamista de última instancia, tanto en situaciones regulares como en casos de crisis y pánico financiero. Por ende, queda claro que existe el mandato constitucional y la función del BCR de actuar como tal a favor del sistema financiero.

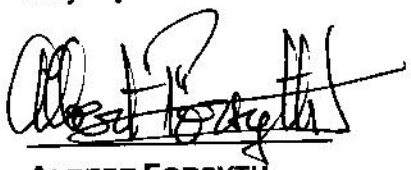
76. Ambas concluyen que este rol no puede ser llevado a cabo a favor de bancos insolventes y que no cumplan con los requisitos legales aplicables. Sin embargo, para la Declaración una situación de crisis y pánico financiero no ameritaba ninguna actitud proactiva o flexible por parte del BCR, sino la más restrictiva interpretación posible de las normas aplicables. En este particular, mi opinión es que las circunstancias ameritaban una interpretación más flexible de las mismas, y una actitud más proactiva por parte de nuestra autoridad monetaria.

77. En todo caso, de lo señalado en la Declaración deduzco que de probarse la solvencia del BNM en el momento de su intervención y la suficiencia de las garantías que el BNM presentó al BCR, tanto el Dr.

Monteagudo como yo coincidiremos en que el BCR no debió negarse a otorgar el préstamo solicitado y que con ello habría fallado en su función de prestamista de última instancia del sistema financiero.

******

La presente opinión complementaria es independiente, objetiva y refleja mi mejor y honesto entender de los temas abordados



ALBERT FORSYTH
Lima, 15 de mayo de 2012

ANEXO I

Rubio Correa, Marcial. "El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho". Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1993. Sexta Edición. Pág. 280

MARCIAL RUBIO CORREA

EL SISTEMA JURIDICO

(INTRODUCCION AL DERECHO)

SEXTA EDICION
(Corregida y aumentada)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1993

por el contrario, el juez frente a este caso debemos intentar la integración, o bien (en este caso no debemos intentarla). Entonces, podemos plantearnos dos supuestos en la disposición uno general y otro particular, encadenado al anterior, pero que la teoría no acepta como principio universal el proceder siempre a la integración jurídica.

Este aspecto de la problemática, nos conduce de plano a lo que en la teoría se denomina las *lagunas del Derecho* entendiéndose que ellas son situaciones en las cuales procede la integración. Por lo tanto, habrá que discriminar aquellas situaciones de carencia normativa en las cuales debemos integrar una norma y aquellas en las que no.

El segundo aspecto a abordar, supuesto que la integración jurídica procede, consiste en trabajar sobre los procedimientos de integración jurídica y allí encontramos la analogía y los principios generales del Derecho. Abordaremos estos dos aspectos por separado.

1. LAS LAGUNAS DEL DERECHO

La *laguna del Derecho* puede ser definida como aquel suceso para el cual no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no esta previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto.

El problema clave en este punto consiste en saber cuando se considera (o debe considerar) que la situación no regulada debe estarlo. La respuesta no es fácil y, por lo demas, existen fuertes contradicciones sobre el punto en la teoría.

En este sentido, existe un concepto teórico que, por contraste con el que estamos desarrollando explicamos mejor, es el *vacío del Derecho* entendiendo por tal la situación en la que no existe norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el Derecho rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos (1) aplicables y que en el Derecho peruano fundamentalmente dos a estos efectos:

- El de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohibe (literal a. del inciso 20 del artículo 2 de la

(1) La hermenéutica consiste en establecer el correcto significado de un concepto, un hecho u otro elemento específico dentro de un sistema determinado, según los principios globales que lo informan para resolver situaciones no precisadas ni expresamente resueltas dentro de él. En este caso nos referimos a la hermenéutica del sistema jurídico pero también puede ella darse en otros sistemas.

ANEXO II

Díaz Revorio, Francisco Javier. La "Constitución abierta" y su interpretación, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 22 – 23)

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO
Profesor Titular de Derecho Constitucional
en la Universidad de Castilla-La Mancha (España)

LA «CONSTITUCIÓN ABIERTA» Y SU INTERPRETACIÓN

Presentación de Domingo García Belaunde

Palestra Editores
Lima — 2004

eso ya el propio KELSEN rechazó en su día la aplicación por los Tribunales Constitucionales de esos principios generales, advirtiendo del "peligro" que podrían suponer. De ahí la necesidad de preservar un cierto margen de apertura de la Constitución frente a la actuación legislativa, haciendo compatible el principio de supremacía constitucional y el papel del legislador como representante de la soberanía popular, aunque hay quien entiende que esta compatibilidad termina por resultar imposible.

Como se deduce de estas últimas líneas, el carácter abierto de la Constitución, sobre todo en el sentido expresado últimamente, condiciona y marca la propia interpretación constitucional. En efecto, la interpretación de la Norma fundamental es bien distinta si se entiende ésta como un mero marco o límite para el legislador, que si es concebida como un programa de actuación legislativa. Los actuales textos constitucionales, como se ha destacado, tienden a estar repletos de principios y valores fundamentales, con un acu-

---

2 H. KELSEN, "La garantía constitucional de la Constitución (La justicia constitucional)", en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate. Madrid, 1988, págs. 142-143, refiriéndose a las invocaciones constitucionales a los ideales de equidad, de justicias, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., afirma que "estas mismas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse (...) como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, si indicara un criterio objetivo cualquiera". Y añade "no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable".

sado carácter ambiguo o genérico, que por su propia naturaleza admiten muy diversas opciones para el intérprete. Con lo que se plantea como cuestión prioritaria la de quién debe tener el "protagonismo" de esa interpretación: bien el legislador a través de su "desarrollo" constitucional que debe contar con todo el margen de discrecionalidad que permitan los preceptos constitucionales, o la jurisdicción constitucional en su función de intérprete supremo. Se trata de un delicado problema, que se vincula a la cuestión esencial de la legitimidad de ambos poderes. La búsqueda del necesario equilibrio o compatibilidad que aquí se defiende debe presidir también la interpretación de la Norma fundamental. El legislador puede, desde luego, realizar "diversas lecturas" de la Constitución, pero no cualquier lectura de la misma, porque los principios constitucionales pueden admitir diversos sentidos, pero no están carentes de significado. Y en la determinación de ese "significado mínimo" que todos los poderes constituidos deben respetar, y que cierra determinadas opciones legislativas, el papel del Tribunal Constitucional es esencial. El legislador es, por tanto,

ANEXO III

Rubio Correa, Marcial. "El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho". Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1993. Sexta Edición. Pág. 282

MARCIAL RUBIO CORREA

EL SISTEMA JURIDICO

(INTRODUCCION AL DERECHO)

SEXTA EDICION
(Corregida y aumentada)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1995

produce una clara situación de vacío del Derecho. Dos casos son obvios: uno, cuando el órgano que tiene la atribución normativa, rechaza expresamente dictar la norma correspondiente mediante una decisión desestimatoria del proyecto, el otro cuando se deroga la norma que regulaba previamente la situación, sin sustituirla por otra. En ambos casos ocurre que por decisión expresa se ha optado por no establecer norma jurídica.

Entonces, ¿cuándo se puede considerar que existen lagunas del Derecho? A nuestro juicio en tres casos:

- Cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad que es sustancialmente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos sean formalmente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, tienen una esencia común o una lógica encadenada. Esto nos lleva a la analogía y a la *ratio legis* que la sustenta.

- Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generaría una consecuencia que agravia los principios generales del Derecho. Esto nos lleva al problema de integración mediante la recurrencia a dichos principios.

- Cuando el Derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada. Tal, por ejemplo, la norma constitucional que establece la instauración del salario familiar (asignación), pero no se ha legislado en forma concreta como se calculará y pagará. Es lo que técnicamente se denomina *laguna técnica*.

Las lagunas técnicas, obviamente, se solucionan dictando la normatividad correspondiente. En tanto ello ocurre, caben dos posibilidades de acuerdo a la doctrina. Según un sector, la laguna técnica equivale a un vacío del Derecho. Según otro, la carencia normativa debe tomarse como vacío de Derecho en la generalidad de los casos, pero en circunstancias límite puede apelarse a ella en base a la analogía y los principios generales por vía jurisprudencial. Esto, en buena cuenta, sustituye al legislador con una solución provisional hasta tanto se dé la normatividad necesaria. En la realidad concreta, nuestros magistrados no han utilizado esta vía de integración, invocando la separación de los poderes en una concepción según la cual, la dación de las normas legislativas corresponde privativamente al Congreso (salvo la legislación delegada) y la reglamentaria al Ejecutivo.

El problema es interesante pues si bien constitucionalmente la atribución normativa está fijada de esa manera (artículos 186 inciso 1 y 211 inciso 11 de la Constitución) también existe la norma según la cual los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, debiendo en tal caso recurrir a los principios generales del Derecho (artículo 233 inciso 6

ANEXO IV

Título III de la Constitución Política del Perú "Del Régimen Económico"

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU DE 1993

PREAMBULO

El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución:

TITULO I

DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

CAPITULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Artículo 1.- Defensa de la persona humana
La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

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.

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación

Artículo 55.- Tratados
Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 56.- Aprobación de tratados
Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Artículo 57.- Tratados Ejecutivos
El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.

TITULO III

DEL REGIMEN ECONOMICO

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59.- Rol Económico del Estado
El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Artículo 60.- Pluralismo Económico
El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 61.- Libre competencia
El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Artículo 62.- Libertad de contratar
La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 64.- Tenencia y disposición de moneda extranjera
El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

Artículo 65.- Protección al consumidor
El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

CAPITULO II

DEL AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 66.- Recursos Naturales
Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 67.- Política Ambiental
El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68.- Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas
El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Artículo 69.- Desarrollo de la Amazonía
El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

CAPITULO III

DE LA PROPIEDAD

Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad
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.

Artículo 71.- Propiedad de los extranjeros
En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Artículo 72.- Restricciones por seguridad nacional
La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

Artículo 73.- Bienes de dominio y uso público
Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

CAPITULO IV

DEL REGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTAL

Artículo 74.- Principio de Legalidad
Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo[4].

Artículo 75.- De la Deuda Pública
El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley.

Las operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado se aprueban conforme a ley.

Los municipios pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, sin requerir autorización legal.

Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública
Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

[4] Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28390, publicada el 17-11-2004 en el diario oficial El Peruano. El texto anterior decía: "Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria. No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo".

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Artículo 77.- Presupuesto Público
La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas.

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon[5].

Artículo 78.- Proyectos de Ley de Presupuesto, Endeudamiento y Equilibrio Financiero
El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero.

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.

Los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal.

No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente.

No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública.

Artículo 79.- Restricciones en el Gasto Público
Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo.

---

[5] Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 26472, publicada el 13 junio 1995 en el diario oficial El Peruano. El texto anterior decía: "La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponde a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del impuesto a la renta percibido por la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon".

En cualquier otro caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas.

Sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país.

Artículo 80.- Sustentación del Presupuesto Público
El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso de la República, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector; previamente sustentan los resultados y metas de la ejecución del presupuesto del año anterior y los avances en la ejecución del presupuesto del año fiscal correspondiente.

El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.
Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo.

Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congresote la República tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario, se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros.[6]

Artículo 81.- La Cuenta General de la República
La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el Presidente de la República al Congreso de la República en un plazo que vence el quince de agosto del año siguiente a la ejecución del presupuesto.

La Cuenta General de la República es examinada y dictaminada por una comisión revisora hasta el quince de octubre. El Congreso de la República se pronuncia en un plazo que vence el treinta de octubre. Si no hay pronunciamiento del Congreso de la República en el

[6] Artículo modificado por el Artículo 2º de la Ley Nº 29401, publicada el 8 Setiembre de 2009 en el diario oficial El Peruano. El texto anterior decía:
"Sustentación del Presupuesto Público.
El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector. El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.
Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo.
Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros.".

plazo señalado, se eleva el dictamen de la comisión revisora al Poder Ejecutivo para que este promulgue un decreto legislativo que contiene la Cuenta General de la República.[7]

Artículo 82.- La Contraloría General de la República
La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

CAPITULO V

DE LA MONEDA Y LA BANCA

Artículo 83.- El Sistema Monetario
La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.

Artículo 84.- Banco Central de Reserva del Perú
El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica.

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 Banco informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su Directorio.

---

[7] Artículo modificado por el Artículo 2º de la Ley Nº 29401, publicada el 8 Setiembre de 2009 en el diario oficial El Peruano. El texto anterior decía:
"La Cuenta General de la República
La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General, es remitida por el Presidente de la República al Congreso en un plazo que vence el quince de noviembre del año siguiente al de ejecución del presupuesto.
La Cuenta General es examinada y dictaminada por una comisión revisora dentro de los noventa días siguientes a su presentación. El Congreso se pronuncia en un plazo de treinta días. Si no hay pronunciamiento del Congreso en el plazo señalado, se eleva el dictamen de la Comisión Revisora al Poder Ejecutivo para que éste promulgue un decreto legislativo que contiene la Cuenta General.".

El Banco está prohibido de conceder financiamiento al erario, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro del límite que señala su Ley Orgánica.

Artículo 85.- Reservas Internacionales
El Banco puede efectuar operaciones y celebrar convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales.

Requiere autorización por ley cuando el monto de tales operaciones o convenios supera el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso.

Artículo 86.- Directorio del Banco Central de Reserva
El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

Todos los directores del Banco son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Congreso puede removerlos por falta grave. En caso de remoción, los nuevos directores completan el correspondiente período constitucional.

Artículo 87.- Superintendencia de Banca y Seguros
El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, 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.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica[8].

[8] Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28484, publicada el 05 Abril 2005 en el diario oficial El Peruano. El texto anterior decía: "El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley. La ley establece la organización y la autonomía funcional

CAPITULO VI

DEL REGIMEN AGRARIO Y DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

Artículo 88.- Régimen Agrario
El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas
Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

TITULO IV

DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

CAPITULO I

PODER LEGISLATIVO

Artículo 90.- El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única.
El número de congresistas es de ciento treinta. El Congreso de la República se elige por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. Los

---

de la Superintendencia de Banca y Seguros. El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca y Seguros por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica".

ANEXO V

Circular No. 034-99-EF/90 emitida por el BCR

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ

CIRCULAR No. 034 -99-EF/90

Lima, 30 de diciembre de 1999

El Directorio del Banco Central de Reserva del Perú ha resuelto dejar sin efecto la Circular No. 013-99-EF/90 que establece las condiciones para el crédito en moneda nacional y extranjera que concede el Banco Central, con fines de regulación monetaria, a las empresas del sistema financiero, con base en lo establecido en los artículos 58° y 59° de su Ley Orgánica y su Estatuto. En esta oportunidad se modifica la valorización de garantías, el mecanismo de ejecución de las garantías y se establece las penalidades, moras y multas para los casos de incumplimiento de las condiciones pactadas en el Crédito de Regulación Monetaria (CRM).

I. GENERALIDADES

1.1. El CRM es concedido por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) a las empresas del sistema financiero (ESF) que operan en el módulo 3 del Artículo 290° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley No. 26702), en tanto no se hallen sujetas al régimen de vigilancia señalado en el artículo 95° de la misma ley.

1.2. El BCRP puede otorgar CRM a las ESF para cubrir deficiencias de encaje.

1.3. El monto del CRM no puede exceder al patrimonio efectivo de la ESF que lo solicite, de acuerdo con la última información disponible proporcionada por la Superintendencia de Banca y Seguros, y se concede en múltiplos de S/. 100 000,00 ó US$ 100 000,00, según el caso, cobrándose los intereses por adelantando.

1.4. El plazo del CRM no excederá de 30 días calendario.

1.5. La tasa de interés del CRM que fija el BCRP se expresa en términos efectivos anuales.

1.6. Cuando una ESF solicite el CRM para cubrir saldos negativos de sus cuentas corrientes, debe presentar una o más de las siguientes garantías:

- Certificados de Depósito del Banco Central (CD BCRP) que, por cuenta propia, mantenga en el registro de propietarios del BCRP.
- Bonos del Tesoro Público registrados en la Caja de Valores y Liquidaciones I.C.L.V. (CAVALI).
- Dólares de los Estados Unidos de América mantenidos en la cuenta corriente en este Banco Central para garantizar créditos en nuevos soles.

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ

CIRCULAR No. 034 -99-EF/90

Lima, 30 de diciembre de 1999

El Directorio del Banco Central de Reserva del Perú ha resuelto dejar sin efecto la Circular No. 013-99-EF/90 que establece las condiciones para el crédito en moneda nacional y extranjera que concede el Banco Central, con fines de regulación monetaria, a las empresas del sistema financiero, con base en lo establecido en los artículos 58° y 59° de su Ley Orgánica y su Estatuto. En esta oportunidad se modifica la valorización de garantías, el mecanismo de ejecución de las garantías y se establece las penalidades, moras y multas para los casos de incumplimiento de las condiciones pactadas en el Crédito de Regulación Monetaria (CRM).

1. GENERALIDADES

1.1. El CRM es concedido por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) a las empresas del sistema financiero (ESF) que operan en el módulo 3 del Artículo 290° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley No. 26702), en tanto no se hallen sujetas al régimen de vigilancia señalado en el artículo 95° de la misma ley.

1.2. El BCRP puede otorgar CRM a las ESF para cubrir deficiencias de encaje.

1.3. El monto del CRM no puede exceder al patrimonio efectivo de la ESF que lo solicite, de acuerdo con la última información disponible proporcionada por la Superintendencia de Banca y Seguros, y se concede en múltiplos de S/. 100 000,00 ó US$ 100 000,00, según el caso, cobrándose los intereses por adelantando.

1.4. El plazo del CRM no excederá de 30 días calendario.

1.5. La tasa de interés del CRM que fija el BCRP se expresa en términos efectivos anuales.

1.6. Cuando una ESF solicite el CRM para cubrir saldos negativos de sus cuentas corrientes, debe presentar una o más de las siguientes garantías:

- Certificados de Depósito del Banco Central (CD BCRP) que, por cuenta propia, mantenga en el registro de propietarios del BCRP.
- Bonos del Tesoro Público registrados en la Caja de Valores y Liquidaciones I.C.L.V. (CAVALI).
- Dólares de los Estados Unidos de América mantenidos en la cuenta corriente en este Banco Central para garantizar créditos en nuevos soles.

- Certificados de depósito, bonos de arrendamiento financiero y letras hipotecarias emitidos por empresas privadas del sector financiero. Asimismo, bonos corporativos emitidos por empresas privadas del sector no financiero, u otros títulos aceptados por el Banco Central que, de acuerdo con la tabla de equivalencias de categorías de riesgo de la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, estén clasificados en la categoría AAA y AA para títulos emitidos a plazo mayor de un año, y en la categoría CP-1 para títulos emitidos a plazo a un año o menos.

- Carta - fianza bancaria solidaria, irrevocable, incondicionada y de realización automática emitida por un banco que opera en el país con una clasificación de riesgo mínima de B+ otorgada por dos empresas clasificadoras de riesgo.

2. PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES.

2.1. Para estar en condiciones de acceder al CRM las ESF deben suscribir con este Banco Central un contrato marco para operaciones de crédito con fines de regulación monetaria, según texto que proporcionará la Gerencia de Crédito y Regulación Financiera y, en cada oportunidad que se otorgue el crédito, el contrato de préstamo directo respectivo.

2.2. En el contrato de préstamo directo se detallará el monto del crédito, la tasa de interés, el plazo y las garantías otorgadas.

2.3. Los contratos de préstamo directo se presentan de acuerdo con el modelo que proporcionará la Gerencia de Crédito y Regulación Financiera y deben estar firmados por funcionarios debidamente autorizados, conforme al monto de la operación y al régimen de poderes que cada ESF ha informado al BCRP.

2.4. Las ESF pueden presentar, vía facsímil, sus contratos de préstamo directo al Departamento de Operaciones Internas de la Gerencia de Crédito y Regulación Financiera hasta las 18:00 horas del día de la operación. Las ESF entregarán el original hasta las 13:00 horas del día útil siguiente.

3. CONSTITUCIÓN Y VALORIZACIÓN DE GARANTÍAS

3.1. Constitución de garantías

- Para los CD BCRP, las ESF constituyen prenda por el monto necesario de los CD BCRP para garantizar el crédito solicitado, lo que implicará su bloqueo mediante anotación en el registro respectivo.

- En el caso de los Bonos del Tesoro Público, las ESF constituyen prenda por el monto necesario para garantizar el crédito solicitado a través de un bloqueo a favor del BCRP. CAVALI enviará al BCRP el estado de cuenta en el que se especifique el bloqueo efectuado.

- En el caso de dólares de los Estados Unidos de América mantenidos en la cuenta corriente en el BCRP, las ESF constituyen prenda sobre el monto necesario para garantizar el crédito solicitado, los mismos que deberán entregarse en la fecha que se concede el CRM. Las ESF no podrán efectuar movimientos en sus cuentas corrientes que disminuyan los fondos prendados.

- Para los certificados de depósito, bonos de arrendamiento financiero y letras hipotecarias emitidos por empresas privadas del sector financiero, bonos corporativos emitidos por empresas privadas del sector no financiero, y todo título aceptado por el Banco Central, las ESF constituyen prenda sobre los mencionados títulos por el monto necesario para garantizar el crédito solicitado a través de un bloqueo a favor del BCRP. CAVALI enviará al BCRP un estado de cuenta en el que se especifique el bloqueo efectuado.

  Los títulos-valores de renta fija emitidos por el sector privado, representados por títulos físicos, deben ser presentados debidamente endosados a favor del BCRP antes del desembolso del CRM.

- Las cartas-fianza ofrecidas en respaldo del CRM deberán ser solidarias, irrevocables, incondicionadas y de realización automática a favor del BCRP, por el monto que se establezca en el Contrato de Préstamo Directo, con un plazo de vigencia de al menos un día útil adicional al vencimiento del préstamo, debiendo aparecer en ella la aceptación de la institución emisora para que, en caso de ejecución, el BCRP efectúe el cargo automático en cuenta corriente.

- Cuando el BCRP otorgue CRM para cubrir deficiencias de encaje, los fondos concedidos quedarán en prenda a favor del BCRP para los fines de la recuperación del crédito.

3.2 Valorización de las garantías

- Los CD BCRP serán valorizados al último precio de negociación en el mercado, o al valor de emisión, el que resulte menor.

- Los Bonos del Tesoro Público serán valorizados al menor valor resultante de comparar el último precio de negociación en el mercado y el valor descontado a la tasa del mercado interbancario del día anterior, siempre que no sea menor a la vigente para el CRM, según la moneda que corresponda.

- Los dólares de los Estados Unidos de América que mantengan en la cuenta corriente en el BCRP, se valorizan al 95% de su valor en nuevos

soles, utilizando el tipo de cambio promedio ponderado compra de dólares de los Estados Unidos de América del día anterior, publicado por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) en el diario oficial "El Peruano".

- Los certificados de depósito, bonos de arrendamiento financiero y letras hipotecarias emitidos por empresas privadas del sector financiero, bonos corporativos emitidos por empresas privadas del sector no financiero, y todo título aceptado por el Banco Central, y los títulos-valores de renta fija emitidos como títulos físicos serán valorizados al último precio de negociación, o al 80 por ciento del valor nominal, el que resulte menor.

- Las cartas-fianza otorgadas serán valorizadas al 95% de su valor.

- Las garantías del CRM expresadas en moneda diferente a aquella del crédito que se solicita serán valorizadas al tipo de cambio promedio ponderado compra de dólares de los Estados Unidos de América del día anterior, publicado por la SBS en el diario oficial "El Peruano". En el caso de que las garantías estén expresadas en nuevos soles para la cobertura de un crédito en dólares de los Estados Unidos de América se aplicará un descuento de diez por ciento.

4. DESEMBOLSO Y CANCELACIÓN DEL CRM

4.1. Verificada la constitución de garantías y recibido el contrato de préstamo directo, previa verificación de las firmas, se procede a desembolsar el monto del crédito mediante un abono en la cuenta corriente que la ESF solicitante mantiene en el BCRP.

4.2. Al inicio de operaciones de la fecha de vencimiento del crédito, se procede a cargar en la cuenta corriente que la ESF mantiene en el BCRP el monto del CRM otorgado.

4.3. Efectuado el cobro a que se refiere el punto anterior, se procede a liberar las garantías que se hubiere constituido en respaldo de la operación.

5. EJECUCIÓN DE GARANTÍAS Y SANCIONES

En caso de que las ESF no cuenten con fondos suficientes en sus cuentas corrientes para la cancelación del CRM, las ESF y el BCRP convienen en la ejecución extrajudicial de las garantías, para lo cual el BCRP queda facultado a aplicar el siguiente procedimiento, en el orden que determine y hasta la suma necesaria para cubrir el monto del crédito, las penalidades, la mora y los gastos que demande la ejecución.

5.1. Cuando la garantía del CRM esté constituida por CD BCRP, la ejecución de los CD BCRP se efectuará mediante su redención anticipada al valor nominal del día y se cobrará una penalidad equivalente al diferencial

entre la tasa de interés del CRM vigente y la tasa de interés de los CD BCRP que se ejecute, siempre que la tasa de éstos últimos sea inferior a la tasa del CRM vigente. Dicho diferencial se aplicará sobre el monto de los CD BCRP adjudicados por los días que falten para su vencimiento.

5.2. Las garantías prendarias constituidas sobre Bonos del Tesoro Público serán ejecutadas mediante su venta en el mecanismo de negociación de la Bolsa de Valores de Lima. Si éste no se encontrara habilitado, el BCRP procederá a la venta directa a terceros mediante subasta.

5.3. Las garantías prendarias constituidas sobre los certificados de depósito, bonos de arrendamiento financiero y letras hipotecarias emitidos por empresas privadas del sector financiero, bonos corporativos emitidos por empresas privadas del sector no financiero, y todo título aceptado por el Banco Central, serán ejecutadas mediante su venta en el mecanismo de negociación de la Bolsa de Valores de Lima. Si éste no se encontrara habilitado, el BCRP procederá a la venta directa a terceros mediante subasta. Dicho mecanismo también se aplicará a la venta de los títulos valores físicos.

5.4. La fianza se ejecutará con arreglo a las prácticas comerciales usuales o mediante cargo automático en las cuentas corrientes que el banco fiador mantiene en el BCRP.

5.5. Cuando las garantías estén constituidas por títulos-valores expresados en nuevos soles para respaldar un crédito en dólares de los Estados Unidos de América, el Banco Central convertirá a dólares de los Estados Unidos de América los fondos provenientes de la ejecución de las garantías al mayor tipo de cambio que resulte de comparar el promedio ponderado de los tipos de cambio de las transacciones cerradas en el sistema DATATEC, entre las 09:30 horas y las 13:30 horas, redondeado a cuatro decimales, y el tipo de cambio de la última transacción cerrada en el sistema DATATEC, de la fecha en que se efectúe la conversión. El producto de dicha operación se aplicará al pago del CRM.

En el caso de que no se cuente con la información de los tipos de cambio de las transacciones cerradas en DATATEC, se utilizará el mayor tipo de cambio que resulte de comparar el promedio simple del tipo de cambio venta interbancario que reporta REUTERS entre las 09:30 horas y las 13:30 horas (página PDSB) redondeado a cuatro decimales, y el tipo de cambio venta de cierre de operaciones que reporta REUTERS (página PDSB). De no contarse con la información de REUTERS, el BCRP proporcionará el tipo de cambio aplicable a la conversión de moneda extranjera.

5.6. Los dólares de los Estados Unidos de América mantenidos en la cuenta corriente en el BCRP prendados, así como los provenientes de la ejecución de títulos-valores expresados en dicha moneda, serán adquiridos por el BCRP al menor tipo de cambio que resulte de comparar el promedio ponderado de los tipos de cambio de las transacciones

cerradas en el sistema DATATEC, entre las 09:30 horas y las 13:30 horas, redondeado a cuatro decimales, y el tipo de cambio de la última transacción cerrada en el sistema DATATEC de la fecha en que se efectúe la compra. El producto de dicha compra se aplicará al pago del CRM.

En el caso de que no se cuente con la información de los tipos de cambio de las transacciones cerradas en DATATEC, se utilizará el menor tipo de cambio que resulte de comparar el promedio simple del tipo de cambio compra interbancario que reporta REUTERS entre las 09:30 horas y las 13:30 horas (página PDSB) redondeado a cuatro decimales, y el tipo de cambio compra de cierre de operaciones que reporta REUTERS (página PDSB). De no contarse con la información de REUTERS, el BCRP proporcionará el tipo de cambio aplicable a la adquisición de moneda extranjera.

5.7. De ser necesario ejecutar la garantía del CRM, se procederá a aplicar una tasa de interés equivalente a 1,25 veces la tasa vigente del CRM, por el plazo en que demore la recuperación de los fondos y por el saldo pendiente.

5.8. Los saldos que pudieran resultar luego de cubrirse el monto del crédito, la penalidad, la mora y los gastos de ejecución de garantías, serán inmediatamente depositados por el BCRP en la cuenta corriente respectiva que las ESF mantienen en el BCRP.

En el caso de que la ejecución de las garantías no alcance para cubrir el íntegro del crédito, la penalidad establecida en los numerales 5.1. y 7.7., la mora establecida en el numeral 5.7.y los gastos de ejecución, el BCRP podrá requerir el pago del saldo mediante otras vías permitidas por el ordenamiento legal vigente.

6. NORMAS COMPLEMENTARIAS

6.1. Las ESF que presenten una solicitud de CRM se someten íntegramente a los alcances de la presente circular.

6.2. El BCRP se reserva el derecho de rechazar, sin expresión de causa, las solicitudes que se le presenten.

6.3. Las ESF autorizan al BCRP a afectar sus cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera que mantienen en el BCRP, hasta por los montos que permitan cancelar los CRM que éste les otorgue, incluidas las penalidades, moras y demás gastos.

6.4. El BCRP podrá exigir a las ESF que recurrentemente soliciten CRM, la presentación de un programa de acciones dirigidas a superar los problemas de liquidez, pudiendo establecer requisitos adicionales para la aprobación y desembolso del CRM.

7. NORMAS TRANSITORIAS

7.1. Los títulos valores representativos de créditos (pagarés), podrán ser garantía del CRM en las proporciones máximas que se establece en el siguiente calendario:

- A partir del 3 de enero del 2000:	30% del crédito
- A partir del 1 de febrero del 2000:	20% del crédito
- A partir del 1 de marzo y hasta el 3 de abril del 2 000:	10% del crédito

7.2 Los deudores emisores de títulos-valores señalados en el numeral anterior deberán tener una calificación 100% normal en la Central de Riesgos de la SBS y no registrar protestos pendientes de solución en el Boletín de Protestos de la Cámara de Comercio de Lima. Asimismo, las ESF son responsables de la veracidad de los títulos entregados en garantía, los que deben contar preferentemente con garantías específicas que serán detalladas en el modelo de solicitud del CRM, debiendo considerar que no pertenezcan a empresas vinculadas a las ESF ni a sus funcionarios principales.

7.3 Las ESF, además de la solvencia del deudor, garantizan la existencia y exigibilidad de los derechos representados en los títulos, lo que incluye la verificación del poder suficiente de los firmantes, la autenticidad de las firmas, de la fecha de vencimiento y del monto de la obligación que aparece en el título que se afecta en prenda (salvo que por escrito se hubiese declarado lo contrario).

La comprobación de una situación distinta a la descrita faculta al BCRP a dar por vencido el crédito y a ejercer las acciones de cobro, sin perjuicio de las penalidades que corresponda.

La transferencia en garantía de los títulos comprende los privilegios y las garantías reales y personales que respaldan la operación de crédito que les dio origen.

7.4 Las garantías con títulos-valores representativos de créditos (pagarés), deben ser constituidas por las ESF con la debida anticipación, a fin de permitir su verificación. Asimismo, las ESF pueden mantener una lista de esos títulos valores aprobada por el BCRP. Los títulos valores podrán mantenerse en un compartimento especial de las ESF a nombre del BCRP.

7.5 La garantía en títulos-valores representativos de créditos se valorizan al 65% de su valor nominal.

7.6 De conformidad con lo previsto en el artículo 1087 del Código Civil y en los artículos 38 y 42 de la Ley de Títulos-Valores, N° 16587, los títulos representativos de créditos otorgados por la ESF se ejecutarán mediante su transferencia a terceros, para lo que el BCRP estará autorizado a efectuar la oferta respectiva. La oferta considerará como base para la postura un equivalente no menor a las dos terceras partes del valor de tasación de los títulos, determinado por un perito valuador inscrito en el Registro de Peritos Valuadores (REPEV) de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Si en la primera oferta no se presentaran postores, se ofrecerán nuevamente, cuantas veces fuese necesario, deduciéndose en cada oportunidad el quince por ciento de la cantidad que sirvió de base para la postura inmediatamente anterior.

La ejecución de los títulos-valores referidos en los dos párrafos anteriores obligan a la ESF a transferir inmediatamente los privilegios y garantías reales y personales que respaldan el crédito que les dio origen, en favor del adquiriente de los títulos, así como a extender los documentos necesarios para la transmisión e inscripción de tales garantías.

La atención del CRM es preferente. El producto de la venta de los títulos entregados en garantía del CRM se aplica a la cobertura de éste. Los saldos que pudieran resultar después de la ejecución serán entregados a la ESF.

7.7 Las ESF serán sancionadas con una multa equivalente al 1% de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) por cada error en la información referente a la calificación de los títulos-valores representativos de créditos que se presentan al BCRP.

Si informasen falsamente sobre las garantías, se les aplicará una multa equivalente a una UIT, sin perjuicio de las acciones penales pertinentes.

8. VIGENCIA

La presente circular rige a partir del 3 de enero del 2 000.

Javier de la Rocha Marie
Gerente General

ANEXO VI

Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente Nº 0005-2005-CC/TC (Anexo IV-001)

EXP. N.° 0005-2005-CC/TC
LIMA
BANCO CENTRAL
DE RESERVA DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Banco Central de Reserva del Perú contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

II. ANTECEDENTES

A. Demanda

Con fecha 25 de agosto de 2005, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) interpone demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declare que es competente para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú; y que, consecuentemente, se declare la nulidad de la Resolución SBS N.° 655-2004, mediante la cual se autorizó la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., pues en dicho procedimiento no se solicitó su opinión. Solicita, asimismo, que la referida declaración de nulidad sólo surta efectos a partir del momento en que, previa opinión del BCR, la SBS dicte una nueva resolución sustituyendo a la anterior y mediante la cual deje a salvo los contratos y operaciones que Citibank del Perú S.A. haya celebrado con terceros.

Los fundamentos de su demanda son los siguientes:

- Tras el procedimiento seguido ante la SBS, Citibank del Perú S.A. se ha constituido como una nueva persona jurídica, independiente de su matriz, con un patrimonio propio que respalda sus obligaciones y con sus propios órganos sociales.

- Su competencia para emitir una opinión previa en dicho procedimiento deriva directamente de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad en este caso, es decir, de la Constitución de 1993, del Decreto Ley N.° 26123 –Ley Orgánica

del BCR (LOBCR)–, y de la Ley N.° 26702 –Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS (LOSBS). Resalta que las normas de desarrollo constitucional reconocen una estrecha y necesaria vinculación entre las atribuciones asignadas al BCR y aquellas correspondientes a la SBS.

- Las competencias del BCR, previstas en las leyes orgánicas, deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 84 de la Constitución, que establece que su finalidad es preservar la estabilidad monetaria, ejerciendo diversas funciones, entre las que se encuentran regular la moneda y el crédito del sistema financiero. Enfatiza que su política monetaria sólo puede implementarse a través del sistema bancario y financiero.

- El artículo 24 de la LOBCR establece que el BCR tiene competencia para emitir opinión en los casos establecidos en la LOSBS, y que esta norma, en su artículo 21 –que establece el procedimiento que deberá seguir la solicitud de organización que presente una empresa del sistema financiero–, prevé la necesidad de recabar la opinión del BCR como requisito para autorizar o denegar la organización de una empresa sometida a la supervisión de la SBS.

- El BCR debe emitir opinión cada vez que se constituya una nueva entidad financiera en el país en la medida en que tal evaluación es necesaria a efectos de permitirle al BCR cumplir con su labor de preservar la estabilidad monetaria.

- A fin de preservar la estabilidad monetaria, el BCR ejecuta su política regulando la liquidez a través del sistema bancario y financiero, para lo cual requiere conocer la situación económica y financiera de todas las empresas del sistema bancario y así evaluar la solvencia de cada una de las empresas del sistema financiero en el tiempo.

- La transformación de la sucursal de una empresa domiciliada en el exterior en una empresa domiciliada en el Perú supone la creación de una nueva empresa financiera en el mercado, y con ello pasa a formar parte del sistema financiero nacional, a través del cual el BCR desarrolla su política monetaria.

B. Contestación de la Demanda

La emplazada contestó la demanda solicitando que se la declare improcedente o, en su caso, infundada, y se establezca que la SBS actuó dentro del marco de sus competencias al expedir la Resolución SBS N.° 665-2004 de fecha 30 de abril de 2004, para lo cual no era necesario un dictamen previo del BCR.

Los fundamentos de la contestación de la demanda son los siguientes:

- La competencia invocada por el BCR con relación a emitir una opinión previa en los procedimientos iniciados para autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del exterior en una empresa constituida en el Perú, no se desprende de la Constitución ni tampoco de su ley orgánica, siendo que no se trata de una competencia, sino de una función conferida por la LOSBS, es decir, una norma

distinta de su Ley Orgánica, que, de ser tomada en cuenta, rompería la regla de taxatividad instituida por el Tribunal Constitucional para establecer las competencias de los órganos, y que establece que en esta materia las competencias deben interpretarse de modo restrictivo.

- De conformidad con el artículo 21° de la LOSBS, el BCR debe emitir opinión cada vez que se constituya una nueva entidad financiera en el país, es decir, previa a la autorización de organización y funcionamiento de una empresa que pretende ingresar al sistema financiero nacional, pero no cuando ésta haya venido operando en el mercado y lo que persiga sea transformarse en otra modalidad empresarial permitida por el propio sistema para continuar sus operaciones.

- La pretensión del BCR supone un cuestionamiento de las competencias autónomas de la SBS en tanto pretende hacer valer su propia interpretación de una norma distinta a su Ley Orgánica y cuya interpretación corresponde a la SBS.

- La legislación societaria reconoce en la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el exterior en empresa domiciliada en el Perú, un supuesto distinto al de la simple constitución de una sociedad en el Perú, por lo que afirmar su equivalencia supondría desvirtuar la norma societaria.

- En tanto la demanda está encaminada a lograr el ejercicio de una función meramente consultiva, la misma no puede ser tramitada vía el proceso competencial, pues tal supuesto impide por sí mismo la existencia de conflicto.

C. Escrito del Citibank del Perú S.A.

El Citibank del Perú S.A., en calidad de tercero con interés en el resultado del proceso, solicitó que el Tribunal Constitucional tuviera presentes los siguientes argumentos:

- El Citibank inició el procedimiento de autorización de transformación de su sucursal en el Perú en una empresa constituida en este país, al amparo de la normativa reglamentaria de la materia, la cual no sólo no establecía consulta alguna al BCR, sino que no fue cuestionada en ningún momento, por lo que la autorización fue obtenida cumpliendo con todos los requerimientos previstos.

- La LOSBS sólo exige opinión previa del BCR cuando se pretende:
  a) La autorización de organización y funcionamiento de las empresas comprendidas en los incisos A, B y C del artículo 16 de la misma ley, que vayan a iniciar operaciones en el Perú (art. 19)[1][1].

[1][1] Artículo 19.- ORGANIZADORES DE EMPRESAS
Las personas naturales o jurídicas que se presenten como organizadores de las empresas a que se refieren los artículos 16 y 17, deben ser de reconocida idoneidad moral y solvencia económica. (...)
La Superintendencia está facultada para autorizar la organización y el funcionamiento de las empresas comprendidas en los artículos 16 y 17 de la presente Ley. En el caso de las empresas comprendidas en los incisos A, B y C del artículo 16 deberá contar con la opinión previa del Banco Central.
Artículo 16°.- CAPITAL MÍNIMO

b) b) Apertura de sucursal en el exterior de una empresa domiciliada en el Perú (art. 30°)[2[2]].

b) b) Apertura de oficinas en el Perú de empresas domiciliadas en el extranjero (art. 39)[3[3]].

c) c) Transformación, conversión, fusión o escisión de una empresa si ella supone realizar un nuevo tipo de actividad (art. 12)[4[4]]

Todos los supuestos implican que la entidad involucrada realice nuevas operaciones, lo cual no se produjo en el supuesto concreto del Citibank.

- • La atribución del BCR es velar por el tráfico y la estabilidad de la moneda, mientras que a la SBS le compete ejercer el control técnico financiero del sistema financiero, por lo que es desde esta perspectiva que deben interpretarse las normas bajo análisis.

- • La transformación de la sucursal de sociedades domiciliadas en el exterior constituye una de las formas de reorganización societaria y su adopción no supone la constitución de una nueva sociedad, en tanto que la masa patrimonial se mantiene inalterada, suponiendo tan sólo un cambio en la estructura jurídica de la empresa.

- • Las principales ventajas de la transformación de Citibank del Perú S.A. son:

a) a) Las decisiones que adopta la junta general de accionistas y el Directorio se encuentran sujetas al control de la SBS, el Poder Judicial y las demás autoridades competentes.

Para el funcionamiento de las empresas y sus subsidiarias, se requiere que el capital social aportado en efectivo alcance las siguientes cantidades mínimas:

A. Empresas de Operaciones Múltiples

1. Empresa bancaria (...)

B. Empresas Especializadas

C. C. Bancos de inversión

[2[2]] Artículo 30.- APERTURA DE SUCURSALES, AGENCIAS U OFICINAS ESPECIALES

La apertura por una empresa del sistema financiero o del sistema de seguros, de sucursales o agencias, sea en el país o en el exterior, requiere de autorización previa de la SBS.

Tratándose de la apertura de una sucursal en el exterior, la SBS, antes de expedir la autorización, debe recabar la opinión del BCR . (...).

[3[3]] Artículo 39.- ESTABLECIMIENTO DE LAS EMPRESAS EN EL EXTERIOR

Las empresas de los sistemas financiero y de seguros domiciliadas en el extranjero, que se propongan establecer en el país una oficina que opere con el público, deben recabar la autorización previa de la SBS. Cuando se trate de empresas del sistema financiero, la SBS debe solicitar la opinión del BCR dentro del plazo a que se refiere el tercer párrafo del artículo 21, conforme al procedimiento que la SBS señale. Les son de aplicación las normas contenidas en la presente ley.

[4[4]] Artículo 12.- CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS

Las empresas deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima, salvo aquéllas cuya naturaleza no lo permita. Para iniciar sus operaciones, sus organizadores deben recabar previamente de la SBS, las autorizaciones de organización y funcionamiento, ciñéndose al procedimiento que dicte la misma con carácter general.

Tratándose de las empresas que soliciten su transformación, conversión, fusión o escisión, éstas deberán solicitar las autorizaciones de organización y de funcionamiento respecto del nuevo tipo de actividad.

b) b) Las decisiones corporativas pueden ser adoptadas de un modo más eficiente y ágil que antes, cuando eran adoptadas por el Directorio de Citibank N.A. en Nueva York.

c) c) En tanto tiene acciones inscritas en el mercado de valores y el Registro de Valores de la Bolsa de Valores de Lima, le resultan aplicables las normas sobre transparencia de CONASEV.

d) d) Se encuentra aislado de los riesgos operacionales y crediticios de Citibank N.A.

e) e) Los límites operacionales y otras instituciones de regulación preventiva y exigencias regulatorias son las mismas que las aplicables a las demás empresas del sistema financiero nacional.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

CUESTIONES DE FORMA

A. A. Determinar si el demandante está debidamente representado en el proceso.
B. B. Determinar si el petitorio puede ser dilucidado en un proceso competencial.
C. C. Determinar cuáles son las normas que integran el bloque de constitucionalidad en la presente causa.

CUESTIÓN DE FONDO

D. D. Determinar si es competencia del BCR emitir una opinión técnica cuando una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero solicita su transformación a empresa domiciliada en el Perú.
E. E. Determinar los efectos de la sentencia.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El Banco Central de Reserva del Perú (BCR) ha interpuesto una demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declare que es competente para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú; y que, consecuentemente, se declare la nulidad de la Resolución SBS N.° 655-2004, mediante la cual se autorizó la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., en tanto que en dicho procedimiento no se solicitó su opinión. Solicita, asimismo, que la referida declaración de nulidad sólo surta efectos a partir del momento en el que, previa opinión del BCR, la SBS dicte una nueva resolución sustituyendo a la anterior y

mediante la cual deje a salvo los contratos y operaciones que Citibank del Perú S.A. haya celebrado con terceros.

2. Es preciso que antes de considerar una evaluación sobre el fondo del asunto, este Tribunal se detenga en el análisis de tres cuestiones de orden formal: la primera, referida al supuesto de una indebida representación procesal del demandante; la segunda, referida a la verificación de los presupuestos procesales inherentes al proceso competencial; y, en tercer lugar, definir las normas que integran el bloque de constitucionalidad en el presente caso.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FORMA

§2. La representación procesal del demandante

3. La demandada, en atención a lo previsto en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional (CPConst.)[5[5]], solicita que se declare improcedente la demanda interpuesta por el BCR, pues considera que ésta

> debió ser interpuesta por el titular de esta entidad, que es el mismo Directorio del BCR o, en todo caso, su Presidente; y el acuerdo de demandar [debió ser] adoptado por el Pleno del Directorio. Esto por disposición constitucional –artículo 86 de la Constitución–, en cuanto prescribe sobre la titularidad del BCR que éste `es gobernado por un Directorio de siete miembros´. (...). Asimismo, el artículo 8 de su Ley Orgánica prescribe que el Directorio del Banco Central de Reserva es su más alta autoridad institucional.

En base a tal premisa, sostiene que

> El Gerente General del Banco Central de Reserva no puede interponer válidamente la presente demanda porque NO HAY TÍTULO PROCESAL QUE LO HABILITE COMO REPRESENTANTE DEL BCR EN EL PROCESO COMPETENCIAL.
> Hacemos presente la circunstancia descrita, porque consideramos MUY GRAVE que se tramite un Proceso Competencial (...) cuando NO HAY NINGÚN ACTO PROCESAL mediante el cual el TITULAR de dicha entidad constitucional haya manifestado alguna objeción competencial en contra de [la SBS].

4. Al respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que si bien el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva

> debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución–, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad

---

[5[5]] Artículo 109 CPConst.- "(...). Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno."

que éste presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico[6][6].

En efecto, siendo la Constitución una Norma Fundamental *abierta*, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst, un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro*, sino, por el contrario, como su principal promotor.

5. Como bien aprecia Pedro de Vega,

> (...) so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (*da mihi facto dabo tibi jus*). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional –y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada– no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles[7][7].

6. Con relación a lo expuesto, Augusto Morello, citando jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, y tras advertir que respecto de la adecuada administración de justicia, dicha entidad debe actuar como un órgano "interesado"–, manifiesta que

> Por más vueltas que demos a las cosas, lo medular de la función de juzgar (...) es la de que el juez está obligado a buscar la verdad observando las formas sustanciales del juicio, pero sin verse bloqueado por ápices procesales, y realizando los derechos de manera efectiva en las situaciones reales que, en cada caso, se le presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del supuesto en juzgamiento (Fallos, 56:428 y 441; 302:1611)[8][8].

7. Todos los procesos constitucionales (incluyendo aquellos orientados a la tutela de derechos fundamentales) gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de valores institucionales. En consecuencia, en todos los procesos constitucionales subyace una defensa del orden público constitucional, expresado en que el Estado se disgrega en múltiples centros de poder equilibrados, tal como sucede en el caso del BCR y la SBS. Estos órganos constitucionales se encuentran (o deben encontrarse) equilibrados entre sí por un sistema de frenos y contrapesos, que es lo que hace al poder manejable por el Derecho.

---

[6][6] RTC 0026-2005-AI, Fundamento 15.
[7][7] De Vega, Pedro. *Estudios políticos constitucionales*. México D.F: Universidad Autónoma de México, 1987, p. 306.
[8][8] Morello, Augusto. *Admisibilidad del recurso extraordinario*. Buenos Aires: Librería Editora Platense — Abeledo-Perrot, 1997, p. 1.

Es por ello que, tal como lo señala el artículo III del CPConst, el juez constitucional goza de una razonable valoración en la adecuación de toda formalidad a los fines de los procesos constitucionales, de manera tal que, en ningún caso, la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del CPConst) quede subordinada al respeto de *las formas por las formas*.

8. Lo expuesto, desde luego, no supone en modo alguno que las disposiciones del CPConst. puedan ser desconocidas por los jueces constitucionales. Significa tan sólo que ellas deben ser interpretadas y/o integradas "desde" y "conforme" a la Constitución, de modo tal que resulte optimizada la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del CPConst).

9. Por estos motivos, por ejemplo, el Tribunal Constitucional desestimó la solicitud del Gobierno Regional de Huánuco de declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad planteada contra las Ordenanzas Regionales N.^{os} 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GR, por una supuesta falta de legitimidad para obrar y representación insuficiente de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros[9][9]. Por esos mismos motivos, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de delimitar razonablemente la legitimidad de los colegios profesionales para activar la jurisdicción concentrada de este Tribunal para el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley[10][10]. Y por esas razones, en fin, este Colegiado ha permitido, en aplicación del principio de socialización, que personas que no son parte, pero que cuentan con un legítimo interés objetivo en el proceso, hagan uso de la palabra en la audiencia pública[11][11].

10. Es en atención a los principios y criterios procesales expuestos que el Tribunal procede a evaluar la solicitud de improcedencia planteada por la demandada.

11. Cuando el artículo 109 del CPConst. establece que "los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares", tiene por propósito que quede plenamente manifestada la voluntad de los órganos constitucionales de dirimir el conflicto constitucional en sede de este Colegiado. Es así que, si no ha sido el propio titular del BCR quien ha suscrito la demanda de conflicto competencial, la formalidad podría quedar subsanada si del análisis de otros hechos sustantivos y procesales se advierte que dicha voluntad resulta indubitable.

12. En efecto, a fojas 16 de autos, obra copia certificada del Acuerdo de fecha 9 de junio de 2005, a través del cual el Directorio del BCR conviene en autorizar la presentación de la demanda en contra de la SBS. De esta forma, a juicio de este Colegiado, no existe duda respecto de la voluntad de la institución, formalizada por su propio Directorio, de cuestionar jurisdiccionalmente determinados actos llevados a cabo por la SBS.

---

[9][9] STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados), Fundamentos 1, 2 y 3.
[10][10] RTC 0005-2005-AI
[11][11] STC 0002-2005-AI, Fundamentos 12 a 20 y punto 3 de su parte resolutiva.

13. Por su parte, el artículo 38 del Decreto Ley N.° 26123 –Ley Orgánica del BCR (LOBCR)– establece entre las atribuciones y deberes del Gerente General del BCR, la de ejercer su representación legal.

14. De manera que, al despejarse la controversia respecto a la voluntad de demandar del BCR, así como respecto de la capacidad jurídica de su Gerente General para expresar la voluntad jurídica de la entidad, este Colegiado no encuentra mérito para cuestionar la continuidad del proceso a partir de una interpretación literal del artículo 109 del CPConst.

15. La razón por la que no cabe en este caso una lectura textual del artículo 109 CPConst., desde luego, no descansa ni podría descansar, en el simple voluntarismo de este Tribunal. Si así fuese, este Colegiado consumaría la ejecución de un acto que, justamente, está llamado a combatir.

    La causa por la que no existe posibilidad de estimar la solicitud de improcedencia de autos, reside precisamente en lo expuesto en los fundamentos 4 a 10 *supra*, de conformidad con el mandato previsto en el artículo III del Título Preliminar del CPConst, en virtud del cual el juez constitucional tiene la obligación de adecuar toda exigencia formal prevista en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, es decir, a garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según reza el artículo II del Título Preliminar del CPConst.

16. En consecuencia, corresponde desestimar la solicitud de improcedencia de la demanda por supuesta falta de representación del BCR.

§3. ¿El petitorio del demandante puede ser dilucidado en un proceso competencial?

17. El demandante refiere que la omisión de su opinión antes de autorizar la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero a empresa domiciliada en el Perú, supone una vulneración de una competencia constitucional.

    En concreto, refiere:

    > el BCR tiene una competencia específica, fijada por las normas que integran el `bloque de constitucionalidad', para emitir su opinión previa cada vez que se organice una nueva empresa financiera en nuestro país. Ello es así, porque el BCR debe evaluar y apreciar la creación de esta nueva entidad financiera, desde la perspectiva de la preservación de la estabilidad monetaria del país, que constituye nuestra finalidad.

18. 18. Por su parte, la demandada señala que en el presente caso no existe propiamente un conflicto de competencia, porque no se trata ni de un supuesto en el que dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (conflicto positivo), ni tampoco de uno en el que ambos se consideren incompetentes para tales efectos (conflicto negativo).

19. 19. El Tribunal comparte parcialmente el criterio de la demandada, pues, en efecto, el presente caso no se trata de un conflicto positivo de competencia, en tanto el BCR y la SBS no se encuentran en disputa por el ejercicio de una misma competencia, ni tampoco de uno negativo típico, ya que tampoco resulta que alguno de estos órganos constitucionales se encuentre rehuyendo el ejercicio de una competencia que la Constitución o las leyes orgánicas le hayan asignado.

Sucede, sin embargo, que el proceso competencial no solamente se reduce a estas dos categorías típicas de fórmulas conflictivas, pues en él, *prima facie*, es posible también que se ventilen los denominados *conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que si bien son una variante de conflicto negativo no se identifican con su versión clásica.

20. 20.Tal como señala Gómez Montoro,

> En primer lugar, con la denominación *conflicto negativo* se suele aludir en el ámbito de los conflictos jurisdiccionales a aquellos casos en los que dos órganos se declaran incompetentes para satisfacer la pretensión de un particular. (...). Pero de *conflicto negativo* se habla también en aquellos supuestos en los que la controversia es planteada no por un particular afectado, sino por otro órgano. La legitimación de este órgano para plantear el conflicto puede derivar a su vez, bien de un interés propio –cuando la inactividad de un órgano impide o hace ineficaz el ejercicio por otro órgano de sus propias competencias, lo que suele ser relativamente habitual en los casos en que el ejercicio de una función requiere la concurrencia de dos o más órganos–, bien de un interés objetivo en que cada órgano ejerza sus competencias –y entonces se atribuye legitimación a un órgano con independencia de que se vea o no afectado por la inactividad de otro–. El conflicto se presenta en estos casos como una típica disputa interorgánica[12[12]].

Para continuar señalando que

> La actuación de un órgano aparece en esos casos como un deber cuya omisión incide en la competencia de los otros órganos (obstaculizando su ejercicio o impidiendo el perfeccionamiento del acto). (...). Esas hipótesis pueden producirse fundamentalmente en los casos en que el ejercicio de una competencia requiere la autorización o el dictamen previo de otro órgano (...) y puede suceder que en un caso concreto se discuta si la materia sobre la que versa el acto se incluye o no entre las que requieren la autorización o el dictamen, produciéndose así un conflicto que puede ser resuelto mediante la interpretación de la Constitución o de la ley orgánica correspondiente[13[13]].

21. 21.Ello, en efecto, es lo que acontece en el presente caso, pues la cuestión

---

[12[12]] Gómez Montoro, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 405.

[13[13]] *Op. Cit.* p. 409-410. En el mismo sentido, *Vid.* Bermejo Vera. *La función resolutoria de los conflictos constitucionales negativos por parte del Tribunal Constitucional.* En: Revista Española de Derecho Administrativo. N.° 26, 1980, p. 364.

controvertida se centra en que mientras para el demandante recabar su opinión resulta obligatorio antes de que la SBS autorice o deniegue la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero en empresa domiciliada en el Perú, la demandada considera que, en dichos casos, tal opinión no resulta necesaria.

22. 22. Desde luego, el hecho de que la doctrina haya reconocido a los *conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, como una variante de conflicto negativo de competencias, no autoriza, sin más, a que este Tribunal se considere competente para conocerlos, pues ello debe derivar de una razonable interpretación del artículo 202, 3, de la Constitución, que concede competencia a este Tribunal para conocer los conflictos de competencias y atribuciones, y, más específicamente, del artículo 110, del CPConst, que, de conformidad con aquel, ha regulado el objeto de la pretensión en el proceso competencial. Este artículo establece:

> El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. (...)

23. 23. De este modo, si bien es cierto que los "típicos" conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110 del CPConst. establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehúye deliberadamente actuaciones "afectando" las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las "afecta". No se trata pues de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro.

Y, justamente, en este último supuesto se encuentra el presente caso: el BCR no acusa a la SBS de haberse arrogado la competencia de emitir una opinión previa a la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, sino de desconocer que dicha competencia existe; y, consecuentemente, acusa a la SBS de haber afectado sus competencias constitucionales al omitir solicitarle la referida opinión previa.

24. 24. Este Colegiado estima que más allá de las implicancias del caso entre el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca y Seguros en torno a la autorización de transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., lo fundamental del proceso consiste en dilucidar si existe o no conflicto de competencia en los casos solicitados de transformación de una sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.

25. 25. En consecuencia, en atención a la función pacificadora de los conflictos entre órganos constitucionales, inherente al proceso competencial, y a partir de una razonable interpretación del artículo 110 del CPConst., que contribuye a adecuar toda previsión procesal a las finalidades de los procesos constitucionales (artículo III del Título Preliminar del CPConst.), el Tribunal Constitucional considera que este proceso es la vía para dilucidar la presente materia controvertida.

26. 26. Sin embargo, a diferencia de los conflictos positivos y negativos de competencia, en los que la relevancia constitucional es consubstancial a la litis, en los casos de conflictos en torno a los alcances del ejercicio de una determinada atribución o competencia, dicha relevancia no puede darse por sobreentendida, razón por la cual, antes de poder ingresar al fondo del asunto, corresponde determinar si el asunto reviste entidad constitucional.

§4. Determinación del parámetro de control (bloque de constitucionalidad) en la presente causa

27. 27. El demandante manifiesta que el fundamento normativo de su competencia para emitir una opinión previa en los supuestos en los que sucursales de empresas financieras constituidas en el extranjero se transforman en empresas constituidas en el Perú, se encuentra, de un lado, en el artículo 24, i), de la LOBCR, en cuanto establece que es competencia del BCR

> Emitir la opinión que compete al Banco en los casos señalados en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros"; y, de otro, en el artículo 21 de la LOSBS, que dispone que a efectos de autorizar o denegar las solicitudes de organización de empresas del sistema financiero, la SBS debe remitir la información pertinente al BCR, de modo tal que éste, previamente, emita una opinión sobre el particular.

28. 28. Al respecto, la demandada señala que

> la asignación al Directorio [del BCR] de la función de emitir los dictámenes que competen al Banco en los casos señalados en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N.° 26702), no convierte a ésta en una fuente de competencias constitucionales del BCR, porque ésta NO ES LA LEY ORGÁNICA DEL BCR (...). [E]s absolutamente consistente afirmar que la Constitución prescribe que la **Ley Orgánica del BCR** establece las competencias constitucionales de esta institución. Pero cosa muy distinta en que se afirme que también prescribe que se *puede reconocer CARÁCTER CONSTITUCIONAL a funciones del BCR que le hayan sido establecidas en leyes distintas a su Ley Orgánica.* Esto último es inaceptable.(sic)

29. 29. De este modo, la demandante, a partir de un análisis textual del artículo 84 de la Constitución, en el que se prevé que, además de las competencias directamente asignadas por la Constitución al BCR, éste es también competente para ejercer las funciones que señala "su" ley orgánica, considera que el bloque de constitucionalidad en el presente caso sólo podría estar constituido por la Constitución y la LOBCR, y no

por normas a las que ésta última se remita, ni menos aún por normas formalmente ajenas a la configuración estructural del BCR.

30. 30. Al respecto, este Tribunal discrepa del criterio de los demandantes, toda vez que el principio de unidad estatal y jurídica del ordenamiento proyectado desde la propia Constitución (artículos 43 y 51, respectivamente) impide que las competencias constitucionales de los órganos previstos en ella sean determinadas sobre la base de una lectura tan rígida y positivista de sus disposiciones.

31. 31. En efecto, tal como ha sido establecido por este Tribunal en la STC 0013-2003-CC/TC, el bloque de constitucionalidad está integrado por aquellas normas que

> se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos[14][14]

Ese es el sentido del artículo 79 del CPConst., cuando establece que

> Para apreciar la validez constitucional de las normas [`y de los actos', cabría agregar a partir de una adecuada comprensión de la naturaleza y fines de los procesos constitucionales], el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

32. 32. Es por ello que este Colegiado ha advertido que incluso, en determinadas circunstancias, cabe incorporar en el bloque de constitucionalidad leyes distintas de las orgánicas (*Vid.* STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI –acumulados–; Fundamentos 69 a 71).

33. 33. En consecuencia, atendiendo a la singular articulación en el ejercicio de las competencias del BCR y la SBS, este Tribunal, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 de la Constitución y 1 de la LOTC), considera razonable y necesario entender que en el presente caso, el bloque de constitucionalidad está integrado por la Constitución, la LOBCR y la LOSBS. En particular, los artículos 84 y 87 de la Constitución; 24, i), de la LOBCR, y los artículos 12 y 21 de la LOSBS.

34. 34. Definida la posibilidad de ventilar la materia controvertida en un proceso competencial, así como las normas que integran el bloque de constitucionalidad, este Tribunal procederá a revisar el fondo del asunto.

VI. ANÁLISIS SOBRE LAS CUESTIONES DE FONDO

---

[14][14] STC 0013-2003-CC/TC, Fundamento 10.5

§5. Relevancia constitucional de la litis

35. 35. Cuando el artículo 58 de la Constitución dispone que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado, sienta las bases de principios axiológicos que fundamentan el orden público económico de la Constitución y que garantizan que éste se desenvuelva en forma integrada y racional. El Estado y cada uno de los poderes que lo conforman tienen el deber constitucional de actuar en consonancia con tales principios, de forma tal que, en ningún caso, se pierda de vista que el propósito último de los principios de la Constitución económica es el bienestar general (artículo 2, 1), en dignidad (artículo 1) y en igualdad (artículo 2, 2)[15][15].

36. 36. Desde luego, la libre iniciativa privada presupone una libertad de movimiento de capitales que se encuentre constitucionalmente garantizada. La soberanía monetaria del Estado y la estabilidad del sistema monetario son resguardados por el BCR, a partir del ejercicio de diversas competencias, entre las que se encuentran regular la moneda y el crédito en el sistema financiero (artículo 83 y 84 de la Constitución)

37. 37. Por su parte, el artículo 87 de la Carta Fundamental dispone que la SBS tiene por función ejercer el control de las empresas bancarias y de seguros y de todas aquellas otras empresas que reciben ahorro y/o depósitos del público. Así pues, la finalidad de la SBS, tal como viene configurada por el artículo 345 de su Ley Orgánica, consiste en proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros.

38. 38. De este modo, vistos 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.

39. 39. 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).

---

[15][15] STC 0008-2003-AI, Fundamentos 14 a 18.

40. 40. Por ello, sin perjuicio de las exclusivas competencias previstas en la regulación orgánica del BCR y de la SBS, se proyecta desde la propia Constitución la obligación de que se respete un *núcleo funcional de coordinación* entre ambas entidades. Ello queda evidenciado, por ejemplo, en la repetida exigencia prevista en diversas normas de la LOSBS, de requerir la opinión previa del BCR antes de autorizar o denegar determinadas solicitudes formuladas por entidades del sistema bancario y financiero a la SBS.

41. 41. Sobre el particular, la demandada, refiere:

> Consideremos la hipótesis negada de que existe una norma, sea en la Constitución o en la Ley Orgánica del BCR, que reconoce expresamente la competencia de esta institución para emitir dictámenes previos a la transformación de una Sucursal de un Banco del Exterior en empresa bancaria nacional. Si así fuera, el BCR tendría una atribución de carácter consultivo (un dictamen sólo es una opinión consultiva) y este tipo de competencias –como está reconocido por gran parte de la doctrina– no puede ser objeto de un Proceso Competencial.

42. 42. De este modo, la demandada considera que la competencia del BCR para emitir opiniones previas a la toma de determinadas decisiones de la SBS carece de relevancia constitucional, por el sencillo motivo de que tales opiniones no resultan vinculantes.

43. 43. El Tribunal Constitucional no comparte tal postura, puesto que el deber previsto en la LOSBS, de recabar opiniones del BCR en determinadas oportunidades, tiene sustento directo en el *núcleo funcional de coordinación* entre ambas entidades derivado de la incidencia mutua entre las funciones que la Constitución ha conferido a cada una de ellas, es decir, de la incidencia mutua entre la estabilidad del sistema financiero y bancario, y la estabilidad del sistema monetario.

    Ello cobra sentido en tanto de la adecuada toma de decisiones de la SBS depende en buen grado la posibilidad del BCR de asegurar el equilibrio monetario. De manera que resulta constitucionalmente obligatorio (y no una mera formalidad) que éste coadyuve en el estudio técnico de las consecuencias que tales decisiones puedan representar, siempre que así lo exija la LOSBS. En efecto, si el adecuado ejercicio de las competencias que constitucionalmente han sido asignadas al BCR y a la SBS, no sólo depende de la adopción de medidas correctoras (*ex post*), sino, fundamentalmente, de medidas preventivas (*ex ante*), es deber, y no simple facultad de la SBS, recabar toda la información del BCR que resulte pertinente, toda vez que las decisiones que adopte pueden incidir, siquiera mínimamente, en la estabilidad monetaria.

44. 44. En consecuencia, este Tribunal considera que las opiniones previas del BCR, allí donde las leyes orgánicas las exigen, configuran una competencia de dicha entidad con sustento constitucional directo, motivo por el cual corresponde evaluar si en los supuestos de transformación de una sucursal de una empresa financiera del extranjero en una empresa constituida en el Perú, dicha exigencia existe, pues, de ser así, la demanda deberá estimarse.

§6. ¿Corresponde al BCR emitir una opinión previa en los procedimientos de transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú?

45. 45. Conforme se ha señalado, la pretensión principal del demandante consiste en que la emplazada reconozca su competencia para emitir una opinión previa en los procedimientos seguidos ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.

46. 46. La posibilidad de que dicha transformación se materialice se encuentra prevista en el artículo 395° de la Ley N.° 26887 –Ley General de Sociedades (LGS)–:

> La sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero puede reorganizarse; así como ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por esta ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro.

Con relación a dicho artículo, el demandante sostiene que

> El cambio de situación de sucursal de una empresa extranjera a una empresa constituida en el país, no comparte la naturaleza jurídica propia de una 'transformación' o 'reorganización societaria', *sino más bien la creación de una nueva persona jurídica.* (...). [L]o que en realidad se produce es la escisión o división de un bloque patrimonial, que se encontraba asignado a la *sucursal* (como 'capital asignado') y que integraba el patrimonio de una persona jurídica constituida en el exterior (sociedad *principal*), para que a partir de dicho momento, se destine a la constitución de una nueva persona jurídica, con su propio patrimonio y que en adelante, responderá por el cumplimiento de sus obligaciones. (...). [L]*a transformación de la sucursal de una empresa financiera del exterior, en una empresa constituida en el Perú, implica la creación de una nueva empresa financiera,* lo que constituye un cambio relevante en el sistema bancario y financiero, que por tal motivo, requiere la opinión del BCR antes de ser autorizado por la SBS.

47. 47. Por su parte, la demandada considera que el supuesto del artículo 395 de la LGS, hace alusión

> solamente a la autorización que se otorga a una EMPRESA QUE YA ESTÁ OPERANDO EN EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL (...), para que se transforme en OTRA MODALIDAD EMPRESARIAL PERMITIDA POR EL MISMO SISTEMA FINANCIERO NACIONAL. (...). Como no se trató de un procedimiento de organización de una nueva empresa del Sistema Financiero, sino de la transformación de una ya existente, NO CORRESPONDÍA que el BCR expidiera un dictamen con anterioridad (...).

48. 48. Asimismo, la SBS alega que no solicitó la opinión previa del BCR en el procedimiento seguido por el Citibank porque en una ocasión anterior en la que el Banco de Comercio realizó un procedimiento sustancialmente análogo, sí lo hizo, y el BCR manifestó que en dicho supuesto no le correspondía emitir opinión alguna. De este

modo, aduce que ha sido el propio criterio utilizado en el pasado por el BCR el que la llevó a no solicitar su opinión en esta oportunidad.

49. 49. A ese respecto, el Tribunal Constitucional considera que lo determinante en este momento a fin de delimitar el marco competencial del caso, no es la conducta de los órganos constitucionales sino, antes bien, lo dispuesto en la Constitución y las respectivas leyes orgánicas.

En todo caso, siendo evidente que el BCR no ha sido consecuente con los criterios previos relacionados con el asunto que es materia de controversia, aun cuando este Tribunal llegara a concluir que la SBS ha afectado las competencias del BCR al no solicitar su opinión previa, ello no implicaría en modo alguno atribuirle una conducta negligente o dolosa, pues ha actuado correctamente atendiendo al propio criterio adoptado en el pasado por el BCR.

50. 50. Por su parte, CITIBANK DEL PERÚ S.A., refiere que la opinión previa del BCR

> única y exclusivamente, está prevista y es requerida para el caso de entidades que inician operaciones o que, habiéndolas iniciado, van a tener un nuevo tipo de actividad (transformación regulatoria), pero no cuando se trata de una transformación societaria. (...) Y es que lo que está en juego en este caso no es un nuevo actor que pueda incidir en la estabilidad de nuestra moneda, sino el régimen o status corporativo o societario de una persona jurídica que forma parte del Sistema Financiero Peruano (...). [L]a transformación de la sucursal de sociedades establecidas en el exterior, a que se refiere el artículo 395 de la LGS, sí constituye una de las formas de reorganización societaria reguladas por la LGS; y, adicionalmente a ello, su adopción no determina, en rigor, y desde una perspectiva jurídica, la constitución de una nueva sociedad.
>
> En efecto, se trata más bien de un cambio en la forma de la organización jurídica de un patrimonio integral (el asignado a la sucursal), la que deja de ser una sucursal para transformarse en una sociedad constituida en el Perú. (...).
> El supuesto de hecho al que se refieren los artículos 12 y 21 de la Ley de Bancos, es claramente distinto al que corresponde a un acuerdo de transformación de una sucursal en un banco del Exterior que ha venido operando (con autorización) en forma previa en el Perú. (...) Resulta claro y se desprende de su simple lectura que regulan el supuesto en que una nueva empresa bancaria (...) recién desee iniciar sus operaciones como parte del Sistema Financiero Peruano.

51. 51. En el escrito de demanda se afirma que la transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera en una empresa constituida en el Perú "con personería jurídica propia" –según reza el tercer párrafo del artículo 16 de la Resolución SBS N.° 600-98, que aprobó el Reglamento para la constitución y establecimiento de empresas y representantes de los Sistemas Financiero y de Seguros– *da lugar a la constitución de una* "nueva" *empresa en el sistema financiero*, motivo por el cual resulta de aplicación el artículo 21 de la LOSBS, que establece la necesidad de que en dichos supuestos se le solicite una opinión previa.

Por su parte, tanto la demandada como el Citibank del Perú S.A. alegan, en los recursos presentados en este proceso, que el supuesto *descrito no da lugar a la constitución de una nueva persona jurídica*, sino, simplemente, a la transformación societaria de una empresa que previamente ya se encontraba operando en el sistema, razón por la cual la opinión del BCR no resultaba necesaria.

Incluso parte del debate se ha centrado en tratar de determinar la naturaleza jurídica del fenómeno societario que dio lugar a la constitución de Citibank del Perú S.A. Así, por un lado, se ha dicho que se trató de una escisión; mientras que, por otro, se ha sostenido que se trató de un simple cambio en la forma de la organización jurídica de un patrimonio integral, o, en todo caso, de una reorganización.

52. 52. En realidad, el debate en torno a la forma societaria adoptada por el Citibank del Perú y si esta dio lugar a una nueva empresa, o fue una mera transformación, no resulta ser lo sustancial para resolver el presente conflicto, el cual deberá determinarse desde una perspectiva constitucional y no meramente societaria.

En ese sentido, este Tribunal deberá determinar, en concreto, si, en atención a la finalidad que el constituyente ha conferido al BCR (preservar la estabilidad monetaria –artículo 84 de la Constitución–), el procedimiento de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera en una empresa constituida en el Perú, requiere su opinión previa. Dicho de otro modo, *la discusión de orden societario con relevancia constitucional se circunscribe a determinar si el procedimiento de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera, en una empresa constituida en el Perú, puede incidir en la estabilidad de la moneda.* Si la repuesta es afirmativa, será preciso interpretar que el artículo 21 de la LOSBS, al regular el procedimiento "para la organización de las empresas del sistema financiero", hace alusión también a dicho supuesto, en cuyo caso, tal como lo exige el referido artículo, este Tribunal concluirá que es deber constitucional, y no simple facultad de la SBS, solicitar una opinión previa al BCR.

53. 53. Todos los argumentos esgrimidos por la demandada y el Citibank del Perú S.A. podrían quedar resumidos en el siguiente alegato: Toda vez que la referida transformación no da lugar a la llegada de un "nuevo" patrimonio, ni tampoco da lugar a una variación en las operaciones de la empresa en transformación, la incidencia sobre la estabilidad monetaria es nula. Y si ello es así, se preguntan *¿por qué sería necesaria la opinión del BCR?*

54. 54. Ocurre, sin embargo, que –probablemente sin caer en la cuenta–, al razonar en ese sentido, tanto la demandada como el Citibank del Perú S.A. se están ocupando de una materia que, justamente, por imperio del artículo 84 de la Constitución, no les corresponde determinar a ellos, sino al BCR.

En efecto, la razón por la que este Tribunal considera imprescindible solicitar previamente la opinión previa del BCR en los supuestos de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera, en una empresa constituida en el Perú, no reside en lo que teóricamente esta transformación pueda representar, sino en lo que

en la práctica pueda generar. Y es que una cosa es lo que una empresa del sistema financiero anuncie que pretende hacer y otra lo que en los hechos su solicitud concreta implique.

Cierto es que desde un punto de vista teórico, en principio, una simple transformación societaria no da lugar a una variación en las operaciones que pueda incidir sobre la estabilidad monetaria, pero es preciso que ello sea corroborado por un estudio y una posterior opinión técnica de todas las entidades constitucionalmente competentes; en este caso, no sólo la SBS, sino también el BCR.

Es por ello que de conformidad con el artículo 16, a) de la Resolución N.° 600-98, emitida por la propia SBS, el exigir que incluso las empresas del sistema financiero del exterior que soliciten la transformación de sus oficinas en el país ya autorizadas y en operación, en empresas con personería jurídica propia, presenten un estudio de factibilidad, que, de conformidad con lo establecido por el artículo 6 del mismo Reglamento, tiene como objetivo "determinar la viabilidad y *la permanencia operativa de la empresa en el tiempo*." (énfasis agregado).

55. 55. Así, entonces, si ambas partes están de acuerdo en que de dicha permanencia operativa depende que se mantengan incólumes tanto la estabilidad del sistema financiero como la del monetario *¿por qué su análisis técnico debe corresponder exclusivamente a la SBS, sin participación del BCR?*

De la necesidad de descartar que dicha estabilidad se encuentre comprometida emana la obligación constitucional consistente en que ambas entidades participen en el análisis de la solicitud y la documentación en que se sustenta. Dicho de otro modo, en dicho supuesto resulta imperativo que se solicite previamente al BCR su opinión.

56. 56. Por lo expuesto, este Tribunal considera que, en interpretación conforme a la Constitución del artículo 21 de la LOSBS, es competencia del BCR emitir opinión previa, en los supuestos en que empresas del sistema financiero del exterior soliciten la transformación de sus oficinas en el país ya autorizadas y en operación, en empresas con personería jurídica propia.

§7. Sobre los efectos de la presente sentencia

57. 57. El artículo 113 del CPConst. establece lo siguiente con relación a las sentencias emitidas en los procesos competenciales:

> Las sentencias del Tribunal vinculan a los poderes públicos y tienen plenos efectos frente a todos. Determinan los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anulan las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelven, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. (...).

58. 58. Así pues, aun cuando el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de declarar la nulidad de los actos viciados de incompetencia o de aquellos en cuyo *iter* de gestación

no se hayan respetado los alcances de las competencias de algún órgano constitucional, el CPConst. autoriza a este Tribunal para que, "en su caso", resuelva "lo que procediere" sobre las situaciones jurídicas producidas a consecuencia de la afectación de las mencionadas competencias. Dicho de otro modo, como manifestación del principio de previsión de consecuencias –derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos a actuar con las responsabilidades que ella exige–, el artículo 113 del CPConst. ha establecido la posibilidad de que este Tribunal module los efectos de sus resoluciones con la intención de que de ellas no derive una inconstitucionalidad mayor que aquella que pretende solucionarse.

59. 59. La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda.

60. 60. Por lo expuesto, este Tribunal ha decidido:

a) a) Declarar que la Resolución N.° SBS N.° 655-2004 mantiene plenos efectos.
b) b) Ordenar a la SBS que –a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*– recabe la opinión previa del BCR en todo procedimiento en el que se solicite la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.

V. FALLO

Por los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. 1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo en el que se solicita que se declare la nulidad de la Resolución N.° SBS N.° 655-2004, de 30 de abril de 2004, la cual fue expedida en dicha fecha por la SBS, con sujeción al propio criterio adoptado por el BCR. En consecuencia, de conformidad con los fundamentos 57 a 60 *supra*, dicha Resolución mantiene plenos efectos.

2. 2. Declarar **FUNDADA** la demanda de conflicto competencial en la parte en la que se solicita a la SBS recibir opinión previa BCR en los procedimientos de autorización de transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior,

disposición que, en concordancia con la conclusión precedente, debe entenderse que la medida a que se hace referencia será exigida a futuro, en todos los casos.

3. 3. **RECOMENDAR** al BCR el establecimiento de políticas uniformes de acción institucional en el tiempo, a efectos de coadyuvar al funcionamiento óptimo del sistema constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.° 0005-2005-CC/TC
LIMA
BANCO CENTRAL
DE RESERVA DEL PERÚ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAGDIEL GONZALES OJEDA

Coincido, en lo esencial, con el sentido del fallo y con la *ratio decidenci* que le precede. Sin embargo, discrepo parcialmente con el punto 3 de la parte resolutiva, y, consecuentemente, con parte del fundamento 57, en el extremo en que sostienen que el contenido de las opiniones emitidas por el Banco Central de Reserva (BCR), en aquellos supuestos previstos en la legislación orgánica, no vinculan a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

En efecto, si tal como ha quedado expuesto en la sentencia, dichas opiniones deben ser emitidas en aquellos supuestos en los que la organización o transformación de las empresas del sistema financiero, cierta o potencialmente, inciden sobre la estabilidad monetaria, y preservar dicha estabilidad es la finalidad reservada constitucionalmente al BCR (artículo 84° de la Constitución), en mi concepto, las funciones ejercidas por este órgano constitucional autónomo en el marco de la defensa de dicha estabilidad, deben resultar vinculantes para todo poder público y la ciudadanía en general.

No escapa a mi consideración que la SBS es la entidad competente para ejercer el control de las empresas bancarias y de seguros (artículo 87° de la Constitución), y que la actividad de éstas se encuentra en estrecha relación con la estabilidad monetaria que debe imperar en el sistema. Empero, es justamente por ello que entiendo imprescindible que toda decisión que pueda generar consecuencias sobre estos factores deba contar con la opinión coincidente de ambas entidades a efectos de materializarse.

Que las opiniones del BCR con relación a la estabilidad de la moneda puedan resultar inobservadas por la SBS, haría de ésta, en última instancia, la verdadera entidad decisoria en asuntos relacionados con la materia, en abierta contravención del artículo 84° de la Norma Fundamental que adjudica dicha función al BCR.

Por lo demás, considero que esta interpretación es la que resulta compatible con lo que la sentencia ha denominado el "núcleo funcional de coordinación" que por imperio de la Constitución debe existir entre ambas entidades, y con el que coincido plenamente.

Por lo expuesto, y sin perjuicio —insisto— de plena conformidad con lo esencial de la sentencia adoptada por el Colegiado, considero que en aplicación del artículo 107° de la Constitución, corresponde proponer al Congreso de la República la modificación de la legislación orgánica correspondiente, de modo tal que las opiniones vertidas por el BCR en materia de estabilidad monetaria resulten vinculantes para la SBS.

S.
GONZALES OJEDA