

ANTE EL
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A LAS
INVERSIONES (CIADI)

Renée Rose Levy de Levi,
Demandante

contra

La Republica del Perú,
Demandado

Expediente N°. ARB/10/17

CONTRA-MEMORIAL DE LA DEMANDADA SOBRE LOS MÉRITOS

30 de enero de 2012

Abogados Defensores de la Demandada:

Juan Pazos
Ricardo Puccio
Francisco Navarro Grau

Estudio Navarro, Ferrero & Pazos
Av. Del Parque 195
San Isidro, Peru

Stanimir A. Alexandrov
Jennifer Haworth McCandless
Marinn Carlson
James Mendenhall

Sidley Austin LLP
1501 K Street, N.W.
Washington, D.C. 20005

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	FUNDAMENTOS DE HECHO.....	5
A.	BNM SE ENCONTRABA EN MAL ESTADO FINANCIERO, QUE SE EMPEORÓ POR EL AUTOREPARTO DE SUS DIRECTORES, LO CUAL TRATÓ DE OCULTAR A LA SBS Y AL PÚBLICO GENERAL.....	5
1.	Clasificación errónea de créditos.....	7
a.	<i>Visita de Inspección de la SBS en el año 1999</i>	9
b.	<i>Visita de Inspección de la SBS en el 2000</i>	11
c.	<i>Auditoría del Año 2000 al BNM por PwC</i>	14
2.	Incumplimiento en Registrar Apropiadamente los Créditos Morosos, Reestructurados, y Refinanciados	17
a.	<i>Visita de Inspección de la SBS en 1999</i>	18
b.	<i>Visita de Inspección de la SBS en 2000</i>	20
c.	<i>Auditoría del BNM para el Año 2000 por PwC</i>	22
d.	<i>Investigación de la SBS con respecto a Actos Ilícitos por parte de los Directores del BNM</i>	23
3.	Ingresos por Intereses Registrados Inadecuadamente e Ingresos Sobreestimados.....	25
a.	<i>Visita de Inspección de la SBS en 1999</i>	26
b.	<i>Examen Especial de la SBS a la Cartera de Créditos de Consumo del BNM</i>	27
c.	<i>Visita de Inspección de la SBS en 2000</i>	27
d.	<i>Auditoría del BNM en el Año 2000 por PwC</i>	29
4.	Garantía Sobrevaluada del BNM	29
a.	<i>Examen Especial de la SBS a la Cartera de Créditos de Consumo</i>	30
b.	<i>Auditoría del BNM en el Año 2000 por PwC</i>	30
c.	<i>Investigación de la SBS respecto a Actos Ilícitos de los Directores del BNM</i>	32
5.	Concentración Excesiva de Depósitos	34

a.	<i>Visita de Inspección de la SBS en 1999</i>	35
b.	<i>Examen Especial de la SBS a la Cartera de Créditos de Consumo del BNM</i>	35
c.	<i>Visita de Inspección de la SBS en 2000</i>	36
6.	Auto-Financiamientos por Canalización de los Recursos del BNM a Empresas Vinculadas	37
a.	<i>Uso de las Acciones del Fondo para Financiar Indirectamente a Gremco</i>	37
b.	<i>Liberación de Activos de las Empresas Vinculadas en la Víspera de la Intervención</i>	39
B.	DETERIORO RÁPIDO DEL BNM CONDUCENTE A SU INTERVENCIÓN	40
1.	Pérdida de Depósitos	41
2.	Necesidad de Recapitalización del BNM.....	42
3.	Incumplimiento del BNM en Pagar sus Obligaciones y Cubrir el Déficit en su Cuenta Corriente del BCR	44
C.	LA DEMANDADA NO FUE RESPONSABLE POR EL COLAPSO DEL BNM; POR EL CONTRARIO, LAS AUTORIDADES BANCARIAS DEL PERÚ AYUDARON AL BNM CON SUS PROBLEMAS FINANCIEROS	50
1.	La SBS Ayudó al BNM Después de su Infructuosa Fusión con el Banco del País	50
2.	La SBS Advertió a la Administración del BNM respecto a los Problemas Financieros e Hizo Recomendaciones para Mejorar la Salud Financiera del BNM	58
3.	Las Alegaciones de la Demandante sobre el papel de la Demandada en Causar el fracaso de BNM son incorrectas.....	61
a.	<i>SBS No Impidió que BNM Adquiera Otro Banco</i>	61
b.	<i>La Reducción de los Depósitos Públicos en el Sistema Financiero no Causó la Crisis de Liquidez de BNM</i>	63
c.	<i>SBS No Socavó la Confianza del Público en BNM.....</i>	69
d.	<i>SBS trató a BNM como a Cualquier Banco en Situación Similar</i>	74
D.	EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN FUE LÍCITO DE PRINCIPIO A FIN.....	77
1.	El Régimen Jurídico de Intervención.....	79

2.	Alineación de los Registros Financieros de BNM para Reflejar su Verdadera Situación Financiera	80
a.	<i>El Proceso de Auditoría</i>	83
b.	<i>Ajustes en los Estados Financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000</i>	87
c.	<i>Impacto de las Pérdidas de BNM sobre el Capital de los Accionistas</i>	91
3.	Gestión de la Intervención de BNM	93
4.	Presentación de SBS a BNM del Régimen Especial de Transición	97
5.	Plan de “Rescate” Inverosímil de los Accionistas de BNM	103
E.	EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DEL BNM FUE LEGAL	108
F.	LOS ACCIONISTAS DEL BNM HAN SOMETIDO DURANTE UNA DÉCADA AL ACOSO JURÍDICO Y DE REPUTACIÓN A LA DEMANDADA	111
G.	CONCLUSIÓN.....	119
III.	FUNDAMENTOS DE DERECHO	120
A.	EL TRIBUNAL DEBE ADOPTAR UN ENFOQUE DEFERENTE EN SU EVALUACIÓN, SIN CUESTIONAR LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULATORIAS DEL PERÚ	121
B.	EN TODO MOMENTO PERÚ LE DIO A LOS EX ACCIONISTAS DEL BNM UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL	128
1.	Perú no ha incumplido ninguna de las expectativas de inversión legítimas de los ex accionistas del BNM	130
a.	Retorno de la Inversión	133
b.	Respuesta a la propuesta de fusión del BNM	133
c.	Participación en las decisiones gubernamentales	134
d.	Disminución de los depósitos públicos	134
e.	Rumores sobre el BNM	135
f.	Acceso a los préstamos de liquidez a corto plazo del BCR	136
g.	Oferta pública de acciones	136
h.	Gestión de los Activos del BNM durante la intervención	136
i.	Tratamiento de los Acreedores Extranjeros Durante la Liquidación	137

2.	En todo momento el Perú ha garantizado a los Ex-accionistas de BNM estabilidad jurídica según las Leyes Internacionales.....	138
3.	En todo momento el Perú ha actuado de manera transparente	142
4.	El Perú no ha interferido de manera arbitraria, discriminatoria, o abusiva en la inversión de los Ex-accionistas de BNM.	143
a.	<i>Prácticas contables usadas durante la intervención de BNM</i>	148
b.	<i>Administración de los activos de BNM durante la intervención</i>	148
c.	<i>Solicitud de BNM de un préstamo al BCR</i>	148
d.	<i>Plan de “rescate” de los accionistas de BNM</i>	148
e.	<i>Reducción de los activos de los accionistas de BNM</i>	149
f.	<i>La decisión de la SBS de liquidar a BNM</i>	150
g.	<i>Rumores sobre BNM</i>	150
h.	<i>“Rescates financieros” a otros bancos</i>	150
i.	<i>Disminución de los depósitos públicos</i>	151
j.	<i>Reacción de la SBS a las decisiones judiciales</i>	151
5.	El Perú no ha actuado de mala fe o con coerción, amenazante u hostigadora	152
6.	En todo momento el Perú ha garantizado a los Ex-accionistas de BNM un debido proceso.....	154
a.	<i>El Perú ha garantizado a los Ex-accionistas de BNM un debido proceso en cuanto a los procedimientos administrativos y reglamentarios.</i>	155
(i)	Promulgación del Decreto de Emergencia que creó el PCSF	155
(ii)	Reacción a las decisiones judiciales.....	157
(iii)	Disponibilidad de la Evaluación Administrativa	157
b.	<i>El Perú ha garantizado a los Ex-accionistas de BNM el debido proceso en los procedimientos judiciales y no les ha negado justicia.</i>	158
(i)	Disponibilidad y Suficiencia de la Revisión.....	159
(ii)	Supuesta conspiración e interferencia política.....	161
C.	EL PERÚ NO TRATÓ DE MANERA MENOS FAVORABLE A BNM QUE A LOS BANCOS NACIONALES EN CIRCUNSTANCIAS SIMILARES	162

1.	BNM no estuvo en situación similar a la del Banco Crédito del Perú, Banco Wiese Sudameris, o Banco Latino, y su trato no fue menos favorable	162
2.	La Demandante no puede afirmar que el trato a BNM fue diferente al del Banco de Comercio	166
D.	EL PERU NO EXPROPIO INDIRECTAMENTE LAS INVERSIONES DE LOS EX-ACCIONISTAS DE BNM	167
1.	Peru No Privó a los Anteriores Accionistas del BNM de su Inversión.....	168
a.	La Inversión de los Anteriores Accionistas del BNM No Tuvo Valor Económico	169
b.	El Perú No le Privó a los Anteriores Accionistas de Ninguno de sus Derechos Inalienables sobre su Inversión.....	170
2.	La Ley General de Bancos del Perú es un Ejercicio Legítimo de sus Facultades Regulatorios	172
E.	CONCLUSIÓN.....	174
IV.	DAÑOS Y PERJUICIOS	174
A.	LAS PRETENSIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS PRESENTADOS POR LA DEMANDANTE NO TIENEN TUNDAMENTO Y SON TOTALMENTE ESPECULATIVOS	174
1.	La Demandante Pretende Injustamente que se le Reconozcan Daños y Perjuicios Remontándose Mas de Cinco Años Antes der Haber Adquirido las Acciones del BNM.	175
2.	Aún si se Estiman los Daños y Perjuicios a Partir de Diciembre 2000, el BNM Ya Había Perdido Todo su Valor Económico.	178
3.	Los Cálculos por Daños y Perjuicios de la Demandante Contienen el Error Fatal de una Falsa Premisa que Sostenía que el BNM era un Banco Saludable.	179
4.	La Metodología de El Demandante para Calcular los Daños y Perjuicios es Legal y Económicamente Inapropiado	180
a.	<i>Tanto el BIT como las Circunstancias del Caso requieren una valoración ex ante de los daños y perjuicios.....</i>	180
b.	<i>El Modelo de Daños y Perjuicios de la Demandante Contiene Errores Considerables en varios aspectos.</i>	184
5.	Conclusión	185
B.	EL TRIBUNAL DEBERÍA FALLAR A FAVOR DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES POR EL DAÑO CAUSADO SOBRE LA DEMANDADA POR EL DEMANDANTE DURANTE EL TRANSCURSO DE ESTE LITIGIO	186

V.	CONCLUSIÓN	190
----	------------------	-----

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuando el Banco Nuevo Mundo (“BNM”) fue intervenido por las reguladores de la banca peruana el 5 de diciembre de 2000, el banco estaba en ruina financiera. Durante muchos años hubo un manejo imprudente y se usó el banco como un fondo para sobornos de otras empresas de propiedad de los principales accionistas del BNM, con lo cual el banco se había quedado sin liquidez y con una gran cartera de activos sin valor. El gobierno peruano, que había tratado de ayudar al BNM a mejorar su situación financiera muchas veces en los años 1999 y 2000, la única culpa que puede tener, si acaso, es haber confiado demasiado en los funcionarios del BNM, y podría decirse, por no cerrar el banco antes.

2. La responsabilidad del deterioro financiero de BNM recae exclusivamente en la gerencia, directores, y accionistas del BNM (conjuntamente, “los directores del BNM”), por sus decisiones de incurrir en prácticas bancarias y de préstamo riesgosas y por colocar al banco en una situación vulnerable a pérdidas previsibles. También canalizaron los recursos del banco hacia otras empresas de sus propiedades a costa de la viabilidad del banco. Aun más peligrosamente, los directores del BNM no recapitalizaron el banco cuando necesitaba desesperadamente fondos frescos. El BNM trató de ocultar su deterioro financiero tanto del supervisor bancario peruano, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (“SBS”) así como del público general, usando tácticas contables engañosas para disfrazar la verdadera situación financiera del banco.

3. El Demandante alega que el patrimonio neto del BNM era un monto saludable de S/. 226.9 millones (US \$65.2 millones) al 31 de diciembre de 1999.¹ Sin embargo, este monto se basa en los registros financieros distorsionados del banco. También refleja el apoyo muy significativo que el BNM recibió del gobierno, incluyendo la indulgencia y la autorización de la SBS en relación con ciertos beneficios contables, que mejoraron en apariencia la posición del capital del BNM para ayudar al banco a soportar las condiciones económicas desafiantes. El experto en daños de la Demandada, Brent Kaczmarek, un experto renombrado en valoración con

¹ Memorial de la Demandante sobre los méritos, 25 de agosto del 2011, numeral 212 (“Memorial de la Demandante Sobre los Méritos”). El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en diciembre de 1993, S/. 3.48 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

amplia experiencia en casos contables y bancarios, explica que sin el apoyo de la SBS (es decir, levantando las medidas contables es que la SBS permitió que el BNM las use para aumentar su capital en papeles), es “muy probable que el BNM hubiera quebrado en 1999 o poco después por insolvencia . . .”² Y efectivamente, como bien fue verificado por los auditores externos de BNM, Pricewaterhouse Cooper, para finales del año 2000, el patrimonio neto del BNM se había desplomado a S/. -82.8 millones (US \$-23.5 millones).

4. Como se discutirá, tanto la SBS como la empresa auditora externa reconocida internacionalmente, Pricewaterhouse Cooper (“PwC”), descubrieron que el BNM usaba ampliamente maniobras contables infringiendo las leyes y reglamentos bancarios peruanos que engañaron a la SBS y al público general sobre la salud financiera del BNM. Estos incluyeron la declaración falsa sobre la cantidad de colocaciones vencidas y riesgosas en la cartera del BNM, la exageración de los ingresos del BNM y el tratar demasiado favorable a empresas vinculadas (incluyendo la protección del patrimonio de los prestatarios de las empresas vinculadas de los depositarios y deudores del BNM cuando el BNM se dio cuenta que su colapso era inevitable.

5. El BNM había estado implementando estas prácticas durante años. De hecho, en 1999 fue multado por no registrar apropiadamente las colocaciones vencidas y las colocaciones reestructuradas y refinanciadas en su cartera de colocaciones por varios años seguidos, a pesar de haber recibido advertencias de la SBS de que esta práctica iba en contra de los reglamentos bancarios.³ Así, el BNM continuó infringiendo las leyes y reglamentos bancarios del Perú, para ocultar el mal funcionamiento de su cartera de colocaciones.

6. En su Memorial sobre la Jurisdicción, la Demandada describió el deterioro financiero de BNM y los eventos que desencadenaron la intervención del BNM el 5 de diciembre de 2000. En el presente documento, la Demandada revisará algunos de los mismos eventos de 1999 y 2000 a la luz de los alegaciones de la Demandante en su Memorial de los Méritos, y explicará como las acciones de la gerencia y accionistas del BNM llevaron al colapso del BNM. La Demandada también presenta las opiniones de dos renombrados expertos en banca: Robert Clarke, Excontralor de Moneda de los US , y Donald Powell, el 18° Presidente de la Corporación

² Informe para la Réplica del Experto Brent Kaczmarek, Navigant Consulting Group, 30 de enero 2012, numeral 122 (Informe Kaczmarek”) [Anexo RWS-012].

³ Resolución de la SBS que sanciona a BNM por violación de reglamentación sobre clasificación de créditos, Resolución SBS N° 950-99 [Anexo R-145].

Federal de Seguro de Depósitos de los Estados Unidos. Su experiencia en banca es extensa; adicionalmente, ambos han actuado como reguladores durante las crisis bancarias y financieras.⁴ Sus experiencias individuales, así como su conocimiento de las mejores prácticas de regulación bancaria internacional, hacen que estén excepcionalmente preparados para evaluar la razonabilidad de las acciones de la Demandada. Los expertos, después de revisar las sumisiones y la evidencia del caso, confirman que los reguladores peruanos llevaron a cabo sus responsabilidades supervisoras y reguladoras de acuerdo con las mejores prácticas internacionales empleadas por reguladores bancarios. También llegaron a la conclusión que la quiebra del BNM fue causada por su propia incompetencia gerencial y sus prácticas cuestionables.

7. A la luz de los problemas financieros del BNM, la SBS y el gobierno peruano trataron de ayudar al BNM brindando varias formas de apoyo financiero e indulgencia reguladora, lo que los expertos acuerdan fue, por lo menos, un gesto generoso y de confianza hacia el BNM. A pesar de los esfuerzos del gobierno por ayudar al BNM, los directores del BNM quebraron el banco y también provocaron su intervención. Y sin embargo, a pesar de las pruebas sobre la responsabilidad de los directores del BNM por el colapso del BNM, ellos han acusado erróneamente a la Demandada de conspiración, corrupción, y otros delitos con intención de destruir el BNM.⁵ La conspiración es una acusación grave – una que no debería hacerse a la ligera por el impacto pernicioso que pueda tener en la reputación de la acusada. Sin embargo, los directores del BNM, y ahora la Demandante, no han ofrecido prueba alguna para justificar esas acusaciones tan graves. Armandose con conjeturas y especulación, los accionistas antiguos del BNM han acosado inplacablemente a la Demandada durante la última década, que ha terminado en este proceso de arbitraje y el ridículo reclamo por daños de la Demandante de casi US \$7 billones.⁶

8. Aún independientemente del hecho de que la Demandante no puede probar los reclamos formulados contra la Demandada, sus reclamos no pueden ser resueltos por un arbitraje internacional. Las decisiones que toma cualquier prudente regulador gubernamental del sistema

⁴ Ver Opinión Contestación del Experto Robert Clarke, 30 de enero del 2012 (“Opinión del Experto Clarke”), Apéndice I [Anexo RWS-010]; Opinión del Experto Donald Powell, 30 de enero del 2012 (“Opinión del Experto Powell”), Apéndice I [Anexo RWS-011].

⁵ Ver Memorial de la Demandante Sobre los Méritos, numerales 280-83, 305-10, 315-18, 352-53.

⁶ Memorial de la Demandante Sobre los Méritos, numeral 1077.

financiero son inherentemente discrecionales. Cuando un banco tiene problemas financieros, los reguladores deben considerar los hechos sobre la salud financiera individual del banco, la estabilidad del sistema financiero en general, el riesgo de peligro moral y las consecuencias para una futura regulación y el grado de confianza del regulador en la gerencia y directores del banco. Dado que cada situación puede llegar a ser tan diferente, el regulador debe tener un grado de flexibilidad para tomar decisiones. Esas decisiones a su vez afectan la viabilidad de todo el sistema financiero, y los depositantes de bancos además de los que necesitan ayuda inmediata. Los reguladores bancarios deben tener la potestad para ejecutar sus propias decisiones con el fin de proteger a los depositantes y acreedores y también mantener la estabilidad del sistema. En los tiempos de crisis, esas decisiones adquieren un significado adicional y deben ser tomadas en períodos de tiempo extremadamente ajustados. Esto fue precisamente la situación en la que se encontró el regulador peruano cuando trataba con el BNM en los años 1999 y 2000 y finalmente le fue solicitado legalmente que interviniera el BNM el 5 de diciembre de 2000. Las decisiones de la SBS fueron críticas para estabilizar el sistema bancario – y, además todas las decisiones se tomaron de conformidad con las leyes bancarias peruanas.

9. La Contra-Memorial de la Demandada procede como sigue. La Sección II trata de los hechos de esta controversia. Esa Sección describe el deterioro financiero de BNM y como la gerencia, los directores y los accionistas de BNM ocultaron tal deterioro a la SBS y al público general, y de hecho, tomaron acciones que exacerbaron los problemas financieros de BNM. Antes de la intervención del BNM, la Demandada ayudó al BNM de diversas maneras, pero ni bien fue necesario intervenir el BNM por razones legales, la Demandada procedió con la intervención y liquidación del BNM cumpliendo estrictamente la ley. La Sección III demuestra que ninguna de las acciones de la Demandada han infringido ninguna disposición del BIT Francia-Perú. Finalmente, la Sección IV aborda la alegación infundada de la Demandante por daños de casi US \$7 millones, y solicita que el laudo reconozca daños morales a favor de la Demandada para compensar por la década de acoso y abuso que ha sufrido por parte de los accionistas del BNM.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

A. BNM SE ENCONTRABA EN MAL ESTADO FINANCIERO, QUE SE EMPEORÓ POR EL AUTOREPARTO DE SUS DIRECTORES, LO CUAL TRATÓ DE OCULTAR A LA SBS Y AL PÚBLICO GENERAL

10. El BNM estaba en una situación financiera extremadamente mala cuando fue intervenido. De hecho, ya era insolvente muchos meses antes, desde junio del 2000, si no antes.⁷ Años de una mala gerencia y acciones deliberadas en interés propio causaron que la situación financiera del BNM se deteriorara a tal punto que los auditores externos del banco llegaron a la conclusión que las obligaciones del BNM excedían su patrimonio en S/. 82.258 millones (US \$ 23.369 millones) al fin del 2000.⁸ La incapacidad de la gerencia de BNM de evaluar apropiadamente a los prestatarios y colocaciones de BNM y de asignarles los riesgos correspondientes resultó en una cartera llena de activos de alto riesgo, y por lo tanto un alto riesgo de pérdidas. La situación financiera del BNM se empeoró visiblemente debido a las acciones de los directores de BNM de canalizar los recursos a otras empresas que también eran de propiedad de accionistas de BNM.⁹ Estas acciones de autoreparto fueron llevadas a cabo a pesar que socavaban la viabilidad financiera del BNM. Si bien algunos de estos temas saltaron a la luz en los informes de la SBS y PwC sobre las revisiones de los registros del BNM en 1999 y 2000, la SBS descubrió la cantidad de delitos cometidos por los directores del BNM, al llevar a cabo una investigación en el año 2002 sobre las causas del colapso del BNM.¹⁰

11. La gerencia, directores, y accionistas del BNM trataron de ocultar estos problemas a la SBS y al público general haciendo maniobras contables impropias rutinariamente e infringiendo los reglamentos de la SBS. Por lo tanto, según los documentos, el BNM parecía estar mucho más saludable de lo que realmente estaba. La representación de la Demandante del BNM como un banco sólido es totalmente incorrecta. Ella depende de los propios registros

⁷ Informe Kaczmarek, numeral 181 [Anexo RWS-012].

⁸ Auditoria de PricewaterhouseCoopers de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, 5 de marzo del 2001 (“Auditoria de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000”), Balance General, página 2 [Anexo R-080]. Para calcular el monto en US dólares se ha utilizado la tasa de cambio de diciembre del 2000, S/. 3.52 Nuevos Soles por 1 US Dólar. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁹ Para discusión sobre los negocios internos de los directores de BNM, vease las Secciones II.A.2.d, II.A.4.c y II.A.6.

¹⁰ Testimonio del Sr. Carlos Quiroz, 30 de enero del 2012 (“Testimonio del Sr. Quiroz”), numeral 4 [Anexo RWS-008].

financieros del BNM para argumentar que el BNM era un banco sólido,¹¹ aunque existen pruebas abrumadoras que los registros financieros del BNM eran muy defectuosos e inexactos.

12. Durante varios años seguidos, la SBS descubrió durante sus inspecciones anuales del Banco que el BNM estaba usando una contabilidad inapropiada para enmascarar el deterioro y alto nivel de riesgo de su cartera de colocaciones. La SBS trajo estos asuntos a la atención de la gerencia del BNM, quien reconoció y aceptó las conclusiones de la SBS. No obstante, aún cuando la gerencia había prometido a la SBS que ellos iban a rectificar los problemas encontrados por la SBS, continuaron con sus prácticas impropias – evidentemente para tratar de ocultar la situación de deterioro del BNM. Los auditores externos del BNM, PwC también encontraron estas diferencias en las cuentas del BNM durante su auditoría de los registros financieros del fin del año 2000.

13. El experto en daños de la Demandada, Brent Kaczmarek, ha examinado la situación financiera del BNM y las conclusiones de la SBS y de PwC y ha concluido que el BNM probablemente ya se encontraba en situación de insolvencia al 30 de junio de 2000, si no antes.¹² Cuando la crisis de liquidez llegó al tope al 5 de diciembre de 2000, que fue el evento catalizador para la intervención del BNM,¹³ era a la larga un síntoma de la crisis de insolvencia subyacente y solo un evento en la larga caída del BNM hacia la quiebra financiera.

14. En esta Sección, la Demandada describe los siguientes problemas financieros y las prácticas cuestionables que el BNM usó para enmascarar su deterioro financiero y ocultar el autoreparto de los directores del BNM: (1) la clasificación errónea del nivel del riesgo de sus créditos; (2) la falta de registro adecuado de créditos morosos, reestructurados y refinanciados; (3) el ingreso por intereses indebidamente registrado; (4) la sobrevaluación de las garantías de BNM; (5) la concentración excesiva de depósitos del BNM; (6) la canalización del BNM de recursos a empresas vinculadas. Muchos de estos asuntos fueron descubiertos en varias medidas durante las visitas de inspección de 1997, 1998, 1999, y 2000. La SBS también realizó una

¹¹ Memorial de la Demandante Sobre los Méritos, numeral 212.

¹² Informe Kaczmarek, numeral 181 (“Sobre la base de nuestra evaluación de los estados financieros del BNM, los informes de inspección de la SBS y la Auditoría de PwC al BNM, somos de la opinión que el BNM habría caído en insolvencia al 30 de junio del 2000 (y posiblemente antes) si se hubiera clasificado correctamente las colocaciones y hubiera reconocido sus pérdidas.”) [Anexo RWS-012].

¹³ Para un discurso completo sobre la crisis de liquidez del BNM y los eventos que llevaron a la intervención, ver la Memorial de la Demandada Sobre la Jurisdicción el 25 de agosto del 2011, numerales 61-84.

inspección especial de la cartera de créditos de consumo entre enero y febrero 2000, a petición del BNM, después de una infructuosa fusión con un banco de consumo, Banco del País.¹⁴ Si bien el alcance de esa revisión era mucho más limitado, la SBS nuevamente observó irregularidades en las prácticas contables del BNM. La Demandada se enfoca principalmente en las conclusiones de las visitas de inspección de agosto del 1999 y de agosto del 2000, porque durante esa oportunidad el BNM empezó a confiar mucho en trucos de contabilizar para ocultar su verdadero estado financiero.

15. PwC había sido el auditor externo del BNM por varios años, y había sido contratado por la gerencia del BNM para llevar a cabo la auditoría del BNM para el año 2000.¹⁵ PwC comenzó el proceso de auditoría antes que el BNM fuera intervenido al llevar a cabo una revisión preliminar de los estados financieros del BNM al 30 de setiembre de 2000.¹⁶ PwC examinó solo una muestra del patrimonio del BNM durante esa revisión, pero las conclusiones de los auditores eran consistentes con los hallazgos de la SBS durante la visita de inspección en el 2000, que había revisado los estados financieros del BNM al 30 de junio de 2000. Al igual que la SBS, PwC encontró pérdidas que no habían sido registradas porque el BNM no había seguido las normas de la SBS o estándares apropiados de contabilizar.

1. Clasificación errónea de créditos

16. Uno de los problemas más significativos de la salud financiera del BNM fue que la calidad de sus créditos (y otros activos) se había deteriorado considerablemente. Pero, en lugar de revelar esta información a la SBS y al público general en sus estados financieros, el BNM ocultó el problema por clasificar erróneamente los riesgos de sus colocaciones.

17. El sistema de clasificación de riesgo de la cartera de colocaciones de un banco es extremadamente importante, porque la seguridad y la solidez de un banco dependen de cuán bien

¹⁴ Segundo Testimonio del Sr. Jorge Mogrovejo, 30 de enero del 2012, numerales 14-15 (“Segundo Testimonio de Mogrovejo”) [Anexo RWS-007]; ver el Informe de la SBS sobre la revisión extraordinaria de la cartera de créditos al consumo de BNM, Informe SBS N° ASIF “A”-028-VI/2000, 8 de marzo, 2000 (“Informe Especial de la SBS”) [Anexo R-156].

¹⁵ Testimonio de Arnaldo Alvarado, 30 de enero del 2012, numeral 3 (“Testimonio del Sr. Alvarado”) [Anexo RWS-003].

¹⁶ Testimonio del Sr. Alvarado, numerales 6, 18 [Anexo RWS-003]; Informe de Progreso de la Auditoría de los Estados Financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, de fecha 27 de diciembre del 2000 (“Informe de Progreso de PwC”) [Anexo R-173].

maneja su exposición al riesgo.¹⁷ Por lo tanto, durante una inspección de la SBS, una de las áreas revisadas más importantes es si el banco ha clasificado apropiadamente el riesgo de sus prestatarios y el riesgo de los créditos que brinda a aquellos prestatarios.¹⁸ El banco es el responsable de aplicar los reglamentos de la SBS sobre clasificación de riesgos y contabilidad de carteras de créditos, tal como lo establece la Resolución SBS N° 572-97 y el Manual de Contabilidad de la SBS.¹⁹

18. Según los reglamentos de la SBS, se requiere que un banco tome en cuenta el riesgo de pérdida de cualquier activo, tal como una colocación o arrendamiento, al registrar un gasto contra el ingreso del banco que refleje la posible pérdida del activo.²⁰ Este rubro de gasto se llama una “provisión.” Las provisiones de pérdida de créditos, por lo tanto, reflejan la pérdida esperada del banco si el prestatario incumpliera con el pago del préstamo. Las provisiones son una herramienta de planeamiento. Reducen el ingreso del banco *antes* de que cualquier prestatario incumpla realmente, para que el banco pueda planear con anticipación y asegurarse que tendrá suficiente capital si los prestatarios fueran a incumplir sus préstamos.²¹ En otras palabras, las provisiones asignan la parte del ingreso del banco que se deja al lado como reserva contra las pérdidas. Los créditos son solamente un ejemplo – el concepto de provisión se aplica a cualquier activo y el riesgo de que el banco no pueda recuperar el valor del activo.²²

19. Primero, el banco debe clasificar el riesgo de cada prestatario de acuerdo con su habilidad para pagar cualquier obligación.²³ Después, los créditos a ese prestatario son clasificados de acuerdo con el nivel de riesgo del prestatario. Los reglamentos de la SBS

¹⁷ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 11 [Anexo RWS-008].

¹⁸ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 11 [Anexo RWS-008].

¹⁹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 4 [Anexo RWS-007]; Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones vigente, Resolución SBS No. 572-97, 20 de agosto de 1997 (“Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor”), Cap. I, Art. 2.1; Cap. III [Anexo R-023]; Plan de Cuentas de la SBS, 23 de octubre de 1992, Rubro14, páginas 94-95 [Anexo R-133]; *aprobado por* la Resolución de la SBS que promulga el Plan de Cuentas, Resolución SBS N° 1256-92 del 23 de octubre de 1992 [Anexo R-134].

²⁰ Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor Cap. I, Art. 2.1; Cap. III [Anexo R-023].

²¹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 4 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 12 [Anexo RWS-008].

²² *Ver en general* el Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor [Anexo R-023]; *ver* Reglamentación de la SBS acerca de los bienes adjudicados y recuperados, Circular de SBS N° B-2017-98 del 23 de septiembre de 1998 (“Reglamentación SBS acerca de los bienes adjudicados y recuperados”) (la misma que estipula las normas del provisionamiento de activos recuperados de deudas vencidas y de alquileres, es decir, activos adjudicados y recuperados) [Anexo R-138].

²³ Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor Cap. I, Art. 2.1 [Anexo R-023].

establecen cinco niveles de riesgo. Los créditos que son categorizadas como “normal” son créditos con el riesgo más bajo de incumplimiento. En el orden de riesgo en aumento, las otras cuatro clasificaciones de créditos son: créditos con problemas potenciales, créditos deficientes, créditos dudosos, y créditos incobrables o perdidos (“pérdida”).²⁴ Cuando el crédito está clasificado apropiadamente, el banco puede determinar la cantidad de provisiones de pérdida de colocaciones que debe asignar. La cantidad de provisiones de pérdida de créditos exigida depende de la clasificación de riesgo de la colocación, ya que los créditos de más riesgo requieren provisiones más grandes de pérdida de créditos, desde 1% para los créditos normales hasta 100% para los créditos incobrables.²⁵ Durante una visita de inspección, la SBS revisa la documentación de créditos del banco para ver (a) si el banco ha clasificado apropiadamente el riesgo del crédito, y (b) si ha registrado la cantidad apropiada de provisiones de pérdida de créditos.²⁶

20. La SBS y PwC ambas encontraron que el BNM sistemáticamente incumplía con clasificar apropiadamente a sus prestatarios y créditos. Por subestimar el riesgo de su cartera de créditos, el BNM también incumplió, a su vez, con alcanzar el monto exigido de provisiones de pérdida de créditos para cubrir los riesgos de esos créditos. El impacto de esta diferencia contable en los libros del BNM fue significativo: el BNM subestimaba sustancialmente sus gastos, por lo cual exageraba su ingreso neto.

a. *Visita de Inspección de la SBS en el año 1999*

21. Entre julio y agosto de 1999, cuando la SBS realizó su visita de inspección anual al BNM, la SBS observó que la cartera de créditos del BNM se había deteriorado.²⁷ Sin embargo, el deterioro era significativamente peor de lo que aparecía en los libros del BNM porque el BNM no había cumplido con las normas de la SBS sobre la clasificación de riesgo y contabilidad de carteras de crédito. Jorge Mogrovejo, el funcionario a cargo de la supervisión del BNM en esa oportunidad, recuerda que esto no era un tema completamente nuevo en 1999:

²⁴ Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor Cap. II, Art. 1; Art 2.1 -2.5 [Anexo R-023].

²⁵ Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor Cap. III, Art. 2.1 [Anexo R-023].

²⁶ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 4 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 13 [Anexo RWS-008].

²⁷ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 54 [Anexo RWS-007]; Informe de visita de inspección de la SBS para BNM, Informe SBS N° ASIF “A” 172-VI/99, 27 de septiembre de 1999, página 3 Sec. 1.4.2.1(b) (“Informe de Visita de Inspección SBS de 1999”) [Anexo R-143].

durante las visitas de inspección de SBS, la SBS también había criticado al BNM por incumplir los reglamentos de clasificación de créditos de la SBS.²⁸ Cada vez, la gerencia del BNM le aseguró a la SBS que iban a corregir el problema y mejorar su sistema de clasificación de riesgos.²⁹

22. Sin embargo, el deterioro de la cartera de créditos – y el uso de contabilidad impropia para ocultar el deterioro – fue una vez más una preocupación específica en el 1999. En la muestra de créditos que revisó la SBS, encontró que el BNM había subestimado el riesgo de 46% de sus prestatarios y en consecuencia, el BNM subestimaba el riesgo de créditos que había otorgado a esos prestatarios.³⁰ Mientras argumentaba el BNM que dos tercios de los créditos que la SBS revisaba eran “normales,” la categoría de riesgo más baja, la SBS encontró que menos de la mitad de los créditos eran realmente “normales.” Los demás caían en una de las cuatro categorías de riesgo más alto.³¹

23. Por subestimar el riesgo de su cartera de créditos, el BNM también había subestimado la cantidad de provisiones de pérdida para créditos que exigía la ley tener para cubrir el riesgo de incumplimiento de esas colocaciones. La SBS calculó que el BNM tenía un déficit de provisiones de pérdida para colocaciones equivalente a S/. 21.54 millones (US \$ 6.41 millones) que era un incremento de 39% de las provisiones que el BNM ya había reconocido.³² Es decir, el BNM había fallado en registrar en sus estados financieros S/. 21.54 millones de gastos, y por lo tanto, el BNM había exagerado su ingreso neto por ese mismo monto.

²⁸ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numerales 3, 7 [Anexo RWS-007]; Informe de visita de inspección de la SBS para BNM, Informe SBS N° ASIF “A” 043-VI-97, 7 de marzo de 1997, página 7 (“Informe de Visita de Inspección SBS de 1997”) [Anexo R-135]; Informe de visita de inspección de la SBS para BNM, Informe SBS N° ASIF “A” 164-VI/98, 17 de noviembre de 1998, página 15 Sec. 2.3 (“Informe de visita de inspección de 1998”) [Anexo R-139].

²⁹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 3 [Anexo RWS-007].

³⁰ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 5 [Anexo RWS-007]; Informe de Visita de Inspección SBS de 1999 página 3 Sec. 1.4.2.1(b). [Anexo R-143].

³¹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 5 [Anexo RWS-007]; Informe de Visita de Inspección SBS de 1999, páginas 12-13 (cuadro comparativo de la clasificación de la SBS y la del BNM sobre la clasificación de la muestra de la cartera de créditos que evaluó la SBS) [Anexo R-143].

³² Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 5 (observando que el BNM tenía un déficit de provisión por pérdidas de crédito por S/. 19 millones –la misma que tomo en cuenta un aumento parcial efectuado por el BNM antes de que se concluyera el informe de visita de inspección; el monto inicialmente encontrado fue S/. 21.54 millones). [Anexo RWS-007]; Informe Kaczmarek numeral 97 [Anexo RWS-012]; Informe de Visita de Inspección SBS de 1999 página 3 Sec. 1.4.2.1(d). [Anexo R-143]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en diciembre de 1993, S/. 3.48 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

24. La gerencia del BNM estaba plenamente consciente de este problema. En una carta a la SBS después de la visita de inspección, la gerencia del BNM prometió corregir el problema arreglando sus asientos contables, aumentado sus provisiones, y mejorando su sistema de manejo de riesgos.³³ Sin embargo, estas fueron promesas vanas, porque el problema fue aún más grave en el 2000.

b. *Visita de Inspección de la SBS en el 2000*

25. Durante la visita de inspección al BNM en el 2000, la SBS descubrió que la gerencia del BNM no había cumplido una vez más con corregir el problema de la clasificación errónea, y que el banco estaba clasificando erróneamente los créditos en un nivel aún mayor. La SBS revisó una muestra de los créditos del BNM equivalente al 58% del total de la cartera de créditos del BM.³⁴ El equipo de inspección de la SBS encontró que el BNM había subestimado el riesgo del 48% de los créditos de la muestra.³⁵ Igual a lo que la SBS había encontrado en 1999, los registros financieros del BNM presentaban una cartera de créditos mucho más saludable de lo que era realmente.

26. Entre los créditos comerciales que revisó la SBS, el BNM clasificó 75% como “normales” y por lo tanto como que tenían el riesgo más bajo de incumplimiento. En contraste, la evaluación de la SBS de los mismos créditos mostraban que, realmente, solo 43% de los créditos podían ser clasificadas como “normales.” El otro 57% de los créditos deberían haber sido clasificados en una de las clasificaciones de riesgo más alto.³⁶ El cuadro siguiente resume los descubrimientos del equipo de inspección de la SBS sobre la muestra de las carteras de créditos comerciales del BNM que revisaron.³⁷

³³ Carta de BNM a la SBS en relación con el Informe de Visita de Inspección de SBS de 1999 del 26 de octubre de 1999, página 2 [Anexo R-147].

³⁴ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 22 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 14 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección de 2000, página 1 [Anexo R-065].

³⁵ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 22 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numeral 10 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección de 2000, página 10 [Anexo R-065].

³⁶ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 22 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 14 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección de 2000, página 10 [Anexo R-065].

³⁷ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 14 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección de 2000, página 10 [Anexo R-065].

Clasificación de Créditos Comerciales	Según el BNM			Según la SBS		
(en miles de soles)	Monto	%	Prestatarios	Monto	%	Prestatarios
Cartera de Créditos	2,221,412			2,221,412		
Muestra evaluada	1,288,386	100	295	1,288,386	100	295
Normal	971,771	75	187	559,892	43	109
Créditos Criticados (préstamos riesgosos)	316,615	25	108	728,494	57	186
• Créditos con problemas potenciales	211,075	16	55	401,986	31	69
• Deficiente	85,400	7	38	222,600	17	60
• Dudoso	13,084	1	11	86,521	7	44
• Incobrable	7,057	1	4	17,406	1	13

27. En muchos casos la clasificación errónea de riesgos era significativa.³⁸ La SBS encontró que un tercio de las diferencias en clasificación del BNM subestimaba el riesgo de los créditos, no solo por un sólo, sino por dos o más niveles de clasificación.³⁹ Las clasificaciones erróneas del BNM eran aún más graves en 2000 de lo que la SBS había observado en 1999, y por lo tanto el déficit de provisiones de incobrables también era mayor. En contraste con los S/.21.54 millones adicionales que el BNM necesitaba aumentar a sus provisiones de incobrables en 1999, el BNM necesitaba S/. 65.7 millones (US \$ 18.4 millones) adicionales en provisiones de incobrables solo para esta muestra de su cartera de créditos comerciales en el 2000.⁴⁰

28. Las mismas clases de diferencias aparecieron en la cartera de créditos al consumo, resultando en un déficit de pérdida por créditos de S/. 4 54,000 (US \$ 129,000).⁴¹

³⁸ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 14 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000, páginas 8-11 [Anexo R-065].

³⁹ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 14 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000, página 11 [Anexo R-065].

⁴⁰ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 15 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000, página 11 [Anexo R-065]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁴¹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 23 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 16 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000 página 14 [Anexo R-065]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

29. El equipo de inspección de la SBS entonces revisó una cartera distinta de créditos al consumo que el BNM había canjeado temporalmente por Bonos del Tesoro bajo un programa especial que el gobierno creó para ayudar a los bancos problemáticos.⁴² Este programa de canje de cartera de créditos alivió algo de la carga de provisión al permitir que los bancos canjearan temporalmente carteras morosas por Bonos del Tesoro no negociables, con el compromiso de recomprar los créditos durante un período de cinco años. Fue uno de varios programas que el gobierno brindaba al sistema bancario para ayudar a bancos problemáticos y evitar quiebras bancarias.⁴³ Al participar, el BNM podía distribuir la necesidad de provisiones para incobrables para esos créditos morosos en cinco años y por lo tanto ganar tiempo para mejorar su salud financiera. Bajo este programa, el BNM canjeó US \$33.7 millones en créditos.⁴⁴

30. Sin embargo, el equipo de inspección encontró que el BNM había infringido las reglas del programa al incluir S/. 13 millones de créditos incobrables en el grupo de créditos que canjeó, aún cuando el programa no permitía que los bancos canjearan créditos incobrables.⁴⁵ Por lo tanto, el BNM tuvo que devolver sus créditos incobrables y aumentar sus provisiones de incobrables en S/. 13 millones (US \$ 3.7 millones) ya que los créditos incobrables deben tener provisiones del 100% para reflejar la improbabilidad de recuperar algo de su valor.⁴⁶

31. El déficit total del BNM en las provisiones de incobrables, solamente basado en la muestra de créditos revisada por la SBS, alcanzaba los S/. 79.18 millones (US \$22.43 millones) cuando el equipo de inspección emitió el informe final.⁴⁷ Por supuesto, el déficit real era

⁴² Decreto que autoriza la emisión de bonos del Tesoro Público, Decreto Supremo No. 099-99-EF [Anexo R-030].

⁴³ Informe Kaczmarek, numerales 71-85 (en el cual se describen los programas aprobados por el gobierno peruano y otras medidas tomadas para ayudar al sistema bancario durante la crisis financiera) [Anexo R-012].

⁴⁴ Memorial de la Demandada Sobre la Jurisdicción del 25 de agosto de 2011, numerales 49-54.

⁴⁵ Decreto que autoriza la emisión de bonos del Tesoro Público, Decreto Supremo No. 099-99-EF, Art. 2 [Anexo R-030].

⁴⁶ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 23 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 17 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000 página 14 [Anexo R-065]. Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor Cap. II Art. 2.1 [Anexo R-023]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁴⁷ A pesar que la gerencia del BNM le informó a la SBS que aumentaría parcialmente su provisión por incobrabilidad en setiembre del 2000, el BNM aun tenía un déficit de S/. 52.9 millones cuando la SBS emitió su informe de visita de inspección el 22 de noviembre del 2000. Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 23 (en relación con el déficit de provisión de incobrables después del aumento parcial de provisiones por parte del BNM, es decir., un total de S/. 66.35 millones) [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 18 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección de 2000 páginas 2-3, 11 [Anexo R-065].

probablemente mucho mayor en la totalidad de la cartera de créditos del BNM (en vez de sólo la muestra).

32. El déficit de provisiones por créditos era una gran preocupación para la SBS. El BNM no había planeado por adelantado por pérdidas potenciales en créditos riesgosas. Como el BNM no había reconocido el gasto de tener tales activos riesgosos, había un riesgo significativo de que el BNM no tuviera capital suficiente para cubrir esas pérdidas si es que, y cuando, los prestatarios incumplieran sus créditos. Durante las visitas de inspección, la SBS solo revisaba muestras de la cartera de créditos del BNM. Por eso, cuando PwC hizo una revisión más meticulosa de los registros financieros del BNM, los auditores encontraron los mismos problemas que la SBS había encontrado, pero en una escala aún mayor

c. Auditoría del Año 2000 al BNM por PwC

33. Cuando PwC realizó su auditoría de los estados financieros de fin del año 2000 del BNM, los auditores estaban conscientes de que los controles internos del BNM eran inadecuados y no deberían confiarse en ellos.⁴⁸ Más bien, los auditores tuvieron que revisar casi toda la documentación subyacente del BNM para cerciorarse de la verdadera situación financiera del banco.⁴⁹ PwC en sí había observado por primera vez la clasificación errónea del déficit de créditos y provisiones durante su revisión preliminar de los registros financieros del BNM del 2000. Durante esta revisión preliminar, PwC encontró que, de la muestra de 110 clientes que PwC revisó, habían diferencias en la clasificación de riesgos de 52 prestatarios.⁵⁰ PwC calculó que solamente de esta muestra, el BNM tenía un déficit de provisiones de incobrables de aproximadamente S/. 47.8 millones (US \$ 13.58 millones) debido a que el BNM había informado como menor el riesgo de su cartera de créditos.⁵¹ PwC también estaba consciente de los resultados de la inspección anual del 2000 de la SBS.⁵²

⁴⁸ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 23 [Anexo RWS-003].

⁴⁹ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 23 [Anexo RWS-003].

⁵⁰ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 23 [Anexo RWS-003]; Informe de Progreso de PwC, página 2 [Anexo RWS-173].

⁵¹ Informe de Progreso de PwC, página 2 [Anexo R-173]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en diciembre de 2000, S/. 3.52 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁵² Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 24 [Anexo RWS-003].

34. Cuando PwC vio la documentación de las créditos y arrendamientos del BNM para terminar la auditoría completa de los registros financieros del BNM, las pérdidas totales encontradas por PwC fueron muy grandes;⁵³ evidentemente la clasificación errónea de su riesgo de créditos fue endémica para su cartera. Cuando las créditos del BNM fueron reclasificados apropiadamente según las normas de la SBS, PwC decidió que la cartera de créditos del BNM estaba en muy malas condiciones.⁵⁴ Como muestra el cuadro siguiente, menos que la mitad de la cartera del BNM podía estar clasificada como “normal,” mientras todo el resto de sus créditos eran considerados riesgosos:⁵⁵

Clasificación de Créditos (Créditos Directos e Indirectos)	Descubrimientos de la Auditoría Completa de PwC	
(en miles de soles)	Monto	%
Normal	979,116	47
Créditos Criticados (Préstamos riesgosos)	1,115,057	53
• Créditos con problemas potenciales	449,135	21
• Deficiente	232,573	11
• Dudoso	320,197	15
• Incobrable	113,152	6

35. En total, PwC encontró que el BNM tenía que registrar provisiones de incobrables equivalentes a S/. 220 millones (US \$62.5 millones).⁵⁶ Esto era por lejos la categoría más grande de pérdidas no registradas que PwC encontró durante su auditoría de los registros financieros del 2000 del BNM. Como punto de comparación, los propios estados financieros no

⁵³ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 28 [Anexo RWS-003].

⁵⁴ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 26 (PwC identifico S/. 220 millones en provisión de incobrables al 31 de diciembre del 2000) [Anexo RWS-003].

⁵⁵ Auditoria de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, página 14, Nota 6(b) [Anexo R-080].

⁵⁶ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral. 27 [Anexo RWS-XX]; Auditoria de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, al Estado de Ingresos del BNM (“Provisión para créditos de cobranza dudosa” o “Provisions for Loan Losses”) [Anexo R-080].

auditados del BNM al 30 de noviembre del 2000 afirmaban que el BNM tenía solamente S/. 17.4 millones (US \$ 4.9 millones) en provisiones de incobrables.⁵⁷

36. Esta categoría de pérdidas también incluía provisiones de incobrables que se exigían al terminar de la participación del BNM en el programa de canje de cartera de créditos en el 6 de diciembre del 2000.⁵⁸ El BNM ya no podía seguir participando en el programa de canje de cartera de créditos después que fue intervenido porque no hubiera podido recomprar en el futuro los créditos que había canjeado temporalmente por Bonos del Tesoro, como se exigía por su contrato con el gobierno.⁵⁹ Por eso, el contrato había concluido el día después de la intervención del BNM, y los créditos regresaron al balance general del BNM junto con la exigencia de aumentar sus provisiones de incobrables.⁶⁰ Como resultado, del total de déficit de S/. 200 millones de pérdida por créditos se requería S/. 65 millones (US \$18.47 millones) para cubrir el riesgo de esos créditos⁶¹.

37. La Demandante ha demostrado su incredulidad (en su caracterización) de que el déficit de provisiones de incobrables del BNM pudo crecer de S/.70.012 millones (US \$ 19.833 millones) como encontró la SBS durante su visita de inspección anual en el 2000 (es decir, antes de la intervención) a S/. 337 millones (US \$ 95.7 millones) en perdidas como lo encontró PwC y la SBS después de la intervención del BNM⁶². La Demandante, sin embargo, está tergiversando los hechos por comparar manzanas con naranjas: *ella hace el contraste del déficit de provisiones de pérdidas por créditos y ciertos ajustes de intereses de la inspección del SBS al total de todas las pérdidas (netas)* que verificó PwC. Una comparación más directa se puede hacer entre el total de las provisiones de pérdidas por colocaciones que encontró la inspección de la SBS que

⁵⁷ Balance General, Estado de Ingresos al 30 de noviembre del 2000 [Anexo R-168].

⁵⁸ Auditoria de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, páginas 15-16, Nota 6(d) [Anexo R-080].

⁵⁹ Decreto autorizando la emisión de bonos del Tesoro Público, Decreto Supremo No. 099-99-EF, Art. 4 [Anexo R-030].

⁶⁰ Auditoria de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, Carta de transmisión, página 4 [Anexo R-080].

⁶¹ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 27 [Anexo RWS-003]; Auditoria de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, página 16, Nota 6(d) [Anexo R-080].

⁶² Memorial de la Demandante Sobre los Méritos, numerales 403-407. La cifra señalada por la Demandante como las perdidas del BNM declaradas por la SBS al 31 de diciembre del 2000 – S/. 337 millones – no es correcto en primer lugar, en tanto que lo verificado por PwC y la SBS señala pérdidas netas del BNM por S/. 329 millones. Ver Auditoria de PwC a los Estados Financieros, Estado de Ganancias y Pérdidas del BNM al 31 de diciembre del 2000, (utilidad neta (perdida) del año) [Anexo R-080]; Resolución de la SBS Reduciendo el Patrimonio del BNM, Resolución SBS No. 509-2001 del 28 de junio del 2001 [Anexo R-089].

debieron haber sido registradas al 30 de junio del 2000 – S/. 70 millones (US \$19 millones)⁶³ – y el total de provisiones de incobrables que PwC y la SBS decidieron debió ser registrada para la misma cartera al 31 de diciembre del 2000 – S/. 155 millones (US \$44 millones)⁶⁴. Además, en su inspección la SBS solo revisó una muestra de las créditos del BNM, mientras que PwC en su auditoría revisó casi toda la documentación del BNM.⁶⁵ Considerando que la SBS solamente examinó el 58% de la cartera de créditos del BNM, no se sorprende ni es difícil de entender como PwC encontró provisiones de pérdidas por créditos al final del 2000 en un monto de aproximadamente el doble de lo que la SBS había encontrado en la muestra de su anterior visita de inspección.

2. Incumplimiento en Registrar Apropiadamente los Créditos Morosos, Reestructurados, y Refinanciados

38. Una táctica realizada por el BNM para ocultar el deterioro de su cartera de créditos y evitar la exigencia de aumentar sus provisiones de pérdida de créditos fue reestructurar o refinanciar los créditos con problemas, y registrarlos como nuevos, créditos “vigentes,” en lugar de registrarlos apropiadamente como créditos reestructurados o refinanciados.⁶⁶ Las normas de la SBS exigen que los bancos registren las créditos reestructurados y refinanciados en una categoría de riesgo más alto debido a que son inherentemente riesgosos: los bancos típicamente reestructuran y refinancian créditos cuando sus prestatarios tienen dificultades en hacer sus pagos según los términos originales del crédito.⁶⁷ Por lo tanto, debido a que son créditos más riesgosos, el banco debe asignar provisiones de pérdida por créditos adicionales en

⁶³ Esta cifra corresponde a las provisiones por incobrabilidad del BNM ascendente S/. 3.971 millones, según lo registrado al 30 de junio del 2000 los estados financieros mas los S/. 65.7 millones de déficit en la provisión de incobrables que la SBS identifico en la visita de inspección de agosto del 2000. Ver SBS, Estados Financieros de Todos los Bancos, de enero a setiembre del 2000 (Estados de Ganancias & Perdidas: provisiones & depreciación, créditos M.N. mas créditos en M.E.) [Anexo R-211]; Informe de Visita de Inspección de la SBS del 2000, página 11 [Anexo R-065].

⁶⁴ Esta cifra es el déficit del BNM en las provisiones por incobrabilidad, sin incluir la provisión adicional necesarias para la transferencia de colocaciones que se registraron en el balance general del BNM – S/. 65 millones. Ver el Informe Kaczmarek al numeral 175, Cuadro 13 [Anexo RWS-012].

⁶⁵ Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 23 [Anexo RWS-003].

⁶⁶ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numerales 6-7, 24-25[Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numerales 23-25 [Anexo RWS-008].

⁶⁷ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numerales 8-9 [Anexo RWS-007]; Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor, Cap. IV. Art. 2.1.2; 2.2.2 [Anexo RWS-023].

razón del riesgo de incumplimiento de pago.⁶⁸ El BNM repetidamente infringió estas normas, y especialmente, lo hizo para ocultar créditos vencidos de empresas relacionadas.⁶⁹

a. Visita de Inspección de la SBS en 1999

39. Durante la visita de inspección anual en 1999 de la SBS, la SBS encontró que el BNM estaba refinanciando créditos que habían vencido para ocultar la tasa incrementada de créditos morosos de su cartera.⁷⁰ El BNM entonces falló en registrar en sus libros los créditos como refinanciados, con lo que también evitó las exigencias de asignarlos la clasificación de riesgo apropiada y aumentar la provisión de pérdida por crédito para esos créditos. En su lugar, el BNM estaba registrando los créditos refinanciados como créditos nuevas “normales,”⁷¹ y también registrándolos en su “cartera vigente,” en lugar de registrarlos como parte de la cartera vencida.⁷²

40. Como resultado, el BNM no tenía provisiones de pérdida por créditos⁷³ suficientes para esos créditos, en otras palabras, el BNM incumplió con registrar un gasto importante en sus estados financieros que hubiera disminuido notoriamente su ingreso. La SBS había alertado a la gerencia del BNM sobre esta misma violación en 1997 y 1998,⁷⁴ pero el BNM había incumplido consistentemente con corregir el problema. Por lo tanto, en 1999 la SBS sancionó al BNM por infringir repetidamente las normas de la SBS⁷⁵.

⁶⁸ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numerales 8-9 [Anexo RWS-007];

⁶⁹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 7 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 26 (describiendo como los registros del BNM demostraron falsamente que una deuda vencida había sido pagada cuando en realidad había sido reemplazada por una colocación reestructurada o refinanciada o por una operación de retroarrendamiento financiero [Anexo RWS-008].

⁷⁰ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 6 [Anexo RWS-007]; ver el Informe de Visita de Inspección de 1999, página 15, Sec. 2.2.2 [Anexo R-143].

⁷¹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 6 [Anexo RWS-007]; ver el Informe de Visita de Inspección de 1999, página 15, Sec. 2.2.2 (la SBS determinó que la mayoría de los créditos refinanciados no habían sido debidamente registradas en la contabilidad del BNM, incumpliendo con los reglamentos de la SBS) [Anexo R-143].

⁷² Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral [Anexo RWS-007]; ver el Informe de Visita de Inspección de 1999, página 15, Sec. 2.2.2 [Anexo R-143].

⁷³ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 10 [Anexo RWS-007].

⁷⁴ ver el Informe de Visita de Inspección de 1999, página 16, Sec. 2.2.2, (donde se recalca las discrepancias contables del BNM con respecto a los créditos refinanciados y que fueron observados en 1997 y 1998) [Anexo R-143].

⁷⁵ Resolución de la SBS que sanciona a BNM por violación de reglamentación sobre clasificación de créditos, Resolución SBS N° 950-99 [Anexo R-145].

41. La SBS también descubrió otra táctica realizada por el BNM para ocultar los créditos vencidos en su cartera de créditos, que era el permitir que un prestatario moroso cargara el repago de su crédito a la cuenta corriente del prestatario (es decir, cuenta de cheques), aunque la cuenta corriente tuviera un saldo insuficiente.⁷⁶ Entonces, el crédito aparecería como que hubiera sido pagado a tiempo, y la cuenta corriente del prestatario tendría un saldo negativo (al que se referían como “sobregiro”) igual al monto del pago faltante.⁷⁷ Efectivamente, un sobregiro es un crédito no asegurado al prestatario, que era muy costoso y riesgoso para el BNM.

42. Aún peor, el SBS encontró que el BNM no estaba tomando medidas para cobrar los sobregiros de las cuentas corrientes de los prestatarios. La SBS encontró varias cuentas corrientes que tenían balances negativos por más de 500 días, y en algunos casos, tanto como 1,000 días, sin que el banco le cambiara la evaluación de riesgo de las cuentas corrientes de bajo riesgo a alto riesgo o tomara alguna medida para cobrar el saldo pendiente⁷⁸.

43. La gerencia del BNM reconoció y aceptó los descubrimientos de la SBS, y hasta se comprometió a corregir estos temas de sobregiro.⁷⁹ Sin embargo, durante la visita de inspección anual del 2000 de la SBS, la SBS descubrió que el BNM había incumplido con corregir el problema de cubrir los créditos vencidos con sobregiros que la SBS había encontrado en 1999⁸⁰. Y, como la SBS determinó durante su investigación sobre el colapso de BNM, el BNM usaba frecuentemente este esquema de cargar el repago de créditos vencidos para crear grandes sobregiros como una manera de permitir que empresas relacionadas no repagaran sus obligaciones al banco mientras trataban de ocultar la morosidad de esos créditos de la SBS.⁸¹

⁷⁶ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 11 [Anexo RWS-007]; Informe de Visita de Inspección de 1999, página 15, Sec. 2.2.2(b) [Anexo R-143].

⁷⁷ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 11 [Anexo RWS-007].

⁷⁸ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 11 [Anexo RWS-007]; Informe de Visita de Inspección de 1999, página 17, Sec. 2.2.3.3 [Anexo R-143].

⁷⁹ Carta de BNM a la SBS en relación con el Informe de visita de inspección de SBS de 1999 del 26 de octubre de 1999, página 2 [Anexo R-147].

⁸⁰ Ver Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 28 [Anexo RWS-007].

⁸¹ Testimonio del Sr. Quiroz, numerales 55-59 [Anexo RWS-008]; ver Informe de la SBS sobre la cartera criticada del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, al 12 de julio 2002 (“Informe de la SBS sobre la cartera criticada del Grupo Levy”), páginas 3-6, 10-12 [Anexo R-195].

b. Visita de Inspección de la SBS en 2000

44. En la visita de inspección de la SBS del mes de Agosto de 2000, el BNM aún no registraba créditos morosos, reestructurados, y refinanciados apropiadamente en sus libros.⁸² De hecho, el BNM estaba involucrándose en esta práctica engañosa a una escala aún mayor. El equipo de inspección de la SBS halló S/. 141.7 millones (US \$40.1 millones) en créditos que el BNM había registrado como parte de su “cartera vigente,” pero que realmente eran vencidos, reestructurados o refinanciados y debían haber sido registrados como parte de la “cartera vencida.”⁸³ De aquellos, S/. 74.7 millones (US \$21.16 millones) eran créditos reestructurados y refinanciados que el BNM había registrado inadecuadamente como parte de su cartera vigente.⁸⁴

45. El equipo de inspección de la SBS solo pudo descubrir estas discrepancias en los registros contables del BNM examinando minuciosamente la documentación crediticia.⁸⁵ Por ejemplo, aun cuando el BNM registró determinados créditos vencidos como pagados en efectivo por el prestatario, la documentación crediticia esencial reveló una historia completamente diferente. Pero a la mirada más cercana, el equipo de inspección de la SBS descubrió que los créditos nunca habían sido saldados por los prestatarios. En vez de ello, el BNM había cancelado los créditos vencidos reemplazándolos con créditos reestructurados o refinanciados o con operaciones de leaseback.⁸⁶

46. En una operación de leaseback, un banco adquiere una propiedad y luego la da en arrendamiento de vuelta al vendedor. El BNM utilizaba los leasebacks adquiriendo una propiedad de un prestatario moroso para cancelar un crédito vencido para luego arrendarla de vuelta al mismo prestatario en términos similares a los del crédito original.⁸⁷ El precio de

⁸² Ver Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 24-26 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 23-27 [Anexo RWS-008].

⁸³ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 23 [Anexo RWS-008]; ver el Informe de Visita de Inspección de 2000, página 3 [Anexo R-065].

⁸⁴ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numerales 24-25 (la cifra de S/. 74.7 millones es la suma de las colocaciones refinanciadas equivalentes a S/. 59.41 millones (US \$16.83 millones) y colocaciones reestructuradas equivalentes a S/. 15.27 millones (US \$4.33 millones)) [Anexo RWS-007]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁸⁵ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 26 [Anexo RWS-008].

⁸⁶ Testimonio del Sr. Quiroz, numerales 26-27 [Anexo RWS-008].

⁸⁷ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 26-27 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 27 [Anexo RWS-008]; ver el Informe de Visita de Inspección del 2000, página 13 [Anexo R-065].

compra que el BNM “pagó” nominalmente por la propiedad se utilizó para cancelar el crédito original y vencido del vendedor/prestatario. Entonces, el BNM registraba el crédito vencido como cerrado y cancelado, y además registraba una nueva operación “normal” de leasing en su lugar.⁸⁸ De este modo, el BNM eliminó los créditos vencidos y riesgosos de sus libros.

47. El equipo de inspección de la SBS determinó que las operaciones de leasing del BNM fueron el 36.6% de la cartera directa total del banco,⁸⁹ que es un porcentaje bastante alto para un banco promedio. De dichos arrendamientos, el 48% fueron operaciones de leaseback, y según lo hallado por la SBS en la muestra evaluada, los arrendamientos y leasebacks eran utilizados en su mayoría como una táctica para ocultar créditos vencidos.⁹⁰

48. La infravaloración del BNM con respecto a sus créditos morosos, reestructurados y refinanciados fue significativa. Si dichos créditos fueran adecuadamente registrados en los estados financieros, los créditos morosos del BNM se incrementarían en un 61% en comparación con los que el BNM tenía realmente registrados, los créditos refinanciados se incrementarían en un 92%, y los créditos reestructurados se incrementarían en un 162%.⁹¹

49. Como resultado de las maniobras contables del BNM, éste no había registrado precisamente su tasa de morosidad, que es el porcentaje de la cartera de créditos del BNM que estaba vencido o en cobranza por orden judicial. Según el BNM (y la Demandante), solo el 5.8% de la cartera de créditos del banco era morosa al 30 de Junio de 2000. Sin embargo, esa cifra no consideraba los créditos vencidos que el BNM había convertido en nuevos leasebacks o en nuevos créditos reestructurados y refinanciados, o los que hubiera ocultado mediante otras prácticas cuestionables. Tan sólo de la muestra examinada por la SBS, el equipo de inspección de la SBS halló que la reclasificación de dichos créditos según la norma de la SBS incrementó la

⁸⁸ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 26 [Anexo RWS-007]; Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 24 [Anexo RWS-008]; ver el Informe de Visita de Inspección del 2000, página 13 [Anexo R-065].

⁸⁹ La “cartera directa” de un banco incluye los créditos y arrendamientos generados por el banco y excluye todas las colocaciones indirectas o arrendamientos provenientes de otra fuente. Ver Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 28, nota 23 [Anexo RWS-008].

⁹⁰ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 28 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000, página 13 Anexo 5 [Anexo R-065].

⁹¹ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 28 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000, página 13 Anexo 5 [Anexo R-065].

tasa de morosidad del BNM en un 9.3%.⁹² La verdadera tasa de morosidad, tomando en cuenta todos los créditos del BNM, probablemente habría sido mucho más alta.

50. De este modo, por cuarto año consecutivo, la SBS observó que el BNM estaba infringiendo las normas de la SBS al registrar créditos vencidos, reestructurados y refinanciados. En un memorandum a la administración del BNM el 12 de Octubre de 2000, el jefe del equipo de inspección de la SBS, Carlos Quiroz Montalvo, se llamó a la atención del BNM el inapropiado registro de créditos que el equipo había descubierto en la cartera vigente del BNM, y solicitó a la administración del BNM que siguiera los pasos necesarios para corregir el problema.⁹³ En el memorandum de respuesta del BNM, la administración aceptó los hallazgos de la SBS e informó que tomaba acción inmediata para reparar los registros contables de los créditos que la SBS había marcado como inexactos.⁹⁴

51. Se hizo claro, por lo tanto, claro que la administración del BNM sabía que estaban repeditamente infringiendo a las normas de la SBS. No obstante desde 1997 en adelante, por lo menos, continuamente registraban los créditos vencidos, reestructurados y refinanciados de manera errónea para ocultar el deterioro de la cartera de créditos del BNM.

c. Auditoría del BNM para el Año 2000 por PwC

52. Según hizo notar PwC en su revisión preliminar, los auditores observaron también que el BNM estaba registrando incorrectamente los créditos vencidos en su balance general, refinanciándolos y luego registrándolos como operaciones nuevas, vigentes, en lugar de préstamos vencidos adecuadamente registrados.⁹⁵

⁹² Ver Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 25 [Anexo RWS-007]; Segundo Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 16 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000, páginas 1-8 [Anexo R-065].

⁹³ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 21 [Anexo RWS-008]; ver Carta de la SBS al BNM sobre el Informe de la Visita de Inspección, Oficio No. 12187-2000, 27 de noviembre, 2000, Sec. 3 [Anexo R-067]; Memorándum de la SBS al Gerente General de BNM en relación con las conclusiones de las visitas de inspección: créditos vencidos, Memorándum N° 27-2000-VIO/NM del 28 de septiembre de 2000 [Anexo R-161]; Memorándum de la SBS al Gerente General de BNM en relación con las conclusiones de las visitas de inspección: créditos refinanciados, Memorándum N° 32-2000-VIO/NM, 12 octubre de 2000 [Anexo R-164]; Memorándum de la SBS al Gerente General de BNM en relación con las conclusiones de las visitas de inspección: créditos vencidos, refinanciados y reestructurados, Memorándum N° 37-200-VIO/NM del 30 octubre de 2000 [Anexo R-165].

⁹⁴ Ver Memorándum del BNM a la SBS en relación con el Memorándum N° 27-2000-VIO/NM de la SBS sobre créditos vencidos del 2 octubre del 2000 [Anexo R-163]; Memorándum de BNM a la SBS en relación con el Memorándum N° 32-2000-VIO/NM de la SBS sobre operaciones refinanciadas (sin fecha) [Anexo R-166].

⁹⁵ Ver Testimonio del Sr. Alvarado, numeral 21 [Anexo RWS-003]; Informe de Progreso del PwC, página 3, nota 1.3 [Anexo R-173].

53. PwC también descubrió que el BNM tenía créditos reestructurados y refinanciados con una frecuencia significativamente mayor en el año 2000 que en 1999. El porcentaje de créditos del BNM que fueron reestructurados o refinanciados en 2000 fue de 14%, en comparación con el reducido 2% de 1999.⁹⁶ Después de observar casi todos los activos del BNM, PwC concluyó que un sorprendente 32% de los créditos y arrendamientos del BNM estaban vencidos o sujetos a cobranza judicial.⁹⁷

d. Investigación de la SBS con respecto a Actos Ilícitos por parte de los Directores del BNM

54. Después de que el BNM fuera intervenido y sometido a liquidación, la SBS investigó la falla del banco.⁹⁸ Dicha investigación reveló aspectos del inadecuado registro de créditos morosos, reestructurados y financiados que fueron incluso más flagrantes, porque reflejaban autoreparto por parte de los directores del BNM.⁹⁹ Por ejemplo, cuando las empresas propias de los accionistas del BNM no pagaban sus créditos y arrendamientos a tiempo, el BNM no insistía en que efectuaran los pagos. En vez de ello, el BNM permitiría a las empresas vinculadas “reembolsar” el crédito cargándolo a sus cuentas corrientes, aun cuando dichas cuentas corrientes tuvieran balances insuficientes.¹⁰⁰ De este modo, el BNM convertía los créditos vencidos de sus empresas relacionadas en grandes y poco seguros sobregiros.¹⁰¹

55. En particular, la administración del BNM hizo todo lo posible para favorecer a Gremco, una empresa constructora que era propiedad de los accionistas del BNM. El BNM utilizaba un proceso de múltiples pasos para ocultar la morosidad de Gremco respecto a sus créditos, mientras que, al mismo tiempo, no requería a Gremco que efectúe ningún pago.¹⁰² El BNM cargó el reembolso del crédito a una de las cuentas corrientes de Gremco, creando un gran sobregiro. Luego, el BNM emitió un adelanto a Gremco para cancelar el sobregiro. El adelanto

⁹⁶ Ver Auditoría de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, página 13, nota 6(a) [Anexo R-080].

⁹⁷ Ver Auditoría de PwC de los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre del 2000, página 13, Nota 6(a) [Anexo R-080].

⁹⁸ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 48-49 [Anexo RWS-008].

⁹⁹ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 50 [Anexo RWS-008].

¹⁰⁰ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 55-58 [Anexo RWS-008].

¹⁰¹ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 55 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 3 [Anexo R-195].

¹⁰² Declaración testimonial de Quiroz, numeral 55 [Anexo RWS-008].; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 3 [Anexo R-195].

se cargó a una segunda cuenta corriente que mantenía Gremco. A continuación, el BNM convirtió el crédito vencido en una operación de leaseback adquiriendo la propiedad que constituía la garantía para los créditos y arrendándola de vuelta a Gremco. El precio de compra por la propiedad se utilizó directamente para reembolsar el adelanto que había sido cargado a la otra cuenta corriente de Gremco. Por lo tanto, el dinero no cambió de manos en ningún momento.¹⁰³ Durante su investigación posterior, la SBS encontró por lo menos otros tres arrendamientos que Gremco mantenía, y que implicaban el pago mediante sobregiros de cuenta corriente.¹⁰⁴

56. El BNM usaba frecuentemente esta transacción “fantasma” para ocultar los créditos morosos que adeudaban las empresas relacionadas. Al final, las empresas relacionadas nunca reembolsaban sus créditos o arrendamientos. Por ejemplo, en 2002, el 94% de las obligaciones de Gremco con el BNM no sólo era en plazos vencidos, sino que estaban sujetos a cobranza por orden judicial.¹⁰⁵

57. De igual modo, el BNM permitió que otra empresa vinculada, Hotelera los Delfines S.A., vendiera al BNM los paneles que Hotelera los Delfines utilizó para construir un acuario para delfines en su hotel de Lima. Posteriormente, el BNM arrendó los paneles de vuelta a Hotelera los Delfines.¹⁰⁶ El precio de compra de US \$999,689 que el BNM “pagó” a Hotelera los Delfines se utilizó en gran parte para cancelar un sobregiro de US \$774,713 en una de las cuentas corrientes de Hotelera los Delfines.¹⁰⁷ Sin embargo, el acuario para delfines era una propiedad inútil para el BNM, porque el banco no tendría forma de recuperar el valor de la propiedad en caso de que el hotel incumpliera con el arrendamiento.

58. Además, el BNM otorgó condiciones excesivamente flexibles a las empresas vinculadas cuando reestructuró y refinanció sus créditos. Por ejemplo, para el arrendamiento del acuario para delfines, el BNM amplió a Hotelera los Delfines el periodo de reembolso en un año,

¹⁰³Declaración testimonial de Quiroz, numeral 55 [Anexo RWS-008].

¹⁰⁴ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 56 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, páginas 4-6 [Anexo R-195].

¹⁰⁵ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 56 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 2 [Anexo R-195].

¹⁰⁶ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 57 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 10 [Anexo R-195].

¹⁰⁷ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 57 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 10 [Anexo R-195].

y se le dio a la empresa un periodo de gracia de un año sin requerir que la empresa pagara nada, incluyendo los intereses.¹⁰⁸ Como resultado de condiciones igualmente indulgentes en otro leaseback, Hotelera los Delfines no efectuó un solo pago respecto a su obligación adicional de US \$2.85 millones con el banco.¹⁰⁹

59. Efectivamente, el BNM fácilmente perdió el valor de los créditos y arrendamientos ofrecidos a las empresas vinculadas para el beneficio de dichas empresas, aun cuando hacerlo provocaría daño financiero al BNM.¹¹⁰ La administración del BNM sabía, o es razonable suponer que tuviera conocimiento de que, al demostrar favoritismo en su trato a las empresas vinculadas, estaba contribuyendo al deterioro financiero del BNM.¹¹¹

3. Ingresos por Intereses Registrados Inadecuadamente e Ingresos Sobreestimados

60. Además, como un asunto contable, el banco debe también registrar los créditos reestructurados y refinanciados en la cartera “vencida” del banco, en lugar de registrarlos en la cartera “vigente.” La forma en que un banco registra los créditos reestructurados y refinanciados acarrea consecuencias importantes en sus finanzas. Cuando un crédito es “vigente,” las normas de la SBS permiten al banco registrar como ingresos el interés que haya ganado pero aún no se haya cobrado (también llamado “interés devengado”).¹¹² De igual modo, cuando un crédito o arrendamiento se considera vigente y está clasificado dentro de una de las dos categorías de menor riesgo (créditos evaluados como “normales” o “con problemas potenciales”), el banco puede registrar el interés devengado incluso antes de que dicho interés haya sido cobrado. Sin embargo, si un crédito aparece en la lista de “vencidos,” o está incluido en una de las tres categorías de mayor riesgo, el banco ya no puede registrar el interés devengado como ingreso.¹¹³

¹⁰⁸ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 57-58 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 10, 13 [Anexo R-195].

¹⁰⁹ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 58 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 11 [Anexo R-195].

¹¹⁰ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 57-58 [Anexo RWS-008].

¹¹¹ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 59 [Anexo RWS-008]; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, páginas 9, 13-14, 16-17 (donde se nombra a los directores y gerentes responsables de estos incumplimientos y el nivel de participación de cada uno de ellos en la aprobación de estas transacciones) [Anexo R-195].

¹¹² Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numerales 9, 24 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numeral 20 [Anexo RWS-008]; Plan de Cuentas de la SBS, Ítem 14, páginas 94-95 [Anexo R-133].

¹¹³ Ver Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor, Cap. IV, Art. 7 [Anexo R-023].

En lugar de ello, el banco debe esperar y registrar el interés como ingreso sólo una vez que haya sido cobrado.¹¹⁴

61. De igual modo, las normas de la SBS requieren que un banco registre cualquier cuenta corriente con cantidades vencidas por un periodo mayor a 60 días como parte de la cartera vencida del banco.¹¹⁵ Las normas contables del BNM prevén que las cuentas corrientes con sobregiros por un periodo mayor a 30 días sean consideradas vencidas.¹¹⁶ Al igual que con los créditos vencidos, el banco no debe registrar el interés ganado en las cantidades sobregiradas hasta que el interés haya sido realmente cobrado.

62. Por lo tanto, otra consecuencia de la clasificación errónea del BNM con respecto a los créditos y otras deficiencias contables fue que el banco registró inadecuadamente como ingreso el interés que devengado de los créditos reestructurados y refinanciados, aun cuando no hubiera cobrado el interés todavía.¹¹⁷ De este modo, el BNM estaba sobreestimando sus ingresos, y con la finalidad de corregir esta inexactitud, el BNM tuvo que retirar todo interés devengado de los créditos, que hubiera registrado como ingreso.¹¹⁸

a. Visita de Inspección de la SBS en 1999

63. La SBS había detectado el problema de que el BNM no registraba adecuadamente los créditos refinanciados en sus visitas de inspección de 1997 y 1998,¹¹⁹ y en la inspección anual de 1999, la SBS notó que el BNM continuaba infringiendo las normas contables de la SBS.¹²⁰ Como resultado de dichas infracciones, el interés devengado de esos créditos también fue inadecuadamente registrado como parte de los ingresos del banco.

¹¹⁴ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numerales 9, 24 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numeral 20 [Anexo RWS-008]; Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor, Cap. IV, Art. 7 [Anexo R-023].

¹¹⁵ Ver Reglamento de la SBS para la Evaluación y Clasificación del Deudor, Cap. IV, Art. 7 [Anexo R-023]; Plan de Cuentas de la SBS, 23 de octubre de 1992, Ítem 14 [Anexo R-133].

¹¹⁶ Ver Manual de Contabilidad del BNM, 1401.01.04 [Anexo R-187].

¹¹⁷ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, para 10 [Anexo RWS-007].

¹¹⁸ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, para 10 [Anexo RWS-007].

¹¹⁹ Ver Informe de visita de inspección de la SBS para BNM de 1997, Informe SBS N° ASIF “A”-034-VI-97 [Anexo R-135]; Informe de visita de inspección de la SBS para BNM de 1998, Informe SBS N° ASIF “A” 164-VI/98 [Anexo R-139].

¹²⁰ Ver Informe de visita de inspección de la SBS para BNM, Informe SBS N° ASIF “A” 172-VI/99 *página* 15, Sec. 2.2.2 (la SBS acoto que la mayoría de las colocaciones refinanciadas no habían sido correctamente registrado en la contabilidad del BNM, incumpliendo con los reglamentos de la SBS) [Anexo R-143].

64. La SBS también señaló que el BNM había incumplido en el adecuado registro en sus libros, de las cuentas corrientes que tenían sobregiros por periodos mayores a 60 días.¹²¹ En lugar de registrar estas cuentas corrientes en la cartera vencida del BNM, el BNM las mantuvo en su cartera vigente y procedió a registrar como ingreso el interés que esperaba recibir en dichas cuentas.¹²² Por ende, el ingreso del BNM en 1999 ha sido inadecuadamente inflado por el interés de estos créditos vencidos y sobregiros.

b. Examen Especial de la SBS a la Cartera de Créditos de Consumo del BNM

65. Según se mencionó anteriormente, la SBS realizó una inspección especial de la cartera de créditos de consumo del BNM de enero a febrero de 2000, durante la cual la SBS encontró varias deficiencias en la cartera de créditos de consumo del BNM.¹²³ Como ejemplo de una de dichas deficiencias, la SBS observó que el BNM había registrado comisiones y cuotas como ingreso al inicio de un crédito de consumo, en lugar de extender el ingreso a lo largo del periodo de vida del crédito, como las normas contables de la SBS requerían que el BNM así lo hiciera.¹²⁴ Como resultado de ello, el BNM sobreestimó su ingreso por comisiones y cuotas para dichos créditos.

c. Visita de Inspección de la SBS en 2000

66. El BNM continuó infringiendo las normas contables de la SBS con respecto al registro de los ingresos por intereses a lo largo del año 2000. Durante la visita de inspección anual de agosto de 2000, la SBS nuevamente encontró que el BNM estaba sobreestimando sus ingresos por intereses a partir de los créditos vencidos, reestructurados y refinanciados.¹²⁵ Además, el BNM continuaba registrando inadecuadamente en sus libros las cuentas corrientes

¹²¹ Ver Declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 28 [Anexo RWS-007]; Informe de visita de inspección de 1999 página 17 Sec. 2.2.3.3. [Anexo R-143]; Informe de visita de inspección de 1999 de la SBS para BNM, Informe SBS N° ASIF “A” 172-VI/99, página 17, Sec. 2.2.3.3 [Anexo R-143].

¹²² Ver Informe de visita de inspección de 1999 página 17 Sec. 2.2.3.3. [Anexo R-143]; Informe de visita de inspección de 1999 de la SBS para BNM, Informe SBS N° ASIF “A” 172-VI/99, página 17, Sec. 2.2.3.3 [Anexo R-143].

¹²³ Ver en general Informe de la SBS sobre la revisión extraordinaria de la cartera de créditos al consumo de BNM, Informe SBS N° ASIF “A”-028-VI/2000 [Anexo R-156].

¹²⁴ Ver Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000 (“Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria”), página 2 [Anexo R-157].

¹²⁵ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 28 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numerales 31-32 [Anexo RWS-008]; SBS’s 2000 Inspection Visit Report, página 13 [Anexo R-065].

con sobregiros. La SBS encontró cuentas corrientes con sobregiros iguales a S/. 943,000 (US \$267,140) y US \$1 millón que aún estaban incorrectamente registradas como parte de la cartera vigente del BNM.¹²⁶ En total, el monto por intereses devengados indebidamente registrado por el BNM como ingreso proveniente de sus créditos, arrendamientos, y cuentas corrientes era significativo. Incluso basándose solamente en la muestra que examinó la SBS, el BNM había sobreestimado sus ingresos desde la primera mitad de 2000 por S/. 3.877 millones (US \$1.098 millones) – lo que equivalía al 50% del ingreso neto del BNM al 30 de junio de 2000.¹²⁷

67. Otro factor que infló erróneamente la cuenta de resultados del BNM fue que el BNM había fallado al deducir de sus ingresos S/. 22.32 millones (US \$6.32 millones) de gastos.¹²⁸ La SBS informó al BNM que, basándose en la información provista por el BNM a la SBS, el banco tenía varias cuentas de activos que debieron ser consideradas como gastos y deducidas de los ingresos. Por ejemplo, el BNM enumeró las instalaciones y oficinas del banco que el BNM adquirió en 1999 (en la fusión del Banco del País) como activos valorizados en US \$2.27 millones. Sin embargo, debido a que dichas instalaciones estaban, de hecho, cerradas y ya no eran utilizadas, el BNM debió haber descartado el valor de este activo.¹²⁹ La SBS también identificó US \$1.95 millones en gastos que el BNM había diferido y que debían haber sido reconocidos en el periodo financiero en que ocurrieron, en lugar de extenderlos a lo largo de varios años.¹³⁰ Con la finalidad de corregir el ingreso sobreestimado del BNM, la SBS recomendó que el BNM cargara US \$6.34 millones como gastos antes del término del año fiscal.¹³¹

¹²⁶ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 28 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numerales 32 [Anexo RWS-008]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

¹²⁷ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 28 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numeral 33 [Anexo RWS-008]; Ver SBS's 2000 Inspection Visit Report, página 13 [Anexo R-065].

¹²⁸ Ver Informe de la SBS sobre cuentas activas consideradas como gastos, Informe SBS N° DESF "A" 178-OT/2000, 30 de noviembre, 2000 ("Informe de la SBS sobre cuentas activas consideradas como gastos"), página 1 [Anexo R-171].

¹²⁹ Ver Informe de la SBS sobre cuentas activas consideradas como gastos, página 1 [Anexo R-171].

¹³⁰ Ver Informe de la SBS sobre cuentas activas consideradas como gastos, página 1 [Anexo R-171].

¹³¹ Ver Informe de la SBS sobre cuentas activas consideradas como gastos, página 3 [Anexo R-171].

d. Auditoría del BNM en el Año 2000 por PwC

68. El impacto total de la contabilidad inadecuada del BNM con respecto a sus ingresos por intereses también puede apreciarse en el informe de auditoría de PwC para el año 2000. Los auditores hallaron que el BNM debía reconocer un gasto por S/. 11.8 millones (US \$3.35 millones) por ingresos por intereses que el banco nunca había cobrado (“Provisión para interés por cobrar”).¹³² Esto se encuentra en contraste marcado con los estados financieros del banco del 30 de noviembre de 2000, que no mostraban dicho gasto.¹³³

69. Al igual que la SBS, PwC encontró durante su revisión preliminar que el BNM había diferido inadecuadamente determinados gastos que debió haber cargado en su totalidad a sus ingresos.¹³⁴ Debido a la naturaleza de los gastos, PwC recomendó que el BNM cargara el valor total de los gastos, en vez de mantener los gastos diferidos como un activo, como había hecho el BNM. El monto de gastos inadecuadamente diferidos que encontró PwC era de S/. 19.5 millones (US \$5.54 millones).¹³⁵

4. Garantía Sobrevaluada del BNM

70. La condición financiera del BNM también estaba comprometida por el hecho de que el BNM había sobreestimado la garantía para obtener sus créditos. Por lo tanto, el BNM asumió el riesgo de cualquier pérdida si el prestatario incumplía, porque la garantía del prestatario probablemente no cubriría el valor de la obligación. La sobreestimación de activos se debió a una falla del BNM en seguir las normas de la SBS respecto al descuento del valor de la garantía que hubiera sido confiscada a los prestatarios que no estuvieran en capacidad de reembolsar sus créditos (también llamado “activos recuperables y embargados”). De una manera considerable, la sobreestimación también fue resultado de que la administración del BNM tenía

¹³² Ver Auditoría de PwC de los Estados Financieros, del Estado de Ingresos del BNM al 31 de diciembre del 2000 [Anexo R-080]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

¹³³ Compare Balance general de BNM, Estado de ganancias y pérdidas [Anexo R-168] con la Auditoría de PwC de los Estados Financieros, Estado de ganancias y pérdidas del BNM al 31 de diciembre del 2000 [Anexo R-080].

¹³⁴ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 21 [Anexo RWS-003]; Ver Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, Sec. 1.9 [Anexo R-173].

¹³⁵ Ver Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, Sec. 1.9 [Anexo R-173].

conocimiento de la aceptación de la garantía proveniente de sus empresas vinculadas que había sido considerablemente sobreestimada. La garantía sobreestimada daba la apariencia de que los créditos del BNM a sus empresas vinculadas estaban respaldados, cuando en realidad el BNM se enfrentaba al riesgo de grandes pérdidas si había algún incumplimiento.

a. Examen Especial de la SBS a la Cartera de Créditos de Consumo

71. Durante su examen especial en enero/febrero de 2000, la SBS examinó el valor de los activos recuperables y embargados en los libros del BNM. Descubrió que el BNM no había cumplido con las normas de la SBS que requieren que un banco tome provisiones para pérdidas para el riesgo de que no sea posible vender los activos confiscados por su valor total.¹³⁶ Según las normas de la SBS para dichos activos, el BNM debía supuestamente aumentar sus provisiones para pérdidas en un 20% del valor de la garantía al momento en que el activo era recibido del prestatario.¹³⁷ Debido a que el BNM no lo hizo, el banco tuvo un déficit de provisiones para los activos recuperables y embargados de S/. 3.947 millones (US \$1.121 millones).¹³⁸

b. Auditoría del BNM en el Año 2000 por PwC

72. Las conclusiones de la auditoría de PwC en el 2000 concordaban con los de la SBS. En la revisión preliminar de PwC, encontró varios documentos emitidos indicando cómo el BNM había registrado contablemente sus activos. En la muestra evaluada en la revisión preliminar, PwC encontró muchos arrendamientos con garantía rescindidos que no habían sido recuperados en absoluto, y garantía que había sido recuperada pero no vendida aún.¹³⁹ Sin embargo, el BNM seguía registrando el valor total de dichos activos en sus libros. Para los activos no recuperados, el BNM estaba registrando S/. 36.8 millones (US \$10.45 millones) en

¹³⁶ Ver Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000, página 2 [Anexo R-157].

¹³⁷ Reglamentación de la SBS acerca de los bienes adjudicados y recuperados, Circular de SBS N° B-2017-98, página 2, Sec. 5 [Anexo R-138].

¹³⁸ Ver Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000, página 2 [Anexo R-157].

¹³⁹ Ver Declaración testimonial de Alvarado, numeral 21 [Anexo RWS-003]; Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, páginas 4-5 [Anexo R-173].

activos que ni siquiera estaban en su poder.¹⁴⁰ Además, el valor de la garantía registrado en los libros del BNM no era exacto.

73. Las normas de la SBS requerían que el banco aumentara sus provisiones para pérdidas para las garantías que el banco tuviera el derecho de tomar de un prestatario que hubiera incumplido.¹⁴¹ La finalidad de estas provisiones para pérdidas es tomar en consideración el deterioro del valor de dichos activos a lo largo del tiempo y el riesgo de que el banco no esté en capacidad de vender los activos. Según las normas de la SBS, después de un año, un banco debe constituir provisiones equivalentes al 100% del valor en libros del activo.¹⁴² En otras palabras, transcurrido un año de haber fracasado en recuperar o vender el activo, el banco debe descartar su valor por completo. Debido a su inadecuada contabilidad, el BNM tuvo un déficit de provisión para pérdidas de S/. 4.4 millones (US \$1.25 millones) para sus activos no recuperados,¹⁴³ y S/. 5 millones (US \$1.42 millones) provenientes de los activos no vendidos,¹⁴⁴ comprendiendo un total de US \$2.67 millones. Debido a que este déficit de provisión para pérdidas sólo reflejaba la muestra que examinó PwC, el déficit total de provisión para pérdidas por dichos activos fue mucho mayor.

74. En la auditoría final, PwC determinó que el total de provisiones para pérdidas que el BNM necesitaba reconocer para los activos embargados y adjudicados al 31 de diciembre de 2000 era de S/. 19 millones (US \$5.4 millones).¹⁴⁵ Esto era más del doble de los S/. 8.3 millones (US \$2.36 millones) en provisiones que el BNM había reclamado que necesitaba asignar a dichos activos en sus estados financieros no auditados del 30 de noviembre de 2000.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Ver Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, página 4 [Anexo R-173].

¹⁴¹ Reglamentación de la SBS acerca de los bienes adjudicados y recuperados, Circular de SBS N° B-2017-98, página 2, Sec. 5. [Anexo R-138].

¹⁴² Ver Reglamentación de la SBS acerca de los bienes adjudicados y recuperados, Circular de SBS N° B-2017-98, Sec. 5.1 [Anexo R-138].

¹⁴³ Ver Declaración testimonial de Alvarado, numeral 21 [Anexo RWS-003]; Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, página 4 [Anexo R-173].

¹⁴⁴ Ver Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, página 4 [Anexo R-173]. Esta cifra corresponde a ambos activos adjudicados y recuperados.

¹⁴⁵ Ver Auditoría de PwC de los Estados Financieros, Estado de ganancias y pérdidas del BNM al 31 de diciembre del 2000 [Anexo R-080].

¹⁴⁶ Balance general de BNM, Estado de ganancias y pérdidas al 30 de noviembre 2000 [Anexo R-168].

c. Investigación de la SBS respecto a Actos Ilícitos de los Directores del BNM

75. Aparte de los asuntos contables descritos anteriormente, la SBS descubrió una práctica aún más perturbante: al otorgar créditos a otras empresas que también eran propiedad de los accionistas del BNM, el BNM había aceptado garantías sobreestimadas.¹⁴⁷ Por lo tanto, el BNM extendió a las empresas vinculadas más crédito del que se justificaba por el verdadero valor de las garantías de las empresas vinculadas.

76. El ejemplo más inaudito de esto fue la sobreestimación de terrenos que respaldaban los créditos de Gremco. Supuestamente, el banco poseía retenciones por un valor de US \$77.8 millones en el terreno de Gremco como garantía que respaldaba las considerables obligaciones de Gremco con el banco.¹⁴⁸ Sin embargo, el valor demandado por el terreno era totalmente desproporcionado con relación al monto que Gremco había pagado para adquirirlo. Mientras que el valor en libros de las retenciones era de US \$77.8 millones, Gremco sólo había pagado US \$6 millones por el terreno. Por lo tanto, la SBS sospechaba que el terreno estaba sobreestimado, y contrató a una empresa valuadora para realizar la valorización del terreno en enero de 2001.¹⁴⁹ Dicha valorización mostró que la valorización de Gremco y el BNM del terreno era aproximadamente un 600% mayor que el valor de realización real del terreno.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 51 [Anexo RWS-008]; Ver el Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco, Informe SBS N° 01-2002-DESF “A” del 16 de abril del 2002, (“Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco”), página 1 [Anexo R-191].

¹⁴⁸ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 51 [Anexo RWS-008]; Ver el Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco, página 2 [Anexo R-191].

¹⁴⁹ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 52 [Anexo RWS-008]; Ver el Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco, páginas 1-2 [Anexo R-191].

¹⁵⁰ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 52 [Anexo RWS-008]; Ver el Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco, página 2 [Anexo R-191]. El valor de realización de los inmuebles de Gremco según el BNM y Gremco – S/. 72.322 millones – y es aproximadamente seis veces más que el valor de realización de S/. 12.245 millones que había acotado la SBS en el año 2001.

(Valores en miles de USD) Terreno	Valor en Libros de la Retención	Precio pagado por Gremco	Valorización de Gremco/BNM		Valorización de la SBS	
			Valor de mercado	Valor de realización*	Valor de mercado	Valor de realización
Lote No. 2 ubicado en Chorrillos	9,023	3,000	16,422	13,137	2,568	1,797
Terreno ubicado entre las playas de La Herradura y La Chira	14,942	1,500	21,798	17,438	5,447	3,813
Lote No. 3 ubicado en los Cerros Morro Solar, Chorrillos	33,434	1,000	33,434	26,747	4,616	3,231
Parcela A ubicada entre los cerros Huaycán, Chaclacayo, y California	20,408	539 ¹⁵¹	19,118	15,000	5,599	3,404
Total	77,807	6,039	90,772	72,322	18,230	12,245

*El valor de realización es el valor del activo después de tomar en cuenta el tiempo estimado y costo de venta del activo.

77. Posteriormente, los liquidadores del BNM descubrieron el mismo patrón con otros activos que respaldaban los créditos y arrendamientos de Gremco.¹⁵² Por ejemplo, la SBS encontró que uno de los arrendamientos de Gremco estaba respaldado por los asientos, palcos suites, y palcos de prensa que estaban ubicados en el estadio que Gremco había construido.¹⁵³ Estos eran activos raros para que un banco adquiriera porque estaban físicamente contruidos dentro del estadio y no podían ser retirados. Como tales, estos activos eran esencialmente inútiles para el banco, debido a que habría sido imposible para el BNM encontrar un comprador para ellos si Gremco incumplía con el arrendamiento. La SBS determinó que los asientos, palcos suites, y palcos de prensa estaban sobreestimados por más de US \$3 millones.¹⁵⁴

¹⁵¹ La cifra de S/. 1.575 millones fue convertida a US dólares utilizando una tasa de cambio de 1 Nuevo Sol por 2.92 US dólares. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

¹⁵² Declaración testimonial de Quiroz, numeral 53 [Anexo RWS-008].

¹⁵³ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 53 [Anexo RWS-008]; Ver el Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, página 7 [Anexo R-195].

¹⁵⁴ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 53 [Anexo RWS-008]; Ver el Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, página 7 [Anexo R-195].

78. La SBS concluyó que estas sobreestimaciones no eran involuntarias: es razonable suponer que la administración del BNM tuviera conocimiento de que Gremco había sobreestimado los activos en arrendamiento (es decir, los asientos y palcos del estadio), basándose en la información que el BNM tenía en ese tiempo.¹⁵⁵ Las sobreestimaciones permitieron a Gremco obtener un mayor financiamiento del BNM que el que debía haber obtenido, y transfirieron el riesgo de incumplimiento de Gremco al BNM.¹⁵⁶

5. Concentración Excesiva de Depósitos

79. La vulnerable posición financiera del BNM se vio exacerbada por la peligrosa concentración excesiva en depósitos del banco.¹⁵⁷ Es decir que la mayoría de los depósitos del BNM provenían de un reducido número de depositantes. Específicamente, el BNM confiaba desmesuradamente en los depósitos a corto plazo de empresas estatales, en lugar de desarrollar diversas fuentes de depósitos.¹⁵⁸

80. Según el Sr. Clarke, es un hecho ampliamente reconocido en la legislación bancaria que una “falta de diversidad en las fuentes de depósitos de un banco es riesgoso, porque hace que el banco dependa de un puñado de depositantes, de modo que la pérdida de tan sólo un depositante puede dañar considerablemente la liquidez del banco.”¹⁵⁹ Esto es aún más cierto en el caso de los depósitos del estado, que son comúnmente llamados “capital especulativo,” porque por lo general son “depósitos de corto plazo, sujetos a cambios, que se mueven libremente entre las entidades financieras.”¹⁶⁰ Tanto el Sr. Clarke como el Sr. Powell insisten en que no es responsable por parte de un banco depender de los depósitos estatales sin un plan de contingencia preparado en caso de retiros. Por lo tanto, ellos creen que la administración del BNM hizo al banco especialmente vulnerable al riesgo de mercado al incrementar su

¹⁵⁵ Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 7 [Anexo R-195] (las butacas fueron sobrevaluadas por US \$816,000, mientras que los palcos y los palcos para la prensa están sobrevaluados por US \$2.153 millones).

¹⁵⁶ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 54 [Anexo RWS-008].; Ver Informe de la SBS sobre deudas crediticias del Grupo Levy, Informe SBS N° 05-2002-VE/DESF “A”, página 7 [Anexo R-195].

¹⁵⁷ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 35 [Anexo RWS-007].

¹⁵⁸ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 5 [Anexo RWS-007].

¹⁵⁹ Opinión del Experto Clarke, numeral 27 [Anexo RWS-010].

¹⁶⁰ Opinión del Experto Clarke, numeral [Anexo RWS-010]; Ver también la Opinión del Experto Powell, numeral 21 [Anexo RWS-011].

dependencia de estos depósitos.¹⁶¹ La SBS reconoció este problema en una etapa temprana y en ocasiones repetidas advirtió al BNM que diversificara sus fuentes de depósitos, pero los gerentes del BNM nunca corrigieron el problema.

a. Visita de Inspección de la SBS en 1999

81. Durante su visita de inspección en 1999, la SBS observó que los depósitos del BNM estaban excesivamente concentrados.¹⁶² La SBS mostraba preocupación por que dicha concentración excesiva hiciera que el BNM fuera vulnerable a los problemas de liquidez, porque mucha de su liquidez provenía sólo de un reducido número de depositantes.¹⁶³ El BNM también recibía mucha de su liquidez de líneas de crédito y créditos provenientes de otros bancos (“adeudados”). La SBS advirtió que las líneas de crédito y créditos del BNM estaban concentradas en bancos extranjeros y en la Corporación Financiera de Desarrollo del Perú (“COFIDE”), un “banco de segundo piso” estatal que proporciona financiamiento a corporaciones privadas y bancos.¹⁶⁴ La SBS encontró como preocupante que el BNM pareciera no tener límites preparados para asegurar no exceder los límites legales respecto a cuánta deuda de origen extranjero podía mantener el banco o su concentración de fondos.¹⁶⁵

b. Examen Especial de la SBS a la Cartera de Créditos de Consumo del BNM

82. Cuando la SBS examinó la cartera de créditos de consumo del BNM en enero/febrero de 2000, nuevamente expresó su preocupación por que el BNM no estuviera tomando en serio la recomendación de la SBS de diversificar las fuentes de fondos del banco.¹⁶⁶ La concentración de depósitos del BNM proveniente de entidades públicas y empresas estatales

¹⁶¹ Opinión del Experto Clarke, numeral 27 [Anexo RWS-010]; Ver también la Opinión del Experto Powell, numerales 21-22 [Anexo RWS-011].

¹⁶² Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 35 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numeral 34 [Anexo RWS-008]; Ver el Informe de Visita de Inspección de la SBS en el 2000, página 18 [Anexo R-065].

¹⁶³ Informe de Visita de Inspección de la SBS de 1999, página 8 [Anexo R-143].

¹⁶⁴ Informe de Visita de Inspección de la SBS de 1999, página 23 [Anexo R-143].

¹⁶⁵ Informe de Visita de Inspección de la SBS de 1999, página 24 [Anexo R-143].

¹⁶⁶ Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000 Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000, página 2 [Anexo R-157].

continuaba siendo alta y, como tal, los problemas de liquidez del BNM también se elevaron.¹⁶⁷ A pesar del hecho de que el BNM había accedido a una red de sucursales, la SBS observó que el banco no había utilizado esas sucursales para diversificar sus depósitos, según lo demostraba el hecho de que un 70% de los depósitos del BNM se manejaran desde la sede principal del BNM.¹⁶⁸ No obstante, el BNM ignoró la recomendación de la SBS; incrementó su concentración de depósitos públicos a un 33% de sus depósitos totales a diciembre de 1999.¹⁶⁹

c. Visita de Inspección de la SBS en 2000

83. En la época de la visita de inspección de la SBS en 2000, la concentración de depósitos del BNM continuaba siendo un serio problema. En octubre de 2000, el 21.7% del total de los depósitos del BNM provenían sólo de 30 empresas estatales,¹⁷⁰ lo que aún era un porcentaje demasiado elevado del total de depósitos base. Esa cifra se elevó a 32% de los fondos del BNM si se tomaba en cuenta las líneas de crédito y créditos de las empresas estatales.¹⁷¹ Sólo COFIDE registraba contablemente un 49% de los fondos sin constituir depósitos.¹⁷²

84. El equipo de inspección de la SBS mostró preocupación por que el BNM no parecía tener un plan preparado si esos depósitos no se renovaban cuando sus plazos expiraran.¹⁷³ Con la concentración excesiva de depósitos públicos del BNM, la SBS predijo que el BNM tendría dificultades en cumplir sus obligaciones con el efectivo que tenía disponible si

¹⁶⁷ Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000, página 2 [Anexo R-157].

¹⁶⁸ Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000, página 2 [Anexo R-157].

¹⁶⁹ Informe de Visita de Inspección de 1999, página 18 (el cuadro muestra que en diciembre de 1999, los depósitos del público en el BNM eran 33.05% del total de depósitos) [Anexo R-065].

¹⁷⁰ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Quiroz, numeral 34 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre la Evolución de los Depósitos y Liquidez del BNM, Informe No. DESF A-105-OT-2001, del 29 de octubre 2001 [Anexo R-091]; Informe de Visita de Inspección del 2000, página 18, [Anexo R-065].

¹⁷¹ Informe de Visita de Inspección del 2000, página 18, (el cuadro muestra que en octubre del 2000, la fuente de financiamiento público, es decir., depósitos and “adeudados” o créditos a favor de BNM, equivalían a 31.8% del total de fondos de BNM) [Anexo R-065].

¹⁷² SBS’s 2000 Inspection Visit Report, página 18 (el cuadro muestra que en octubre del 2000, los préstamos de COFIDE representaban 49.3% de los fondos sin carácter de depósito, “adeudados”) [Anexo R-065].

¹⁷³ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 35 [Anexo RWS-007]; Carta de la SBS al BNM en relación con el Informe de la Visita de Inspección, Oficio No. 12187-2000, 27 de noviembre, 2000, Sec. 6 [Anexo R-067].

los depósitos públicos puestos en el BNM no eran renovados.¹⁷⁴ La situación de liquidez del BNM era especialmente precaria debido a que, al mismo tiempo, estaba perdiendo volúmenes importantes de depósitos privados a lo largo de noviembre de 2000, lo que se trata más adelante en detalle.

6. Auto-Financiamientos por Canalización de los Recursos del BNM a Empresas Vinculadas

85. La aceptación de garantía sobreestimada no era la única forma en que los directores del BNM se vincularon en autoreparto con otras empresas de propiedad de los accionistas del BNM. Tenían varios otros métodos de evadir las leyes bancarias del Perú para canalizar los recursos del BNM a las empresas vinculadas, a expensas de los depositantes y acreedores del BNM.¹⁷⁵ Estos esquemas para beneficiar a las empresas vinculadas tenían un impacto significativo en la salud financiera del banco. Mientras que la SBS encontró algunos signos de estos asuntos durante sus visitas de inspección, sólo fue capaz de obtener una impresión completa de los actos ilícitos de los directores del BNM durante la investigación al colapso del BNM que fue llevada a cabo entre febrero y julio de 2002. Tras la investigación, la SBS descubrió que el BNM había (a) financiado indirectamente a Gremco al adquirir acciones en un fondo de inversión vinculado que, en primer lugar, financiaba las actividades de Gremco, y también al inducir a los clientes del BNM a hacer lo mismo; y (b) liberado la garantía de las empresas vinculadas para proteger aquellos activos frente a una inminente intervención del BNM.

a. *Uso de las Acciones del Fondo para Financiar Indirectamente a Gremco*

86. Uno de los esquemas utilizados por el BNM para financiar a Gremco era pasar el dinero mediante un fondo de inversión vinculado, evadiendo de ese modo los límites de la SBS respecto a préstamos a empresas vinculadas. El grupo económico Levy incluía un fondo de

¹⁷⁴ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 35 [Anexo RWS-008]; Informe de Visita de Inspección del 2000, , página 18 [Anexo R-065].

¹⁷⁵ Por ejemplo, la SBS concluyó que el BNM había estado comprando las cuentas por cobrar de Gremco (en adelante “factoring”) como una forma de ampliar mas los fondos de Gremco por encima de los niveles que el BNM podía prestarle a Gremco. De hecho, más del 99% de las operaciones de la SBS en 1999, según la inspección anual a Gremco. Una vez más, el BNM obvio registrar adecuadamente el factoring de los activos en los registros contables; cuando en realidad muchas de estas ya estaban vencidas o adjudicados, el BNM los registro como vigentes y de bajo riesgo. Ver el Informe Kaczmarek, numeral 103 [Anexo RWS-012]; el Informe de Visita de Inspección de 1999, página 4, Sec. 1.4.2.1 h [Anexo R-143].

inversión llamado Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria (“el Fondo”). En primer lugar, la finalidad del Fondo era financiar las adquisiciones de Gremco de inmuebles y otros activos. El BNM poseía un importante interés en el Fondo.¹⁷⁶ El BNM adquirió acciones y bonos en el fondo como una forma de financiar indirectamente a Gremco.¹⁷⁷ Al comprar acciones del Fondo en lugar de prestarle directamente a Gremco, el BNM era capaz de esquivar las normas de la SBS que limitan los créditos directos e indirectos a las empresas vinculadas.¹⁷⁸ Incluso en las semanas previas a la intervención al BNM, cuando el banco estaba quedándose sin efectivo rápidamente, el BNM adquirió otros US \$2.8 millones en acciones del Fondo.¹⁷⁹

87. El BNM también indujo a sus prestatarios a adquirir acciones en el Fondo como condición para recibir préstamos del banco. Esta era otra forma de canalizar recursos del BNM a Gremco. Este esquema era complejo: el BNM daría un préstamo a uno de sus clientes, con la condición de que el cliente también aceptara un préstamo adicional del BNM con la exclusiva finalidad de adquirir acciones en el Fondo. El BNM aceptaba recomprar esas acciones del cliente a una tasa de interés fija en algún momento. Mientras tanto, el BNM también permitiría al cliente entregar en prenda las acciones del Fondo como garantía para el préstamo original.¹⁸⁰

88. El efecto principal de este esquema era incrementar el capital del fondo induciendo a los clientes del BNM a comprar acciones y, de ese modo, a incrementar indirectamente el financiamiento disponible para Gremco. Sin embargo, existían varios otros efectos. Debido a que el BNM convencía a sus clientes a solicitar préstamos adicionales, el banco estaba en capacidad de incrementar su libro de activos. El banco podía también registrar los préstamos primarios de los clientes como préstamos adecuadamente respaldados por las

¹⁷⁶ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 64 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre cuotas de participación en el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria, Informe SBS N° 02-2002-VE/DESF “A” SBS (“Informe de la SBS sobre cuotas de participación en el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria), 09 de mayo 2002, página 1 [Anexo R-192].

¹⁷⁷ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 64-67 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre cuotas de participación en el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria, Informe SBS N° 02-2002-VE/DESF “A” del 9 de mayo del 2002, página 5 [Anexo R-192].

¹⁷⁸ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 64 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre cuotas de participación en el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria, Informe SBS N° 02-2002-VE/DESF “A” del 9 de mayo, 2002, página 1 [Anexo R-192].

¹⁷⁹ Informe de la SBS sobre cuotas de participación en el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria, Informe SBS N° 02-2002-VE/DESF “A”, página 3 [Anexo R-192].

¹⁸⁰ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 65 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre cuotas de participación en el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria, Informe SBS N° 02-2002-VE/DESF “A”, páginas 2, 5-6 [Anexo R-192].

acciones adquiridas, aun cuando esa garantía hubiera sido realmente comprada utilizando dinero del propio BNM (es decir, el préstamo adicional).

89. El Sr. Quiroz, funcionario de la SBS a cargo de la investigación, concluyó en ese entonces de que:

Los Directores, Gerentes y Accionistas del BNM fueron responsables por actuar de modo intencional en la transferencia de recursos del BNM a otras empresas propiedad de los principales accionistas del BNM, al detrimento del banco. Puesto que estas prácticas se hacían más frecuentes a medida que la crisis financiera del BNM se intensificaba y que estaba al borde de la intervención, quedaba claro para la SBS que los Directores, Gerentes y Accionistas intentaban retirar capital y activos del BNM antes de que colapsara.¹⁸¹

Por lo tanto, no sólo el auto-financiamiento de los directores debilitaba la viabilidad del BNM, sino que cuando el banco se encontraba en una posición financiera precaria, protegieron sus propios activos y dejaron que el banco colapsara.

b. *Liberación de Activos de las Empresas Vinculadas en la Víspera de la Intervención*

90. Quizás no haya mejor evidencia de las intenciones de los directores del BNM de canalizar los recursos del BNM hacia las empresas vinculadas que la decisión de la administración y los accionistas del BNM de liberar las gravámenes de las garantías que respaldaban los créditos y arrendamientos de Gremco en las semanas previas a la intervención del BNM.¹⁸² No había ninguna razón aparente para liberar las retenciones, sino la de proteger los activos de Gremco de los depositantes y acreedores del BNM cuando el colapso se cernía sobre el BNM.

91. Primero, el 6 de septiembre de 2000, los directores más altos cancelaron parcialmente las gravámenes sobre el terreno de Gremco que el BNM había valorizado en US \$20.4 millones.¹⁸³ Luego, al 1 de diciembre de 2000, los accionistas del BNM votaron por unanimidad a liberar las gravámenes sobre otras parcelas del terreno de Gremco, así como sobre

¹⁸¹ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 73 [Anexo RWS-008].

¹⁸² Declaración testimonial de Quiroz, numeral 60 [Anexo RWS-008].

¹⁸³ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 60 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco, Informe SBS N° 01-2002-DESF “A”, página 2 [Anexo R-191].

los palcos suites propiedad de Gremco. Estas dos acciones redujeron drásticamente la garantía que respaldaba los créditos y arrendamientos de Gremco.¹⁸⁴

92. Al liberar estas gravámenes sobre los activos de Gremco, los directores del BNM hicieron virtualmente imposible que el banco (o, tras la intervención, para la SBS) recuperara el valor de los créditos vencidos y los arrendamientos de Gremco. Si un prestatario (por ejemplo, Gremco) incumple con su pago, el único recurso del banco es embargar y vender los activos que sirvieron como garantía para las obligaciones del prestatario. Los activos restantes que Gremco presentó como garantía cubrían apenas el 30% del total de las deudas de Gremco con el BNM. Por lo tanto, en el mejor de los casos, habría sido posible recuperar sólo el 30% del valor de las obligaciones pendientes de Gremco. Al liberar intencionalmente las demandas del BNM a los activos de Gremco antes de la intervención con la finalidad de proteger aquellos activos de futuros esfuerzos por cobrar los créditos pendientes del BNM,¹⁸⁵ los directores del BNM actuaron en detrimento de los depositantes y acreedores del banco por el valor de dichos activos.

B. DETERIORO RÁPIDO DEL BNM CONDUCENTE A SU INTERVENCIÓN

93. Mientras la administración del BNM intencionalmente disfrazaba los problemas financieros del BNM, ninguna de las prácticas contables del BNM podía cambiar la realidad financiera del BNM. Sin una solución a los problemas del BNM, la administración del BNM dejó que el banco sufriera deterioro hasta el punto en que una intervención se hizo inevitable. Este deterioro se aceleró en el último trimestre de 2000. Según se determinó durante la visita de inspección anual de agosto del 2000, el BNM incumplió al registrar de S/. 79.18 millones (US \$22.43 millones) en pérdidas incurridas en el 2000, sólo en la muestra que examinó la SBS.¹⁸⁶ El total de pérdidas no registradas del BNM probablemente fue mucho mayor, como podría verse posteriormente en los resultados finales de la auditoría de PwC en el año 2000. Como resultado

¹⁸⁴ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 61 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco, Informe SBS N° 01-2002-DESF “A”, página 2-3 [Anexo R-191].

¹⁸⁵ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 63 [Anexo RWS-008]; Informe de la SBS sobre el levantamiento de hipotecas pertenecientes a Gremco, Informe SBS N° 01-2002-DESF “A”, página 5 [Anexo R-191].

¹⁸⁶ Informe de Visita de Inspección de 2000, Conclusiones página 7, [Anexo R-065]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

incluso de las pérdidas solamente que identificó la SBS, el BNM sobreestimó su capital por un 25.7%.¹⁸⁷

94. El deterioro del BNM llegó a un punto crítico cuando fue intervenido el 5 de diciembre de 2000 por incumplir el pago de sus obligaciones, por haberse quedado completamente sin efectivo. La Demandante intenta describir la crisis de liquidez del BNM como un asunto temporal, que no se relacionaba con la salud subyacente del banco.¹⁸⁸ Sin embargo, la abrumadora evidencia demuestra que el BNM estaba, además, experimentando una crisis de solvencia y podía haber sido intervenido mucho antes sobre la base de su insolvencia, si el banco no se hubiera involucrado en tales prácticas contables engañosas.¹⁸⁹ De este modo, para el último trimestre de 2000, el BNM se encontró con la necesidad desesperada tanto de liquidez como entradas de capital.

1. Pérdida de Depósitos

95. En el último trimestre de 2000, el BNM perdió una cantidad significativa de depósitos que mantenían entidades y empresas privadas. Como explicó el Sr. Mogrovejo en su Primer Testimonio, fue la pérdida de depósitos privados del BNM y la crisis de liquidez resultante lo que ocasionó a la intervención del BNM.¹⁹⁰ Entre agosto de 2000 y el 5 de diciembre de 2000, el BNM perdió un total de US \$122.45 millones en depósitos, de los cuales US \$109.13 millones eran depósitos privados.

96. Esta pérdida de liquidez ocasionó que el BNM buscara liquidez a corto plazo en el mercado interbancario de préstamos, para cubrir el vacío creado por la pérdida de depósitos privados. Según los datos de la SBS, el BNM fue un prestatario neto de los fondos interbancarios por seis de once meses en el 2000.¹⁹¹ Esto era una señal para la SBS de que el BNM tenía problemas de liquidez.¹⁹² Sin embargo, a cierto punto, el BNM no pudo obtener

¹⁸⁷ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 29 [Anexo RWS-007]; Ver Informe de visita de inspección de 2000 páginas 7, 21 [Anexo R-065].

¹⁸⁸ Memorial sobre el Fondo presentada por El Demandante numeral 54.

¹⁸⁹ El Informe Kaczmarek, numeral 181[Anexo RWS-012].

¹⁹⁰ Primera declaración testimonial de Jorge Mogrovejo, 25 de agosto de 2011 (“Primera declaración testimonial de Mogrovejo”), numerales 37-41 [Anexo RWS-001].

¹⁹¹ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 18 [Anexo RWS-007]; Datos de la SBS sobre los fondos interbancarios de BNM para el año 2000 [Anexo R-227].

¹⁹² Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 18 [Anexo RWS-007].

liquidez a corto plazo suficiente del mercado interbancario de préstamos (también porque otros bancos ya no querían prestar al BNM o porque las tasas de interés que otros bancos habrían cargado era demasiado alta para que el BNM pagara).¹⁹³ Por lo tanto, en noviembre de 2000, el BNM tuvo que utilizar los servicios de liquidez de emergencia del Banco Central del Perú (“BCR”).¹⁹⁴ El BNM recibió varios créditos “overnight” del BCR, que son los préstamos que el BCR proporciona a los bancos con el exclusivo propósito de ayudar a los bancos a cumplir con el requerimiento de reservas legales.¹⁹⁵ Sin embargo, estos préstamos de emergencia a corto plazo no resolvían el problema subyacente del BNM: el BNM necesitaba el ingreso de nuevo capital para fortalecer la confianza del público en el banco y para elevar su posición de solvencia mal deteriorada.

2. Necesidad de Recapitalización del BNM

97. La SBS estaba enterada de la condición de deterioro financiero del BNM en la segunda mitad de 2000, y por lo tanto, los funcionarios de la SBS realizaban una observación cercana del banco.¹⁹⁶ De hecho, el Superintendente de la SBS, el Sr. Cortavarría, se reunió en varias ocasiones con el Gerente General del BNM, José Armando Hopkins, y el Presidente del Directorio, Jacques Levy, con referencia a los problemas de liquidez del BNM.¹⁹⁷ Durante dichas reuniones, el Sr. Cortavarría constantemente exhortaba a los directores del BNM a ampliar nuevo capital. Según el Sr. Cortavarría, la entrada de más capital al banco “era la única oportunidad de sobrevivencia del BNM.”¹⁹⁸ Sin embargo, nunca lo hicieron.¹⁹⁹ Por el contrario, el Sr. Cortavarría recuerda que “los altos funcionarios principales del banco negaron que el BNM estuviera experimentando problemas de credibilidad, y no vieron la necesidad de que entraran más capital al banco.”²⁰⁰

¹⁹³ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 19 [Anexo RWS-007].

¹⁹⁴ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 19 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Juan Ramírez, 25 de agosto 2011, numeral 24 [Anexo RWS-002].

¹⁹⁵ Declaración testimonial de Juan Ramírez, 25 de agosto 2011, numeral 24 [Anexo RWS-002].

¹⁹⁶ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 46 [Anexo RWS-007]; Declaración testimonial de Luis Cortavarría, 30 de enero de 2012, numeral 18 (“Declaración testimonial de Cortavarría”) [Anexo RWS-006].

¹⁹⁷ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 18 [Anexo RWS-006].

¹⁹⁸ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 18 [Anexo RWS-006].

¹⁹⁹ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 18 [Anexo RWS-006].

²⁰⁰ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 18 [Anexo RWS-006].

98. En cierto momento, los altos funcionarios del BNM propusieron “recapitalizar” el banco; pero, para hacerlo, solamente ofrecieron terrenos como capital.²⁰¹ Esto no habría servido de ayuda en lo más mínimo a los problemas financieros del BNM. Debido a que los terrenos son ilíquidos, habría sido de poca utilidad para que el BNM surja de la crisis de liquidez. De ese modo, la SBS no consideró que los terrenos fueran un sustituto adecuado para la entrada de capital en efectivo.²⁰² En la opinión del Sr. Powell, la SBS llegó a la conclusión correcta porque, según su experiencia, “los terrenos no son una forma aceptable de capital para un banco.”²⁰³

99. Los accionistas del BNM no observaron la recomendación de la SBS y sólo hicieron un esfuerzo simbólico por incrementar el capital del banco. Los accionistas aprobaron un incremento de capital por US \$7.5 millones en septiembre de 2000, que la Demandante describe como evidencia del compromiso de los accionistas del BNM con el éxito financiero del banco y su confianza en que era viable.²⁰⁴ Sin embargo, esto ni siquiera se acercaba a lo suficiente. Considerando que el BNM perdió US \$9 millones en depósitos privados en agosto de 2000 y US \$25 millones en septiembre de 2000, y considerando que la SBS había encontrado por lo menos US \$19.9 millones en pérdidas no registradas desde la visita de inspección de agosto de 2000, queda claro que los US \$7.5 millones eran un monto deplorablemente inadecuado para mejorar la salud financiera del BNM. Para decirlo de otro modo, el incremento de capital de US \$7.5 millones representaba sólo 1/7 de las pérdidas que el BNM había sostenido entre la pérdida de depósitos privados en agosto y septiembre de 2000, y las pérdidas no registradas encontradas por la SBS.²⁰⁵

100. No existe duda ninguna de que los directores del BNM estaban enterados de lo que ocurría: vieron a partir de los datos financieros del BNM que el banco tenía una falta de liquidez y sólo sobrevivía en virtud de los préstamos de emergencia de otros bancos y del BCR. Según se trató por arriba, parece que cuando los directores del BNM se dieron cuenta de la situación vulnerable del BNM, protegieron los activos de las empresas vinculadas al BNM

²⁰¹ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 19 [Anexo RWS-006].

²⁰² Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 19 [Anexo RWS-006].

²⁰³ Opinión del Experto Powell numeral 34 [Anexo RWS-011].

²⁰⁴ Memorial sobre el Fondo presentado por El Demandante numerales 242-44.

²⁰⁵ Ello se calcula sumando la pérdida del BNM de los depósitos privados en agosto 2000 (US \$9 millones), la pérdida del BNM de los depósitos privados en setiembre 2000 (US \$25 millones), y la pérdida no contabilizada que la SBS identificó en su visita de inspección en agosto del 2000 (US \$19.9 millones), que equivale a US \$53.9 millones. El aumento de capital del BNM de US \$7.5 millones representa 1/7 de US \$53.9 millones.

liberando las garantías, permitiendo que las empresas vinculadas no reembolsaran sus obligaciones con el banco, y canalizando el cada vez más escaso capital para financiar las actividades de las empresas vinculadas.

3. Incumplimiento del BNM en Pagar sus Obligaciones y Cubrir el Déficit en su Cuenta Corriente del BCR

101. El 5 de diciembre de 2000, el BNM incumplió en el pago de sus obligaciones y se exigió al BCR que excluyera al BNM del proceso de compensación.²⁰⁶ Entonces, el BCR notificó a la SBS y como resultado de ello, la SBS intervino el BNM, según conformidad con la ley.²⁰⁷ Estos acontecimientos se describen con mayor detalle en la Memorial de Jurisdicción de la Demandada.²⁰⁸ Debido a que la Demandante no ha impugnado la intervención en sí, la Demandada no repetirá dichos hechos en esta sección. Sin embargo, vale la pena enfatizar que los requerimientos de la Ley General de Banca del Perú son claros: cualquier banco que incumpla en el pago de sus obligaciones debe ser intervenido inmediatamente.²⁰⁹ En otros aspectos, la SBS aplicó su criterio en reglamentación prudencial, como aplicó su criterio al conceder diversas formas de indulgencia para permitir que el banco continuara operando aun cuando experimentaba problemas financieros muy graves. Sin embargo, la decisión de intervenir el BNM no se hizo por criterio.

102. Aunque la Demandante no impugna la intervención en sí, impugna la decisión del BCR de no otorgar al BNM un préstamo garantizado de corto plazo el 5 de diciembre de 2000.²¹⁰ Un préstamo de corto plazo garantizado es una fuente de liquidez de emergencia que un banco puede usar para pagar sus obligaciones si estuviera por experimentar un déficit de efectivo.²¹¹

103. No obstante, según la ley que rige al BCR, el BCR no está autorizado a proporcionar dicho crédito de corto plazo a menos que el banco tenga una garantía adecuada para

²⁰⁶ Carta del BCR a la SBS sobre la exclusión del BNM del proceso de libración de cheques, Oficio No. 226-2000-PRES, del 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-072].

²⁰⁷ La Resolución de la SBS declarando la Intervención del BNM, Resolución SBS No. 885-2000, del 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-073].

²⁰⁸ Memorial sobre la Jurisdicción presentada por el Demandado, numerales 69-84.

²⁰⁹ Ley General de Banca y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia d Banca y Seguros, Ley No. 26702, Art. 104 (“Ley General de Banca”) [Anexo R-021].

²¹⁰ Memorial sobre el Fondo de la Demandante, numerales 345-53.

²¹¹ Declaración testimonial de Ramírez, numeral 22 [Anexo RWS-002].

cubrir el monto del crédito.²¹² Además de los activos de alta solvencia, tales como bonos del Tesoro y certificados de depósito con el BCR, por un periodo de tiempo (incluyendo el último trimestre de 2000), el BCR permitía a los bancos utilizar determinado tipo de arrendamiento de alta calidad y bajo riesgo como garantía.²¹³ Sin embargo, los arrendamientos sólo podían utilizarse como garantía si tenían una calificación de alta calidad, no había acciones pendientes o demandas interpuestas contra ellos, y no tenían relación con empresas vinculadas al banco que solicitaba el préstamo o con sus funcionarios.²¹⁴ Estas condiciones no eran opcionales, como sugiere la Demandante, sino requerimientos esenciales a los que el BCR no podía renunciar.²¹⁵

104. Al 5 de diciembre de 2000, el BNM no resultó elegible para un préstamo garantizado de corto plazo de US \$9.75 millones del BCR para cubrir sus obligaciones de pago, debido a que el BNM no tenía garantías suficientes para satisfacer los requerimientos del BCR.²¹⁶ El BNM sólo tenía US \$1.2 millones en garantías elegibles, cuando necesitaba por lo menos US \$9.75 millones para respaldar el monto total del préstamo que necesitaba.²¹⁷ No se ha discutido seriamente que el BNM careciera de suficientes activos de alta calidad al 5 de diciembre de 2000 para respaldar un préstamo lo suficientemente alto del BCR que evitara el incumplimiento de sus obligaciones.

105. La opinión de la Demandante parece ser que, a pesar de la garantía disponible del BNM, el BCR tenía la *obligación* de otorgar el préstamo al BNM el 5 de diciembre de 2000 porque el BCR es el “prestamista de último recurso.”²¹⁸ Sin embargo, lo que la Demandante

²¹² Declaración por Manuel Monteagudo, del 30 de enero de 2012, numerales 28, 31 (“Declaración de Monteagudo”) [Anexo RWS-009]; Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Ley No. 26123, del 30 de diciembre de 1992, Arts. 53, 58-59 [Anexo R-016].

²¹³ Ver Reglamento sobre la Autorización el Uso de Ciertos Bienes de Leasing como Garantías, Circular No. 040-2000-EF/90, del 29 de noviembre de 2000 (“Reglamento sobre la Autorización del Uso de Ciertos Bienes de Leasing como Garantías”) [Anexo R-069].

²¹⁴ Ver Declaración testimonial de Ramírez, numeral 22 [Anexo RWS-002]; Reglamento sobre la Autorización del Uso de Ciertos Bienes de Leasing como Garantías, Art. 2 [Anexo R-069].

²¹⁵ Declaración testimonial de Monteagudo, numeral 28 [Anexo RWS-009].

²¹⁶ Declaración testimonial de Ramírez, numeral 26 [Anexo RWS-002]; Carta del BCR a la SBS sobre la exclusión del BNM del proceso de libración de cheques, Oficio No. 226-2000-PRES, del 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-072].

²¹⁷ Ver Declaración testimonial de, numeral 26 [Anexo RWS-002]; Carta del BCR a la SBS sobre el Saldo de la Cuenta Corriente en el BCR del BNM, Oficio No. 225-2000-PRES, del 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-123].

²¹⁸ Memorial sobre el Fondo presentada por El Demandante, numeral 339.

entiende que significa para el banco central ser un “prestamista de última instancia” es erróneo. Según lo explica el Sr. Powell:

Un banco central es el prestamista de última instancia porque tiene la disponibilidad de ofrecer préstamos a los bancos que pudieran carecer de otros medios de préstamo según el mercado considere que son de alto riesgo y no tengan oportunidad de acceder a un préstamo. La razón de que un banco central pueda dar préstamos cuando los bancos comerciales no, es porque el banco central tiene un mayor acceso a la información, lo que le permite tener una imagen más precisa de la condición financiera del banco en problemas y de la verdadera posibilidad de que el banco incumpla, mientras que los bancos comerciales son más susceptibles a la volatilidad del mercado y por ello son más reacios a prestar dinero durante una restricción de crédito.²¹⁹

Los préstamos de un banco central siguen estando sujetos a las normas para préstamos, como los de cualquier otro banco. Es decir, los préstamos del banco central deben estar respaldados por una garantía adecuada. Según explica el Sr. Powell, el banco central no puede “regalar” préstamos a los bancos con problemas ni puede servir como “red de seguridad” para las entidades que han fracasado en la adecuada administración de su propio riesgo.²²⁰

106. Como apoyo a su posición, la Demandante presenta la opinión legal del Dr. Albert Forsyth que examina el rol del BCR en tiempos de crisis financiera. El Dr. Forsyth basa su análisis en la suposición de que el BCR es responsable de proteger a los depositantes y de mantener la estabilidad del sistema bancario durante una crisis financiera.²²¹ Luego, concluye que, como “prestamista de último recurso,” el BCR está obligado a prestar a los bancos con problemas para evitar que fracasen, incluso si no pueden cumplir los requerimientos del BCR de que todos los créditos deben estar adecuadamente garantizados. La opinión del Dr. Forsyth se desprende en gran medida – pero de modo inexacto – de los escritos del Dr. Manuel Monteagudo Valdez, Aconsejor Gerente del BCR.

²¹⁹ Opinión del Experto Powell numeral 35 [Anexo RWS-011].

²²⁰ Opinión del Experto Powell numeral 36 [Anexo RWS-011].

²²¹ Opinión del Experto Alberto Forsyth, numerales 9-10.

107. Tras revisar la opinión del Dr. Forsyth, el Dr. Monteagudo rechaza las premisas del Dr. Forsyth, su interpretación legal y conclusiones.²²² Según el Dr. Monteagudo, el problema con el análisis de Forsyth empieza con una interpretación fundamentalmente errónea con respecto al rol del BCR.²²³ Según lo que se establece en la Constitución del Perú y en la ley que rige al BCR, el BCR es únicamente responsable de mantener la estabilidad *monetaria* (no la estabilidad del sistema bancario o financiero).²²⁴ El BCR es, además, una entidad independiente que no se encuentra bajo del control de ningún organismo estatal.²²⁵ Además, no es la entidad responsable de proteger a los depositantes ni de salvaguardar el sistema bancario – aquel rol pertenece a la SBS.²²⁶

108. El Dr. Monteagudo también rechaza la calificación del Dr. Forsyth de lo que significa para el BCR ser el “prestamista de última instancia.”²²⁷ La Ley Orgánica y las normas del BCR requieren que los préstamos de liquidez de emergencia estén adecuadamente garantizados.²²⁸ De ese modo, aun cuando el BCR está autorizado para prestar a los bancos cuando éstos no pueden obtener préstamos de otras fuentes, el BCR sólo puede hacerlo dentro del marco legal.²²⁹ Al contrario de las declaraciones del Dr. Forsyth, el Dr. Monteagudo confirma que no existe excepción al requerimiento de garantía.²³⁰ Además, incluso si un banco tuviera garantías suficientes, el BCR podría decidir no extenderle un préstamo si tiene serias dudas respecto a la viabilidad del banco.²³¹ El BCR no está obligado a otorgar préstamos a ninguna entidad financiera en particular y, según observa el Sr. Clarke, los bancos centrales tienen un interés particular en proteger a los contribuyentes de pérdidas ante la eventualidad de que un banco no se encuentre en capacidad de reembolsar un préstamo a corto plazo.²³²

²²² Declaración de Monteagudo, numeral 6 [Anexo RWS-009].

²²³ Declaración de Monteagudo, numeral 10 [Anexo RWS-009].

²²⁴ Declaración de Monteagudo, numerales 11, 14-15 [Anexo RWS-009].

²²⁵ Declaración de Monteagudo, numeral 16 [Anexo RWS-009].

²²⁶ Declaración de Monteagudo, numerales 11, 18, 22, 25 [Anexo RWS-009].

²²⁷ Declaración de Monteagudo, numerales 8, 10-11 [Anexo RWS-009].

²²⁸ Declaración de Monteagudo, numeral 22 [Anexo RWS-009].

²²⁹ Declaración de Monteagudo, numeral 22 [Anexo RWS-009].

²³⁰ Declaración de Monteagudo, numeral 22 [Anexo RWS-009].

²³¹ Declaración de Monteagudo, numerales 24, 28 [Anexo RWS-009].

²³² Opinión del Experto Clarke, numeral 35 [Anexo RWS-010].

109. La evaluación del Dr. Monteagudo con respecto al rol del BCR del Perú se encuentra en línea con las prácticas internacionales de los bancos centrales. Según lo explica el Sr. Clarke, el equivalente estadounidense al BCR es un punto lejano de comparación. El Sr. Clarke señala que los préstamos de emergencia de la Reserva Federal de los Estados Unidos son también muy restringidos; los préstamos de emergencia deben ser utilizados para proporcionar liquidez al sistema financiero y no como una ayuda a una entidad financiera en problemas. Además, un préstamo de emergencia debe estar respaldado por una garantía de alta calidad para asegurar su reembolso y proteger a los contribuyentes de cualquier pérdida.²³³ Agrega que si “un banco presenta otras circunstancias que hacen posible un eventual incumplimiento, un banco central no puede proporcionar un préstamo de emergencia,” debido a la carga que implica tratar de cobrar el préstamo y por el daño a los contribuyentes.²³⁴ Además, “a nivel sistémico, otorgar un préstamo a una entidad que incumple es un riesgo que crea un riesgo moral por, esencialmente, recompensar a la administración del banco por tomar malas decisiones, alentando de ese modo el comportamiento riesgoso en el futuro.”²³⁵ Como tal, por ninguna circunstancia un banco central estaría obligado a otorgar préstamos a los bancos. Por lo tanto, el Dr. Monteagudo, el Sr. Clarke y el Sr. Powell concuerdan en que la Demandante ha tergiversado el rol de “prestamista de última instancia” que el BCR debió haber desempeñado en el caso del BNM.

110. La Demandante argumenta que el BNM simplemente tenía problemas temporales de liquidez que podía haber superado con la ayuda de un préstamo de emergencia.²³⁶ Sin embargo, el hecho de que el BNM no tuviera una garantía adecuada para respaldar un préstamo de emergencia es un indicador importante de que el BNM era, de hecho, insolvente y que un préstamo de emergencia para fines de liquidez no le habría ayudado.²³⁷ Incluso si el BNM hubiera obtenido un préstamo del BCR el 5 de diciembre de 2000, es probable que se hubiera

²³³ Opinión del Experto Clarke, numeral 33 [Anexo RWS-010].

²³⁴ Opinión del Experto Clarke, numeral 34 [Anexo RWS-010].

²³⁵ Opinión del Experto Clarke, numeral 34 [Anexo RWS-010].

²³⁶ Memorial de la Demandante Sobre los Méritos, numeral 352.

²³⁷ Opinión del Experto Clarke, numeral 37 (“Si el BNM no hubiera podido ofrecer garantías por las colocaciones ello hubiera sido más que suficiente para atender sus necesidades de liquidez, y entonces el BNM hubiera caído efectivamente en insolvencia y hubiera violado las practicas del banco central al poner en riesgo los riesgos dándole crédito a dicha institución.”) [Anexo RWS-010].

vuelto a ver en la misma situación en cuestión de días a falta de una entrada importante de nuevo capital.²³⁸

111. Contrariamente a la opinión del Dr. Forsyth, la SBS no podía haber forzado al BCR a otorgar un préstamo al BNM o a concederle mayor tolerancia. Y, al 5 de diciembre de 2000, la SBS fue requerida legalmente a intervenir el BNM debido a que éste no pagó sus obligaciones. La Demandada nunca cuestionó que la SBS fuera requerida a intervenir el BNM. De hecho, NMH, el principal accionista del BNM, tampoco ha cuestionado nunca esto en los juzgados del Perú. El requerimiento de la ley es lógico debido al peligro que representa un banco en el sistema financiero cuando no puede cumplir con sus obligaciones de pago.²³⁹ Al describir el deber del regulador bancario de mantener la estabilidad del sistema, el Sr. Clarke advierte que el fracaso de un banco “trae el riesgo único de crear un efecto dominó a través del sistema por medio del cual los depositantes pierden la fe en otros bancos y se apresuran a recuperar sus depósitos, precipitando el fracaso de esos bancos también.”²⁴⁰ Por lo tanto, lo siguiente es que el regulador debe excluir a un banco del sistema inmediatamente (es decir, intervenir) con la finalidad de evitar un colapso de todo el sistema financiero.

112. Debido al riesgo que representaba para el resto del sistema bancario, no había otra forma de que la SBS pudiera haber dado al BNM más tiempo de encontrar efectivo para cubrir sus obligaciones. Además, el BNM no necesitaba más tiempo, necesitaba más capital. Su déficit de liquidez no debería haber sido una sorpresa para el BNM. Su administración debió haber tenido los datos para saber que el banco estaba operando a un nivel peligrosamente bajo de efectivo por semanas y, sin una entrada de capital, sólo era cuestión de tiempo antes de que fracasara. El hecho de que el BNM cerrara sus oficinas a sus clientes incluso antes de ser intervenido es un indicador, puesto que de ese modo reconocía que ya no se encontraba en posición para desempeñar sus funciones.

²³⁸ Opinión del Experto Powell, numeral 38 (“El BNM no estaba en capacidad de ofrecer suficientes garantías, lo cual indica que el BNM probablemente había caído en insolvencia o muy cerca de caer en insolvencia.”) [Anexo RWS-011].

²³⁹ Memorial sobre el Fondo presentada por el Demandado, numerales 16-18 (explicando que es necesario intervenir inmediatamente en un banco en quiebra por el efecto que puede tener en el sistema bancario del país); *Ver id.*, numeral 22 (donde se describen regímenes regulatorios bancarios casi idénticos que existen en la mayoría de las economías que exige que los reguladores bancarios de esos países resuelva rápidamente los bancos quebrados, bancos que ya no están en capacidad de pagar sus obligaciones).

²⁴⁰ Opinión del Experto Clarke, numeral 21 [Anexo RWS-010].

C. LA DEMANDADA NO FUE RESPONSABLE POR EL COLAPSO DEL BNM; POR EL CONTRARIO, LAS AUTORIDADES BANCARIAS DEL PERÚ AYUDARON AL BNM CON SUS PROBLEMAS FINANCIEROS

113. Contrariamente a las acusaciones de la Demandante, la Demandada no fue responsable por el colapso del BNM. Más bien, la mayor parte, sino toda la culpabilidad, pertenece a los directores del BNM. Efectivamente, lejos de ocasionar el colapso del BNM, los reguladores del Perú ayudaron al BNM en varias formas importantes en el transcurso de 1999 y 2000. Fue el interés de la Demandada prestar ayuda al BNM, debido a que, según lo que explica el Sr. Powell, el gobierno tiene varias razones para preferir evitar el fracaso de los bancos: minimizar el costo del sistema de seguro de depósitos del gobierno, y proteger la estabilidad del sistema bancario conservando la confianza del público en el sistema.²⁴¹ Además, tanto el Sr. Powell como el Sr. Clarke concuerdan, en base a su extensa experiencia y conocimiento de la industria de servicios financieros, que los reguladores bancarios del Perú actuaron consecuentemente con las mejores prácticas internacionales en regulación bancaria.²⁴²

114. La SBS, en particular, hizo numerosos esfuerzos de buena voluntad para ayudar al BNM a recuperarse de sus auto infligidos problemas financieros. Mediante una gama de soluciones temporales, la SBS dio tiempo al BNM para que incrementara su situación de capital. Varias de las maneras en que la SBS ayudó al BNM atienden a los problemas financieros que resultaron en la infructuosa fusión del BNM con el Banco del País a fines de 1999. Esta Sección se trata cómo la Demandada ayudó al BNM y refuta las acusaciones de la Demandante de que la Demandada socavó la viabilidad financiera del BNM.

1. La SBS Ayudó al BNM Después de su Infructuosa Fusión con el Banco del País

115. La SBS esperaba que la fusión en 1999, del BNM con el Banco del País sería beneficiosa para la condición financiera del BNM. Sobre la base de la propuesta de fusión del BNM, la SBS ayudó al BNM aprobando ella misma la fusión y aprobando el plan del BNM de registrar un crédito para un fondo de comercio para la fusión.²⁴³ Esto permitió al BNM

²⁴¹ Opinión del Experto Powell numeral 7 [Anexo RWS-011].

²⁴² Opinión del Experto Powell numeral 16 [Anexo RWS-011]; Opinión del Experto Clarke numeral 9 [Anexo RWS-010].

²⁴³ Primera Declaración testimonial de Mogrovejo, numerales 14-20 [Anexo RWS-001]

reconocer de inmediato en su balance general algunas ganancias adicionales que el banco esperaba recibir como resultado de la fusión. Esto tomó la forma de un activo intangible (es decir, un crédito mercantil o “*goodwill*”) valorizado en S/. 45.7 millones (US \$13.6 millones).²⁴⁴ Esto, a su vez, incrementó el capital normativo del BNM.²⁴⁵ Este beneficio inusual fue destacado “con énfasis” por PwC en su dictamen de auditoría que acompañaba los estados financieros del BNM del año 1999.²⁴⁶ El hecho de que a los auditores externos les parecía necesario enfatizar que la SBS había autorizado específicamente al BNM a registrar un goodwill como parte del capital del banco llamó la atención sobre el hecho de que esta autorización se desviaba de las prácticas contables estándar.

116. Ciertamente, en comparación con las mejores prácticas internacionales, es muy inusual permitir a un banco contabilizar un goodwill proveniente de una fusión como parte del capital del banco. Según señala el Sr. Clarke, esto habría sido considerado “excesivamente generoso” por las normas regulatorias de los Estados Unidos, debido a que los bancos estadounidenses no están permitidos de incluir activos intangibles (tales como créditos de goodwill) como parte de su capital normativo.²⁴⁷ Efectivamente, el Sr. Kaczmarek añade que las normas bancarias internacionales establecidos por los Acuerdos de Basilea también advierten contra la inclusión de fondos de goodwill.²⁴⁸ De ese modo, la SBS utilizó su criterio para otorgar al BNM un importante e inusual beneficio con la finalidad de ayudar al BNM a mejorar el aspecto de su situación de capital.

117. Al mismo tiempo, la SBS permitió al BNM revalorizar su sede principal y registrar un incremento en el valor como capital.²⁴⁹ De ese modo, el BNM estaba en capacidad de incrementar su capital normativo con un adicional de S/. 42.8 millones (US \$12.3

²⁴⁴ Segunda Declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 41 [Anexo RWS-007]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en diciembre de 1993, S/. 3.48 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

²⁴⁵ Segunda Declaración testimonial de, numeral 41 [Anexo RWS-007].

²⁴⁶ Declaración testimonial de Alvarado, numerales 16-17 [Anexo RWS-003]; Auditoría de PricewaterhouseCoopers a los Estados financieros de BNM al 31 de diciembre de 1999, página 2 [Anexo R-155].

²⁴⁷ Opinión del Experto Clarke, numeral 30 [Anexo RWS-010].

²⁴⁸ El Informe Kaczmarek, numeral 118 [Anexo RWS-012].

²⁴⁹ Declaración testimonial de, numeral 17 [Anexo RWS-003]; Auditoría de PricewaterhouseCoopers a los Estados financieros de BNM al 31 de diciembre de 1999, página 2 [Anexo R-155]; Resolución SBS Autorizando el Crédito Goodwill por la Fusión de BNM, Resolución SBS No. 0715-99 del 6 de agosto 1999 (autorizando el aumento de capital por revaluación de los activos de BNM) [Anexo R-035].

millones).²⁵⁰ El opinión del Sr. Kaczmarek, mientras que el edificio del BNM había, de hecho, aumentado su valor, la autorización de la SBS fue un permiso excepcionalmente generoso debido a que el edificio del BNM no era un activo negociable.²⁵¹ El BNM probablemente nunca habría podido liquidar el valor incrementado de su sede central porque probablemente nunca hubiese vendido el edificio. Sin embargo, la SBS autorizó el incremento de capital como un beneficio más para el BNM. La SBS esperaba que al mejorar el aspecto del capital del BNM se le daría al BNM algo de aire para mejorar la situación financiera subyacente con el paso del tiempo.²⁵²

118. La SBS otorgó esos beneficios al BNM porque el Perú se encontraba en medio de una crisis financiera, y la SBS quería ayudar a los bancos a capear el clima financiero.²⁵³ La SBS esperaba que, al ayudar al BNM a finalizar su fusión y mejorar su balance general, la SBS podría ganar algo de tiempo para que el BNM reuniera el capital adicional que necesitaba para seguir adelante. Como señalaron tanto el Sr. Clarke como el Sr. Powell, es común que los reguladores bancarios concedan algún grado de indulgencia en los tiempos de desaceleración económica, porque puede ayudar a los bancos a aguantar las duras condiciones y les da una oportunidad de mejorar su salud financiera.²⁵⁴

119. Sin embargo, la fusión del BNM con el Banco del País resultó no ser tan beneficiosa como el BNM esperaba.²⁵⁵ Mientras que el BNM aparentemente creía que la fusión con el Banco del País le permitiría aprovechar una nueva línea de préstamos de consumo que pudiera ser una fuente de ganancias, la administración del BNM no cumplía con conducir adecuadamente la debida diligencia de la cartera de créditos del Banco del País. Una vez que la fusión se completó, el BNM descubrió que la información financiera y contable del Banco del País era inexacta y no revelaba cuán pobre era el desempeño de la cartera de créditos del Banco del País.²⁵⁶ El BNM había adquirido una cartera de créditos de consumo bastante riesgosa y de

²⁵⁰ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 42 [Anexo RWS-007]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en noviembre de 2000, S/. 3.53 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

²⁵¹ El Informe Kaczmarek, numeral 119 [Anexo RWS-012].

²⁵² Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 42 [Anexo RWS-007].

²⁵³ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 40 [Anexo RWS-007].

²⁵⁴ Opinión del Experto Clarke, numeral 28 [Anexo RWS-010]; Opinión del Experto Powell, para 32 [Anexo RWS-011].

²⁵⁵ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 13 [Anexo RWS-007].

²⁵⁶ Acta de la Sesión de Directorio del BNM del 25 de octubre, 1999, página 1 [Anexo R-146].

ese modo se enfrentaba a un gran déficit de provisiones para pérdidas de créditos. Sin embargo, con la finalidad de incrementar sus provisiones para pérdidas de créditos, el BNM habría tenido que reconocer pérdidas importantes como resultado de la fusión.

120. Ante estas pérdidas significativas, el Directorio del BNM se reunió el 25 de octubre de 1999 y resolvió convener una asamblea de accionistas de emergencia de modo que los accionistas pudieran votar respecto a un plan para cubrir las pérdidas que se esperaban de la cartera de créditos del Banco del País.²⁵⁷ El plan involucraba solicitar a la SBS permiso para reducir el patrimonio de los accionistas tanto del BNM como del Banco del País. El efecto contable de reducir directamente el patrimonio de los accionistas evitaría que el BNM tuviera pérdidas masivas como resultado de la fusión.²⁵⁸ Una gran pérdida en los estados financieros del BNM a fines de 1999 probablemente habría causado alarma entre los depositantes y acreedores del BNM. En lugar de mostrar en sus estados financieros una partida de gastos igual al monto de provisiones para pérdidas de créditos que el BNM necesitaba, pudo más bien sustraer el monto de provisiones para pérdidas de créditos de la cuenta patrimonial de los accionistas. El impacto de la reducción del patrimonio de los accionistas en los estados financieros del BNM fue más sutil que reconocer abiertamente el gasto.²⁵⁹ El Sr. Kaczmarek concluye que “el único propósito . . . que (el BNM) solicitó era desviarse de los principios contables básicos para dar al observador casual de los estados financieros del BNM la impresión de que el BNM tenía un mejor rendimiento del que realmente tenía.”²⁶⁰ No obstante, en su opinión, “un observador informado . . . vería esta contabilidad como un indicador clave de un banco con problemas.”²⁶¹

121. La SBS decidió autorizar la reducción del patrimonio de los accionistas solicitada por el BNM.²⁶² Este fue un beneficio importante para el BNM. La SBS permitió al BNM

²⁵⁷ Acta de la Sesión de Directorio del BNM del 25 de octubre, 1999, página 2 [Anexo R-146].

²⁵⁸ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 43 [Anexo RWS-007]; El Informe Kaczmarek , numeral 120 [Anexo RWS-012].

²⁵⁹ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 43 [Anexo RWS-007].

²⁶⁰ El Informe Kaczmarek , numeral 120 [Anexo RWS-012].

²⁶¹ El Informe Kaczmarek , numeral 120 [Anexo RWS-012].

²⁶² Declaración testimonial de Alvarado, numeral 17 [Anexo RWS-003]; Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 43 [Anexo RWS-007]; Resolución SBS Autorizando a BNM a Reducir su Patrimonio, Resolución SBS No. 0894-99, 29 de setiembre, 1999 [Anexo R-038]; Resolución SBS Autorizando a Banco del País a Reducir su Patrimonio, Resolución SBS No. 0895-99, 29 de setiembre, 1999 [Anexo R-039]; Auditoría de PricewaterhouseCoopers a los Estados financieros de BNM al 31 de diciembre de 1999, página 2 [Anexo R-155].

minimizar las pérdidas que sufrió como resultado de la fusión porque la SBS quería reducir el riesgo de pánico respecto a la condición financiera del BNM.²⁶³

122. Incluso después de que se conocieran los hechos adversos respecto a la fusión con el Banco del País, la SBS permitió que el BNM continuara registrar el crédito del fondo de comercio en su balance general.²⁶⁴ Esto fue excepcionalmente generoso de parte de la SBS, porque el hallazgo de los créditos de rendimiento deficiente hacía que aumentara la improbabilidad de que el BNM pudiera realmente cobrar las ganancias anticipadas a partir de la fusión, que fueron la base para el crédito de goodwill en primer lugar.²⁶⁵ Una vez más, la indulgencia de la SBS estuvo motivada por un deseo de mantener a flote al BNM con la esperanza de que, con el tiempo, los accionistas del BNM fortalecerían la situación de capital del BNM.²⁶⁶

123. La SBS también autorizó la participación del BNM en el programa de canje de créditos, que permitía al BNM retirar temporalmente de su balance general una gran cantidad de créditos de consumo de desempeño deficiente que había adquirido del Banco del País.²⁶⁷ De los créditos que intercambió el BNM, aproximadamente un 41% venían directamente de la cartera de créditos que había adquirido del Banco del País.²⁶⁸ Por supuesto, según se trata por arriba en la Sección II.A.1.b, se descubrió posteriormente que el BNM había abusado de ese privilegio por transferir créditos que eran demasiado problemáticos para calificar y por clasificar erróneamente los créditos.

124. Tras los últimos descubrimientos acerca de la verdadera y deficiente condición financiera del Banco del País, el BNM solicitó que la SBS llevara a cabo un examen especial descrito anteriormente en la Sección II.A, en la cual la SBS evaluó la cartera de créditos de consumo del BNM para obtener un entendimiento más precisa de la calidad de los créditos que el

²⁶³ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numerales 13, 42 [Anexo RWS-007].

²⁶⁴ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 41 [Anexo RWS-007].

²⁶⁵ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 41 [Anexo RWS-007].

²⁶⁶ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 41 [Anexo RWS-007].

²⁶⁷ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 17 [Anexo RWS-XX]; Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 44 [Anexo RWS-003]; Auditoría de PricewaterhouseCoopers a los Estados financieros de BNM al 31 de diciembre de 1999, página 2 [Anexo R-155].

²⁶⁸ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 17 [Anexo RWS-003]; Auditoría de PricewaterhouseCoopers a los Estados financieros de BNM al 31 de diciembre de 1999, página 2 [Anexo R-155].

BNM había adquirido del Banco del País.²⁶⁹ Durante el examen especial de la cartera de créditos de consumo del BNM, la SBS notó que el BNM sólo tenía la capacidad de cubrir su déficit de provisiones para pérdidas de créditos provenientes de la fusión con el Banco del País porque la SBS había permitido al BNM reducir el patrimonio de los accionistas e intercambiar una gran parte de sus créditos de consumo deficientes en el programa de canje de carteras de crédito.²⁷⁰

125. De ese modo, y de varias formas significativas, la SBS ayudó a minimizar el impacto de la deficiente toma de decisiones de la administración del BNM y las difíciles condiciones económicas que amenazaban con socavar la salud financiera del BNM. El impacto de la asistencia de la SBS fue importante porque incrementó el capital normativo del BNM en una cantidad considerable. Basandose en la forma en que las medidas anteriormente mencionadas afectaron la situación de capital del BNM, el Sr. Kaczmarek determinó que es posible que el BNM hubiera sido insolvente en 1999 sin la indulgencia de la SBS y las medidas favorables que la SBS le otorgó.²⁷¹

126. Respecto a la determinación de si el BNM podría haber sido insolvente de no ser por la asistencia de la SBS, el Sr. Kaczmarek calcula el ratio de suficiencia de capital sin el incremento de capital que representaron dichas medidas. Según explica el Sr. Kaczmarek, “el ratio de suficiencia de capital es el monto de capital que mantiene el banco dividido entre los activos del banco – después de que los activos fueron “ponderados por su nivel de riesgo,” es decir, los activos son ponderados de acuerdo al riesgo de modo que un banco debe tener más capital a la mano para los activos riesgosos que para los activos menos riesgosos.”²⁷² En Perú, la Ley General de Banca requiere que los bancos mantengan un ratio de suficiencia de capital del

²⁶⁹ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numerales 14-15 [Anexo RWS-007]; Ver Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000, página 1 (en el cual se describe el enfoque del informe anexado en tanto se trata de una evolución y clasificación especial de la cartera de consumo) [Anexo R-157].

²⁷⁰ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 16 [Anexo RWS-007]; Informe de la SBS sobre la revisión extraordinaria de la cartera de créditos al consumo de BNM, Informe SBS N° ASIF “A”-028-VI/2000 páginas 6-7, Sec. 2.2.2-2.2.3 [Anexo R-156]].

²⁷¹ El Informe Kaczmarek, numeral 122 [Anexo RWS-012].

²⁷² El Informe Kaczmarek, numeral 178 [Anexo RWS-012].

10% – es decir, por cada US \$10 dólares de activos ponderados por nivel de riesgo, el banco debe mantener US \$1 de capital.²⁷³

127. En el caso del BNM, después de retirar incluso sólo el crédito de goodwill y el capital de la revalorización de la sede central del BNM, el ratio de suficiencia de capital del BNM era sólo del 6.99%, en comparación con el requerimiento legal de 10%.²⁷⁴ Por lo tanto, fue la asistencia de la SBS lo que mantuvo a flote al BNM en 1999.

128. Curiosamente, la Demandante no menciona en absoluto todas las formas en las que la SBS ayudó al BNM a manejar las consecuencias de la fusión con el Banco del País y la crisis financiera en el Perú. La Demandante también ignora por completo el impacto negativo que la fusión con el Banco del País tuvo en la situación financiera del BNM. En vez de ello, ella atribuye a la fusión el permitir al BNM “consolidar su fortaleza en la industria financiera peruana.”²⁷⁵ Esto va plenamente en contra del propio Directorio del BNM, que sabía que había adquirido un banco con un rendimiento muy deficiente.²⁷⁶

129. El siguiente cuadro resume todas las formas en las que la SBS asistió al BNM para manejar su posición financiera deteriorando:

²⁷³ El Informe Kaczmarek, numeral 179 [Anexo RWS-012]; Ley General de Banca, Art. 199 [Anexo R-021] (nota: la traducción al inglés del Artículo 199 ha considerado la versión modificada, la misma que varió la proporción del capital necesario a 11%).

²⁷⁴ Ver El Informe Kaczmarek, numeral 122, Cuadro 7 [Anexo RWS-012].

²⁷⁵ Memorial sobre el Fondo presentada por El Demandante, numeral 218.

²⁷⁶ Actas de la Sesión de Directorio del BNM, del 23 de noviembre, 1999, página 2 [Anexo R-149].

Asistencia Gubernamental para el BNM	Impacto en la Salud Financiera del BNM
1. La SBS aprobó el crédito de goodwill	Empoderó al BNM reconocer inmediatamente las ganancias que esperaba obtener en el futuro a partir de su fusión con el Banco del País, agregando un activo intangible a su balance general valorizado en S/. 45 millones de US \$13 millones
2. La SBS aprobó el incremento de capital del BNM con la revalorización de la sede central del banco	Permitió que el BNM incrementara su cuenta de capital en S/. 42.8 millones
3. La SBS permitió al BNM registrar el goodwill en sus libros aun cuando la cartera de créditos del Banco del País tenía, de hecho, un desempeño deficiente	Salvó al BNM de perder el activo intangible al mismo tiempo que habría tenido que cubrir su recientemente descubierto déficit de provisiones para pérdidas de créditos
4. La SBS autorizó al BNM a cubrir su déficit de provisiones para pérdidas de créditos resultado de la fusión con una reducción en la cuenta patrimonial de los accionistas	Suavizó la caída del estado financiero del BNM por incrementar las provisiones para pérdidas de créditos del banco
5. La SBS aprobó la participación del BNM en el programa de intercambio de carteras de crédito (DS-99-99-EF)	Ayudó a que el BNM prolongara su necesidad de asignar provisiones para pérdidas de crédito para cubrir los créditos de desempeño deficiente que adquirió del Banco del País en el transcurso de cinco años
6. La SBS dio recomendaciones al BNM respecto a la forma de mejorar la situación financiera del banco en el informe de la visita de inspección y en las reuniones entre el Superintendente de la SBS y los directores del BNM (se trata al respecto más adelante)	Dio advertencia abundantes al BNM de que necesitaba recapitalizarse para sobrevivir

130. En la opinión del Sr. Powell, “la SBS pudo ser potencialmente criticada (en retrospectiva) por ser quizás excesivamente flexible con la administración del BNM; ciertamente no parecía haber sido hostil con el BNM.”²⁷⁷ El Sr. Clarke tiene una reacción similar: en comparación con las normas regulatorias de los Estados Unidos, algunas de las medidas tolerantes que la SBS otorgó al BNM podrían ser consideradas demasiado generosas.²⁷⁸ Tanto para el Sr. Clarke como para el Sr. Powell, está claro que la SBS hizo su mayor esfuerzo por ayudar al BNM a sobrellevar la crisis financiera.²⁷⁹

²⁷⁷ Opinión del Experto Powell, numeral 32 [Anexo RWS-011].

²⁷⁸ Opinión del Experto Clarke, numeral 30 [Anexo RWS-010].

²⁷⁹ Opinión del Experto Clarke, numeral 30 [Anexo RWS-010]; Opinión del Experto Powell, numeral 32 [Anexo RWS-011].

2. La SBS Advertió a la Administración del BNM respecto a los Problemas Financieros e Hizo Recomendaciones para Mejorar la Salud Financiera del BNM

131. Según se trató recientemente, la SBS adoptó bastantes medidas concretas que ayudaron significativamente al BNM y mejoraron su condición financiera (al menos por escrito). Sin embargo, la SBS ayudó al BNM en lo que pudo. Por último, era la responsabilidad de los directores del BNM tomar acciones para mejorar la situación financiera del BNM. Según se tratará más adelante, los directores del BNM no fueron capaces (o no tuvieron la voluntad) de reducir los riesgos a los que estaba expuesto el BNM o de planear por anticipado las pérdidas esperadas. En particular, los directores del BNM ignoraron los consejos de la SBS de reforzar la posición de capital del BNM con fondos nuevos.

132. Al mismo tiempo que la SBS ayudaba al banco, el BNM se enfrentaba a un rápido deterioro en su situación financiera y implementaba numerosas maniobras de contabilidad para ocultar el alcance de tal deterioro. La SBS descubrió estos problemas en su inspección anual de agosto de 2000, e hizo recomendaciones al BNM para arreglar no sólo las irregularidades contables, sino también la deficiente condición financiera del BNM en términos más generales. Aún así, la Demandante alega que el BNM no estaba enterado de las conclusiones de la SBS respecto a los problemas financieros y contables sino hasta justo unos días antes de la intervención del BNM.²⁸⁰ Por lo tanto, según la Demandante, el BNM no tuvo la oportunidad de implementar las recomendaciones de la SBS antes de ser intervenido. Esto es objetivamente incorrecto.

133. Lo que la Demandante abandonó de mencionar es que casi todos las conclusiones de la SBS en la visita de inspección de agosto de 2000 fueron reiterativos de las infracciones que encontró en 1997, 1998 y 1999. Además, la Demandante también deja de mencionar que, como procedimiento típico, el equipo de inspección de la SBS compartió sus hallazgos con la administración del BNM en septiembre y Octubre de 2000, y que el BNM respondió a varios de esos asuntos en Octubre de 2000.²⁸¹ Por lo tanto, la administración del BNM conocía muy bien

²⁸⁰ Memorial sobre el Fondo presentada por El Demandante, numeral 295.

²⁸¹ Declaración testimonial de Quiroz, numerales 21-22 [Anexo RWS-008].

las conclusiones de la SBS y tuvo oportunidad amplia para implementar las recomendaciones de la SBS varias semanas antes de que el informe de la visita de inspección final fuera emitido.²⁸²

134. Los equipos de inspección de la SBS siempre comparten sus hallazgos con la administración del banco antes de finalizar el informe de inspección.²⁸³ Esto le da al banco una oportunidad de responder a las conclusiones o corregir cualquier error que el banco considere que haya cometido la SBS. Por lo tanto, el proceso de inspección involucra un diálogo activo entre el equipo de inspección y la administración del banco mucho antes de que se emita el informe final.

135. Por lo general, es una práctica estándar de los reguladores bancarios compartir sus hallazgos después de realizar la inspección de un banco. Según el Sr. Clarke, en los Estados Unidos, no sólo los examinadores discuten de modo informal con la administración del banco a lo largo de la visita de inspección, sino que también conducen entrevistas de salida para tratar sobre las recomendaciones preliminares.²⁸⁴ El propósito de las entrevistas de salida es dar a la administración la oportunidad de discutir los asuntos con el directorio e incluso empezar a implementar las recomendaciones de los inspectores antes de la emisión del informe final.²⁸⁵ Para cuando se emite el informe final – que en los Estados Unidos puede tomar más que 40 días en finalizar el informe de inspección para el BNM – la administración del banco conocería muy bien los resultados de la inspección y habría tenido la oportunidad de empezar a tomar las acciones correctivas.²⁸⁶ El Sr. Powell también confirma que, como procedimiento típico, la administración del banco conocería pronto cualquier asunto que hubiera identificado el regulador.²⁸⁷

136. La administración del BNM ciertamente habría sabido los resultados de la visita de inspección de agosto de 2000 mucho antes de la emisión del informe de inspección final. Como mínimo, está documentado en cartas de la administración del BNM de aceptar las conclusiones de la SBS respecto a los créditos reestructurados y refinanciados inadecuadamente

²⁸² Declaración testimonial de Quiroz, numerales 21-22 [Anexo RWS-008].

²⁸³ Declaración testimonial de Quiroz, numerales 31-38 [Anexo RWS-008].

²⁸⁴ Opinión del Experto Clarke, numeral 16 [Anexo RWS-010].

²⁸⁵ Opinión del Experto Powell, numeral 25 [Anexo RWS-011]; Opinión del Experto Clarke, numeral 16 [Anexo RWS-010].

²⁸⁶ Opinión del Experto Clarke, numeral 16 [Anexo RWS-010].

²⁸⁷ Opinión del Experto Powell, numerales 25-26 [Anexo RWS-011].

registrados, e informar a la SBS que hacían los ajustes necesarios en los libros del BNM.²⁸⁸

Respecto a otros temas, la SBS envió memoranda a la administración del BNM por adelantado del informe final, y aunque el BNM no respondió a cada memorándum, su administración se enteró de las conclusiones y recomendaciones de la SBS.²⁸⁹

137. Además, simplemente no es creíble que la administración del BNM no se eran conscientes del rápido deterioro de su condición financiera o que pensaran que podían esperar hasta el informe final de inspección para que se les dijera lo que debían hacer al respecto. De hecho, el BNM obviamente estaba enterado, porque estuvo activamente involucrado en prácticas contables inadecuadas que presentaron una imagen distorsionada y engañosa de la situación financiera del BNM.²⁹⁰ La administración del BNM tuvo que comprender totalmente las implicancias de ocultar los créditos realmente riesgosos del banco, el deterioro general de sus activos, y las crecientes pérdidas no registradas en sus estados financieros.

138. Muy aparte de los detalles del informe de inspección de la SBS, en el más alto nivel de la SBS, los funcionarios también prevenían al BNM del peligro en que se encontraba, y le hacían recomendaciones para solucionar los problemas del banco. El Superintendente en sí se reunía regularmente con el Sr. Levy y el Sr. Hopkins para presionarlos a recapitalizar el banco antes de que fuera demasiado tarde.²⁹¹ De ese modo, la administración del BNM sistemáticamente ignoró el consejo de la SBS, lo que pudo haber ayudado a mejorar la salud financiera del banco. En lugar de ello, la administración del BNM no diversificó los depósitos del banco, ni hizo cambios significativos a los sistemas de gestión de riesgos del BNM, ni trató de mejorar la calidad de la cartera de activos del banco. Y lo más importante, los directores del BNM nunca inyectaron capital nuevo adecuado al banco.

²⁸⁸ Testimonio del Sr. Quiroz, numerales 22, 30 [Anexo RWS-008]; Memorándum de BNM a la SBS en relación con el Memorándum N° 27-2000-VIO/NM de la SBS sobre créditos vencidos 2 de octubre, 2000 [Anexo R-163]; Memorándum de BNM a la SBS en relación con el Memorándum N° 32-2000-VIO/NM de la SBS sobre operaciones refinanciadas (sin fecha) [Anexo R-166].

²⁸⁹ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 37 [Anexo RWS-008]; Memorándum de la SBS al Gerente General de BNM en relación con las conclusiones de las visitas de inspección: créditos vencidos, Memorándum N° 27-2000-VIO/NM, del 28 de septiembre 28, 2000 [Anexo R-161]; Memorándum de la SBS al Gerente General de BNM en relación con las conclusiones de las visitas de inspección: créditos refinanciados, Memorándum N° 32-2000-VIO/NM del 12 de octubre, 2000 [Anexo R-164]; Memorándum de la SBS al Gerente General de BNM en relación con las conclusiones de las visitas de inspección: créditos vencidos, refinanciados y reestructurados, Memorándum N° 37-200-VIO/NM, del 30 de octubre del, 2000 [Anexo R-165].

²⁹⁰ Testimonio del Sr. Quiroz, numeral 40 [Anexo RWS-008].

²⁹¹ Testimonio del Sr. Cortavarría, numeral 22 [Anexo RWS-006].

3. Las Alegaciones de la Demandante sobre el papel de la Demandada en Causar el fracaso de BNM son incorrectas

139. A pesar de todas las pruebas que los directores de BNM, y no la Demandada, han presentado sobre el deterioro financiero de BNM, la Demandante culpa a la Demandada por causar el fracaso de BNM. Ella asigna culpa a varios diferentes actores del Gobierno para muchas acciones aparentemente no relacionadas, y de hecho, ella sugiere que todos ellos participaron en una conspiración masiva que tuvo como objetivo la destrucción del BNM. Sin embargo, si nos enfocamos en los principales actos y omisiones que señala la Demandante, está claro que todos ellos son, en primer lugar, hechos plenamente sin fundamento. Principalmente, la Demandante alega que la Demandada socavó la salud financiera de BNM al (i) rechazar una fusión clave; (ii) provocar la fuga de los depósitos privados de BNM al retirar los depósitos públicos del BNM; (iii) provocar que el público pierda la confianza en BNM al realizar una segunda e inusualmente larga visita de inspección y no detener los rumores acerca del inminente colapso de BNM; y (iv) discriminar a BNM. Ninguna de estas reclamaciones sobrevive escrutinio.

a. SBS No Impidió que BNM Adquiera Otro Banco

140. La Demandante afirma en primer lugar que la SBS causó el fracaso de BNM al frustrar la propuesta fusión de BNM con el Banco Financiero en octubre de 2000, que (según la Demandante) hubiera fortalecido la situación financiera del BNM. Al nivel más fundamental, incluso aceptando en aras del argumento la dudosa premisa de que esa fusión hubiera salvado al BNM, BNM nunca presentó un plan de fusión a la SBS, y por lo tanto, la SBS nunca recibió nada antes que poder haberlo rechazado.

141. El superintendente de la SBS en ese momento recuerda haber conversado informalmente con el Sr. Levy sobre la idea de que BNM adquiriera el Banco Financiero en octubre o noviembre de 2000.²⁹² En ese momento, el Sr. Cortavarría intentaba hacerle ver al Sr. Levy la importancia de recapitalizar al BNM, dada su frágil posición financiera. En las palabras del Sr. Cortavarría:

Recuerdo muy claramente mi reacción [a la idea de una posible adquisición]. Le mencioné al Sr. Levy lo que ya habíamos

²⁹² Testimonio del Sr. Cortavarría, numeral 20 [Anexo RWS-006].

conversado sobre cómo se deterioraba la situación financiera de BNM y con cuánta urgencia necesitaba nuevo capital. No entiendo cómo pudo haber pensado en adquirir otro banco. Le pregunté donde se encontraba el capital que necesitaba para su propio Banco, por no mencionar dónde encontraría el capital adicional necesario para adquirir otro banco.²⁹³

142. El Sr. Cortavarría observa que aunque BNM haya presentado una propuesta de adquisición formal a SBS para su revisión, los accionistas del Banco tendrían que haber demostrado que tenían un plan para recapitalizar BNM a fin de que la propuesta sea creíble.²⁹⁴ Por lo tanto, el Sr. Cortavarría dejó muy en claro a los funcionarios del BNM que cualquier propuesta para dicha adquisición de un banco tendría que incluir una importante inyección de capital nuevo. En ese momento, el Sr. Levy no tenía planes para recapitalizar BNM, mucho menos algún plan para obtener el capital adicional que sería necesario para adquirir otro banco.²⁹⁵ Hasta donde supiera el Sr. Cortavarría, después de esa conversación, el Sr. Levy nunca presentó una propuesta formal para cualquier fusión.²⁹⁶

143. La Demandante sugiere de manera inverosímilmente que fue injusto o sorprendente que SBS insista en que tal fusión requeriría inyecciones de capital fresco, e incluso culpa a SBS por no notificar formalmente ese requisito. Esto simplemente desafía a la práctica bancaria. La posición del Sr. Cortavarría es consecuente con las óptimas prácticas reguladoras internacionales. El Sr. Clarke explica que los directores de Bancos tienen la autoridad para aprobar o denegar fusiones por la misma razón que una fusión entre bancos puede presentar riesgos para el sistema bancario si la entidad resultante no es financieramente sólida.²⁹⁷ Como el Sr. Powell lo confirma, es común que los directores insistan que incluso los bancos saludables que desean adquirir otro banco proporcionen una cantidad considerable de capital para garantizar la viabilidad de la nueva y más grande entidad.²⁹⁸ De acuerdo con el Sr. Clarke, “las alegaciones [de la Demandante] son poco convincentes desde la perspectiva de un director. La importancia vital de la adecuación de capital para que una transacción de fusión reciba aprobación

²⁹³ Testimonio del Sr. Cortavarría, numeral 20 [Anexo RWS-006].

²⁹⁴ Testimonio del Sr. Cortavarría, numeral 21 [Anexo RWS-006].

²⁹⁵ Testimonio del Sr. Cortavarría, numerales 20-21 [Anexo RWS-006].

²⁹⁶ Testimonio del Sr. Cortavarría, numeral 20 [Anexo RWS-006].

²⁹⁷ Opinión Experta del Sr. Clarke, numeral 17 [Anexo RWS-010].

²⁹⁸ Opinión Experta del Sr. Powell, numeral 18 [Anexo RWS-011].

reglamentaria es un principio bancario fundamental que es bien conocido por la mayoría de funcionarios bancarios.”²⁹⁹ Por lo tanto, la SBS actuó prudentemente en restringir cualquier adquisición que el BNM contemplara para el mejoramiento de la posición del capital del BNM,³⁰⁰ y no hubo forma que la gerencia y los accionistas de BNM no hayan estado al tanto que se necesitaría una inyección de capital. Ya que los accionistas de BNM estaban evidentemente dispuestos incluso a no recapitalizar BNM, mucho menos a suministrar capital adicional para una adquisición, y nunca presentaron ninguna propuesta formal que la SBS podría considerar, la Demandante no puede pretender legítimamente que SBS rechazó o evitó tal adquisición.

b. *La Reducción de los Depósitos Públicos en el Sistema Financiero no Causó la Crisis de Liquidez de BNM*

144. La Demandante alega que el Gobierno dirigió una conspiración contra el BNM para eliminar al Banco al retirar los depósitos públicos del sistema financiero, y que esta acción socavó la confianza del público y desencadenó una fuga de banca privada entre los depositantes privados de BNM.³⁰¹ Las alegaciones de la Demandante son totalmente infundadas. En primer lugar, el BNM perdió significativamente más depósitos privados que públicos durante este tiempo. Esto puede verse en el cuadro siguiente, que muestra que los cambios en los depósitos del BNM desde agosto de 2000 al 5 de diciembre de 2000, basado en los datos que BNM presentó a la SBS durante este período:³⁰²

DEPÓSITOS DE BANCO NUEVO MUNDO (en miles de US\$)						
Variación mensual	Ago-00	Set-00	Oct-00	Nov-00	5 Dic-00	Cambio total de Jul-00 a Dec-00
Depósitos totales	-7,978	-12,354	-12,637	-67,699	-21,781	-122,450
Depósitos del Sector público	996	12,807	-24,674	-7,685	5,232	-13,323
Depósitos de Sector privado	-8,974	-25,162	12,037	-60,015	-27,013	-109,127

²⁹⁹ Opinión Experta del Sr. Clarke, numeral 20 [Anexo RWS-010].

³⁰⁰ Opinión Experta del Sr. Powell, numeral 19 [Anexo RWS-011].

³⁰¹ Memorial de la Demandante Sobre los Méritos, numerales 297, 301-04, 310.

³⁰² Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 31 [Anexo RWS-007]; Informe de la SBS sobre la Evolución de los Depósitos y la Liquidez del BNM, página 5 [Anexo R-091].

145. Los datos muestran que el BNM perdió 109.127 millones de dólares en depósitos privados, mientras que el BNM perdió sólo 13.323 millones de dólares en depósitos públicos. Además, el BNM empezó a perder depósitos privados en agosto y septiembre de 2000, mientras que sus depósitos públicos realmente aumentaron durante esos dos meses. Por lo tanto, la pérdida de depósitos privados del BNM había precedido a la disminución de los depósitos públicos de BNM por dos meses. Además, cuando los depósitos públicos realmente disminuyeron en octubre de 2000, los depósitos privados en realidad aumentaron ese mes. Y, en noviembre de 2000, los depósitos públicos sólo disminuyeron en 7.685 millones de dólares, mientras que los depósitos privados disminuyeron en 60.015 millones, más de siete veces la cantidad de la pérdida de los depósitos públicos. La falta de cualquier tendencia debe descartar a la Demandante de argumentar que la disminución en los depósitos públicos tuvo relación alguna con la disminución en los depósitos privados. Los datos que proporcionó el BNM a la SBS simplemente no admiten la alegación de la Demandante de que la crisis de liquidez de BNM fue consecuencia de perder los depósitos públicos.

146. Aún los datos algo distintos de los que la Demandante ha proporcionado (sin fuente ni cita) en su Memorial no apoyan sus acusaciones.³⁰³ Los datos de la Demandante muestran que los depósitos públicos del BNM sí disminuyeron en octubre, pero al mismo tiempo, los depósitos privados aumentaron.³⁰⁴ Luego, en noviembre de 2000, los depósitos públicos aumentaron en casi 8 millones de dólares mientras que los depósitos privados se redujeron considerablemente en aproximadamente 54 millones de dólares.³⁰⁵ Como lo observa el Sr. Kaczmarek, a partir de los datos de la Demandante, no hay conexión discernible entre los cambios en los depósitos públicos y privados de BNM.³⁰⁶ En su opinión, “[y]a que el retiro de fondos excedentes de las empresas de propiedad del Estado de todos los bancos comerciales no desencadenó una inmediata fuga privada de los depósitos de BNM hechos por personas naturales o jurídicas, es difícil concluir, como lo hace la Demandante, que el estado causó la fuga privada de los depósitos de BNM.”³⁰⁷ Una explicación más plausible, según el Sr. Kaczmarek, es que la

³⁰³ Memorial de la Demandante Sobre los Méritos, numeral 296.

³⁰⁴ El Informe Kaczmarek, numeral 157 [Anexo RWS-012].

³⁰⁵ El Informe Kaczmarek, numeral 158 (cuadro que muestra que los depósitos privados disminuyeron de US \$256 millones a \$202 millones) [Anexo RWS-012].

³⁰⁶ El Informe Kaczmarek, numeral 157 [Anexo RWS-012].

³⁰⁷ El Informe Kaczmarek, numeral 159 [Anexo RWS-012].

fuga de depósitos privados de BNM fue “provocada por la especulación sobre la solvencia de BNM. Haber recurrido a la contabilidad creativa significa generar papel moneda en lugar de reunir capital real a través de la emisión de nuevas acciones, BNM era sin duda un banco débil.”³⁰⁸ Es más, el hecho que BNM necesitara tanta ayuda de la Demandada como la necesitó, y que aprovechara tantas medidas de indulgencia y beneficios contables aprobados por la SBS, fue “señal inequívoca [] de un banco en problemas.”³⁰⁹

147. Además, la reducción de los depósitos públicos no fue exclusiva al BNM. Fue una tendencia que afectó temporalmente a todos los bancos del sistema bancario del Perú.³¹⁰ Los cuadros siguientes muestran el nivel promedio de los depósitos públicos en el sistema financiero, según los datos del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado” (“FONAFE”), que es una entidad gubernamental que se encarga de las empresas estatales.³¹¹

148. En 1998, el FONAFE liberalizó su política de colocación de depósitos y permitió a las empresas estatales colocar depósitos en los bancos privados.³¹² Como resultado, el nivel promedio de depósitos públicos en el sistema financiero se amplió desde 1998 hasta la primera mitad de 2000.³¹³ Luego, el nivel disminuyó en la segunda mitad de 2000 las empresas estatales devolvieron el exceso de capital al Tesoro que habían mantenido en depósitos.³¹⁴ La razón para la devolución de los fondos era ayudar al Gobierno a reducir su déficit.³¹⁵ Los cuadros siguientes muestran que el patrón de cambios en el nivel de depósitos públicos de BNM en la

³⁰⁸ El Informe Kaczmarek, numeral 159 [Anexo RWS-012].

³⁰⁹ El Informe Kaczmarek, numeral 159 [Anexo RWS-012].

³¹⁰ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007].

³¹¹ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007]; *ver también* Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – Historia, *disponible en* <http://www.fonafe.gob.pe/portal?accion=c&t=13&i=103&n=1&o=103&m=2> (última visita 1 diciembre de 2011) [Anexo R-212].

³¹² Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007].

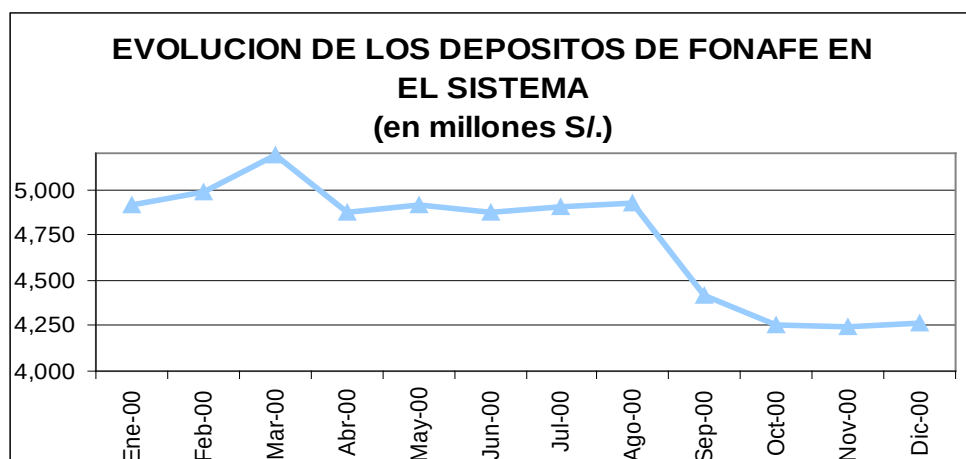
³¹³ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007].

³¹⁴ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007].

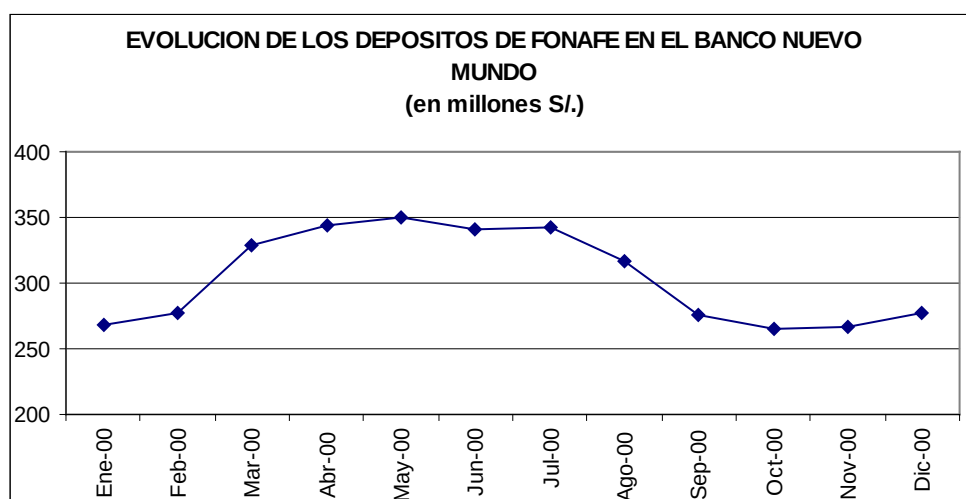
³¹⁵ Segundo Testimonio de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007]; Testimonio de Cortavarría, numeral 24 [Anexo RWS-006].

segunda mitad de 2000 fue consecuente con el patrón de nivel promedio de depósitos públicos para el sistema.³¹⁶

Cambios en los Niveles de Depósito de FONAFE en el Sistema Financiero (en millones de Nuevos Soles)



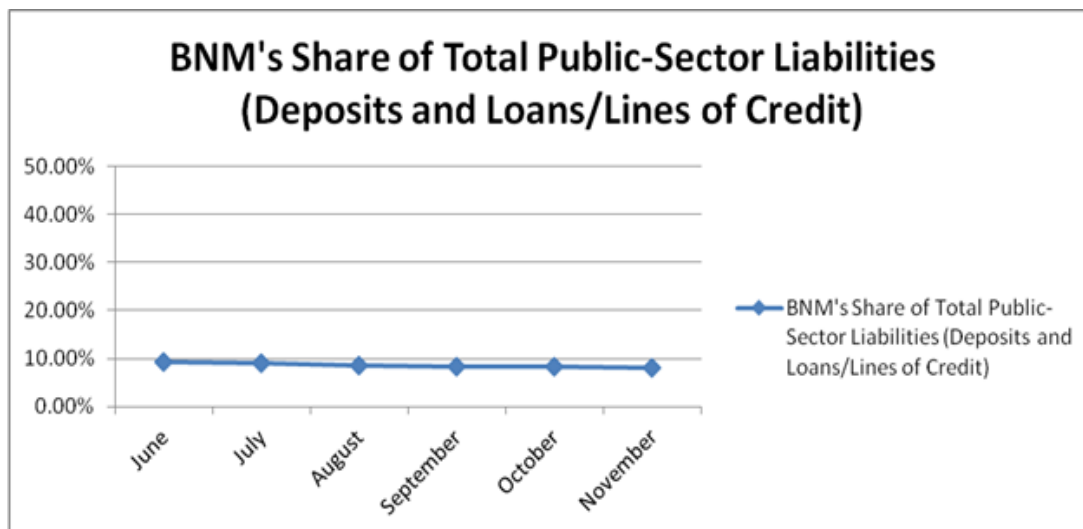
Cambios en los Niveles de Depósito de FONAFE en Banco Nuevo Mundo (en millones de Nuevos Soles)



149. Los datos del BCR sobre el importe total de las obligaciones estatales en el sistema financiero (que incluye depósitos así como pasivos en forma de colocaciones y líneas de crédito) demuestran el mismo punto. Es decir, la parte de BNM de los pasivos totales de las

³¹⁶ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 32 [Anexo RWS-007]; ver Declaración testimonial de Cortavarria, numeral 23 [Anexo RWS-006]; Informe de la SBS sobre la Evolución de los Depósitos y Liquidez del BNM, páginas 3-4 [Anexo R-91].

empresas estatales permaneció igual en gran medida (justo por debajo del 10%) durante la segunda mitad de 2000.³¹⁷ Así, como puede verse en el siguiente gráfico, BNM no estuvo desproporcionadamente afectado por la disminución de fondos públicos en el sistema bancario.



150. Por lo tanto, contrario a las afirmaciones de la Demandante, BNM no fue el objetivo ni estuvo afectado desproporcionadamente por el movimiento de los fondos públicos. Más bien, se trata de una tendencia que afectó a todos los bancos en el sistema financiero del Perú.

151. El hecho que BNM no haya estado preparado para la caída en los depósitos públicos, fue culpa de la administración de BNM. Como se explica en la Sección II.A.5 anterior, SBS le había advertido repetidamente a BNM sobre su concentración de depósitos públicos, pero la administración de BNM no había prestado atención a la advertencia de diversificar su base de depósitos.³¹⁸ Como se ve en los gráficos de cambios de la participación de BNM en los depósitos de FONAFE arriba detallados, la administración de BNM en realidad hizo lo contrario: BNM *aumentó* su participación de depósitos públicos hasta mediados del año 2000.³¹⁹ De acuerdo con el Sr. Powell, “es deber de la administración diversificar su base de depositantes, desarrollar su propio plan de contingencia para el retiro de estos depósitos y asegurar los fondos de respaldo para cubrir el déficit de capital si dichos depósitos deben ser retirados una vez que finaliza su

³¹⁷ Datos de BCR sobre las obligaciones de BNM con instituciones públicas nacionales [Anexo R-234].

³¹⁸ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 35 [Anexo RWS-007]; Informe de la Visita de Inspección de 1999, páginas 8, 23 [Anexo R-143]; Carta de la SBS a BNM en relación con el Informe de revisión extraordinaria de 2000 de la SBS, Oficio N° 4383-2000, página 2 [Anexo R-157].

³¹⁹ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 32 (cuadro) [Anexo RWS-007].

plazo de duración.”³²⁰ Dado el fracaso de la administración de BNM para tomar este curso de acción más prudente, según lo recomendado por SBS, el Banco no puede culpar a SBS por las consecuencias de sus propias decisiones empresariales.³²¹

152. Sin embargo, el efecto de la disminución de los depósitos públicos sobre la salud financiera de BNM fue insignificante en comparación con sus grandes pérdidas de depósitos privados. La pérdida de los depósitos privados de BNM empujó el movimiento en sus depósitos públicos. Otros bancos, que también experimentaron la misma disminución de fondos públicos, no experimentaron la pérdida de la confianza pública, la drástica reducción en los depósitos privados, o la crisis de liquidez vista en el caso de BNM que la Demandante alega fueron causadas por esa misma disminución en los depósitos públicos. La Demandante no ha demostrado ninguna relación causal entre la reducción de los depósitos públicos de todo el sistema y el colapso financiero de BNM.

153. La Demandante ha ido tan lejos como para alegar que la disminución de los depósitos públicos de todo el sistema fue parte de una conspiración del Gobierno para destruir a BNM.³²² Esa afirmación extravagante ha sido reiteradamente rechazada por los tribunales del Perú.³²³ Tal como los tribunales lo determinaron, simplemente no hubo pruebas que BNM fuera el objetivo de los retiros masivos de depósitos públicos.³²⁴ Y simplemente no hay pruebas de ningún tipo de irregularidades o mala fe por parte del Gobierno en relación con dichos movimientos de los fondos públicos.³²⁵

³²⁰ Opinión del Experto Powell, numeral 21 [Anexo RWS-011].

³²¹ Opinión del Experto Powell, numeral 22 [Anexo RWS-011].

³²² Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 264.

³²³ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 49 [Anexo RWS-007]; Sala Civil de la Corte Suprema, *Nuevo Mundo Holding vs. SBS*, 11 de noviembre del 2005, 15ta Conclusión, página 13 (conclusión que los argumentos de Nuevo Mundo Holding que con el retiro de los depósitos públicos del BNM se tenía una intención ilegal han quedado desvirtuados por el Procurador del Estado el 25 de junio del 2002, al desestimar la demanda penal contra el Sr. Cortavarría, ex Superintendente de la SBS) [Anexo R-101]; Decisión de la Fiscalía de la Nación de desestimar la denuncia N° 246-2001 contra Luis Cortavarría, 25 de junio del 2002, 6to y 7mo Considerandos, páginas 3-4, [Anexo R-193]; Sexta Sala Especializada en lo Civil de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 31 de enero del 2007, 5ta Conclusión [Anexo R-105].

³²⁴ Ver Sala Civil de la Corte Suprema, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 11 de noviembre, 2005, 15ta Conclusión, página 13 [Anexo R-101].

³²⁵ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numerales 49-50 [Anexo RWS-007].

c. SBS No Socavó la Confianza del Público en BNM

154. La Demandante también alega que SBS provocó el fracaso de BNM porque socavó la confianza del público en BNM. Así lo hizo SBS, según la Demandante, al realizar una segunda visita de inspección inusualmente larga desde agosto a octubre de 2000 y al no refutar los rumores acerca del empeoramiento de la situación financiera de BNM.

155. En primer lugar, como ya se ha establecido, la Demandante está equivocada cuando dice que la visita de inspección de agosto fue la segunda visita de inspección a BNM en 2000. La primera “visita de inspección” a la que hace referencia la Demandante fue, de hecho, el examen especial de la cartera de colocaciones de consumidor de BNM que ocurrió a principios del 2000, a petición de BNM.³²⁶ El examen especial no fue una visita de inspección completa; como tal, SBS no examinó ninguna de las carteras de colocaciones comerciales de BNM, que representaba la gran mayoría de los activos totales de BNM.³²⁷

156. Así, la visita de inspección de agosto de 2000 fue la visita de inspección regular y anual a BNM y no una segunda visita de inspección que pueda haber causado alarma pública, como alega la Demandante. Se produjo durante la misma época del año como las visitas de inspección a BNM en 1998 y 1999, ambas realizadas en julio y agosto. La visita de inspección de agosto de 2000 no fue particularmente larga. De hecho, la visita de inspección a BNM, que fue completada en 60 días, fue más corta que la visita promedio de SBS de aproximadamente 74 días para las visitas realizadas en 1999 y 2000.³²⁸

157. En cualquier caso, no sería inusual – y, más importante aún, no sería inapropiado – que SBS inspeccione un banco más de una vez en un año. Por ley, SBS debe inspeccionar cada banco *por lo menos* una vez al año y está autorizada a realizar más inspecciones que estime oportunas.³²⁹ A la SBS se le suele encontrar en los bancos realizando visitas de inspección, y por lo tanto, la presencia de SBS en BNM no fue indicador de algún problema con el Banco.

³²⁶Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 14 [Anexo RWS-007].

³²⁷Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 15 [Anexo RWS-007]; ver Datos de la SBS sobre porcentajes de carteras de créditos al 28 de febrero de 2000 [Anexo R-183].

³²⁸ Información oficial de la SBS sobre la duración de las visitas de inspección de 1999 y 2000 [Anexo R-186]; Cálculo de la duración promedio de las visitas de inspección de la SBS de 1999 a 2000 [Anexo R-226].

³²⁹ Ley General de Banca, Art. 357 [Anexo R-021].

Además, tanto las visitas de inspección como los informes resultantes son confidenciales,³³⁰ lo que significa que el público no sabe cuándo se producen las visitas de inspección.

158. El régimen de inspección bancaria del Perú no es excepcional. Como lo describen los Sres. Clarke y Powell, en los Estados Unidos, los exámenes a los Bancos son frecuentes. En los grandes bancos, los directores cuentan con personal dedicado a tiempo completo que esencialmente realiza exámenes continuos durante todo el año.³³¹ Incluso para los bancos más pequeños, las inspecciones se producen al menos una vez al año. Mientras que las visitas de inspección pasan completamente desapercibidas para los clientes del Banco (y son, por ley, confidenciales), no son ocurrencias inusuales que sean motivo de preocupación.³³² Además, la duración de los exámenes varía dependiendo del tamaño de la institución y su condición financiera. No es fuera de lo común que una inspección dure varios meses o que el informe final sea emitido un mes después o más luego de finalizada la inspección.³³³

159. En suma, los alegatos de la Demandante sobre la visita de inspección son objetivamente infundados. Es altamente improbable que los clientes de BNM hubieran sabido o hubieran tenido inquietudes sobre la visita de inspección anual al Banco en agosto de 2000, y si hubieran sabido de la visita, no debería haber provocado preocupación porque era la visita anual de rutina. Pero, es importante señalar que la premisa en sí del alegato de la Demandante revela cuán inadecuada es su reclamación. En efecto, la Demandante está sugiriendo que SBS debió haber escogido no inspeccionar a un banco en problemas, o que debió haber pasado menos tiempo que el tiempo completo que SBS creyó necesario para llevar a cabo dicha inspección, porque (según la Demandante), llevar a cabo las responsabilidades reguladoras de SBS de alguna manera contribuyó a la preocupación pública sobre el Banco y al fracaso resultante del Banco. SBS no podía descuidar sus responsabilidades, y es preocupante que la Demandante le solicite a este Tribunal que no sólo critique a SBS, sino que encuentre al Perú financieramente responsable por el hecho de que SBS llevó a cabo sus funciones de supervisión.

160. La Demandante también alega que SBS socavó la confianza del público en BNM por no detener los rumores acerca del deterioro de la salud financiera de BNM que se

³³⁰ Ley General de Banca, Arts. 359-60 [Anexo R-021].

³³¹ Informe del Experto Powell, numeral 24 [Anexo RWS-011].

³³² Opinión del Experto Clarke, numerales 13-14 [Anexo RWS-010].

³³³ Opinión del Experto Clarke, numerales 15-16 [Anexo RWS-010].

distribuyeron por correo electrónico en los días previos a la intervención de BNM. La Demandante alega que SBS no pudo por lo tanto, evitar la fuga en el Banco que por último dio lugar a la intervención de BNM. Según la Demandante, SBS trató a BNM injustamente porque SBS supuestamente refutó rumores sobre otras instituciones financieras en 2001. Los alegatos de la Demandante son incorrectos.

161. En primer lugar, la Demandante asume erróneamente que SBS sabía de los rumores antes de la intervención de BNM. Ni el Sr. Cortavarría ni el Sr. Mogrovejo recuerdan que el Sr. Levy haya planteado el tema de los rumores con SBS en algún momento antes de la intervención de BNM. En ese momento, el Sr. Cortavarría se reunía regularmente con el Sr. Levy y el Sr. Hopkins, que habría sido la oportunidad perfecta para que el Sr. Levy alertara a SBS sobre los rumores. Sin embargo, el Sr. Cortavarría no recuerda que el Sr. Levy le haya mencionado o mostrado los rumores de correo electrónico durante esas reuniones. No fue sino hasta después de la intervención de BNM que SBS recibió una copia de un rumor de correo electrónico, y sobre la base de esa evidencia, SBS rápidamente enjuició a los responsables.³³⁴

162. En particular, la ley peruana en contra de generar pánico financiero permite a cualquier afectado, desde el director bancario hasta la institución-víctima, solicitar al Ministerio Público que inicie un procedimiento penal contra los responsables.³³⁵ Por lo tanto, BNM o el Sr. Levy mismo pudo haber acudido a la Fiscalía respecto a los supuestos rumores de correo electrónico. Pero, ni el Sr. Levy ni ningún otro funcionario de BNM lo hicieron, lo cual plantea dudas sobre la supuesta gravedad de estos alegatos.

163. En segundo lugar, es política de SBS no hacer declaraciones públicas sobre la salud de cualquier institución financiera.³³⁶ Incluso si SBS había sido consciente de los rumores sobre BNM en el momento, no hubiera sido prudente para SBS responder públicamente a ellos. Eso es porque es difícil controlar los efectos de tales comentarios públicos. Si un funcionario del Gobierno fuera a hablar sobre un banco en particular para refutar un rumor, el público podría

³³⁴ Resolución de la SBS que da inicio a acción legal por pánico financiero, Resolución SBS N° 900-2000, 11 de diciembre, 2000 (“Resolución de la SBS que da inicio a acción legal por pánico financiero”) [Anexo R-172].

³³⁵ Ver Resolución de la SBS que da inicio a acción legal por pánico financiero, (cita como base legal el Código Penal, Art. 249) [Anexo R-172]; Código Penal Peruano, Pánico Financiero, Art. 24, 4 de agosto, 1991 [Anexo R-132]; Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo No. 052, 18 de marzo, 1981, Art. 11-12 (y sus modificatorias) [Anexo R-131].

³³⁶ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 29 [Anexo RWS-006].

interpretar el hecho de que el funcionario sintió la necesidad de decir algo sobre el Banco como una señal de que al mismo le va peor de lo que sospechaba, lo que tendría el efecto contrario de inflamar, en lugar de contrarrestar, los rumores. Según el Sr. Powell, “cualquier declaración hecha por un directivo, ya sea positiva o negativa, es altamente susceptible a interpretaciones erróneas o especulación por parte de los medios de comunicación y el mercado.”³³⁷ El Sr. Cortavarría recuerda que esto fue precisamente lo que ocurrió en 1997, cuando el Presidente Fujimori intentó tranquilizar al público acerca de la salud financiera del Banco Latino al hacer declaraciones públicas sobre el Banco, y en su lugar desencadenó una fuga de 50 millones de dólares del Banco.³³⁸

164. El Sr. Clarke recuerda un incidente similar en los Estados Unidos cuando, en 1984, el Contralor de la Moneda hizo declaraciones públicas negando que un banco en particular, Continental Illinois, tuviera problemas financieros a fin de refutar rumores que habían estado circulando. Las declaraciones tuvieron el efecto contrario y en realidad exacerbaron una fuga bancaria que llevó al cierre del Banco.³³⁹ Por lo tanto, el Sr. Clarke coincide con la posición del Sr. Cortavarría en que esencialmente no existe ninguna circunstancia en la que un directivo de un Banco deba comentar públicamente acerca de un banco específico.³⁴⁰ Del mismo modo, en la experiencia del Sr. Powell, “se debe evitar cualquier comentario que no sean comentarios sistémicos.... [y] prácticamente todos los directivos del Banco toman este mismo enfoque.”³⁴¹

165. De esa manera, la posición del Sr. Cortavarría mientras fue superintendente era no hacer declaraciones públicas sobre cualquier institución particular. A lo sumo, haría comentarios sobre la salud del sistema financiero en general.³⁴² La Demandante está equivocada en que el Sr. Cortavarría refutó públicamente los rumores sobre otros bancos en 2001. Los artículos de periódicos en que se basa la Demandante no muestran que el Sr. Cortavarría haya hecho

³³⁷ Opinión del Experto Powell, numeral 28 [Anexo RWS-011].

³³⁸ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 30 [Anexo RWS-006].

³³⁹ Opinión del Experto Clarke , numeral 55 [Anexo RWS-010].

³⁴⁰ Opinión del Experto Clarke , numeral 54 [Anexo RWS-010].

³⁴¹ Opinión del Experto Powell, numeral 29 [Anexo RWS-011].

³⁴² Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 29 [Anexo RWS-006].

comentarios específicos sobre alguna institución; por el contrario, sólo hizo declaraciones generales sobre la salud del sistema financiero.³⁴³

166. En el caso de BNM, incluso si SBS hubiera sabido de los rumores e incluso si no fuera política de SBS (y las mejores prácticas internacionales) permanecer en silencio sobre instituciones particulares, SBS no pudo haber hecho lo que la Demandante dijo que debió hacer. En primer lugar, SBS no pudo haber hecho declaraciones públicas respaldando la salud financiera y la buena fe de BNM. En noviembre de 2000, SBS sabía que BNM se enfrentaba a una crisis aguda de liquidez y, sobre la base de la visita de inspección de SBS, sabía que BNM también tenía problemas de solvencia. A pesar de que SBS había instado a la administración y accionistas de BNM para que recapitalizaran el Banco, ellos no lo hicieron. Cualquier declaración que BNM estaba en buenas condiciones financieras pudo, por lo tanto, no haber sido veraz. De acuerdo con el Sr. Mogrovejo, “[s]i BNM hubiera sido intervenido apenas unos días después que SBS dio garantía pública que el Banco era sólido, la credibilidad de SBS habría quedado completamente destruida. SBS tiene que preservar su credibilidad a fin de poder calmar a la opinión pública cuando sea necesario.”³⁴⁴

167. En segundo lugar, aunque BNM estaba experimentando una pérdida de depósitos, dichos retiros no formaron parte de un pánico público generalizado. La pérdida de depósitos de BNM fue el resultado de retiros de varios depositantes de grandes montos y no de depositantes haciendo cola afuera de BNM exigiendo sus depósitos. Como tal, SBS no hubiera querido generar preocupación entre el público en general. En la situación de BNM, el Sr. Cortavarría cree que “una declaración pública realmente pudo [haber] desencadenar[ado] una fuga bancaria ya que los depositantes se preguntaron que [había] ocurrido con BNM... que motivara que el Superintendente hiciera una declaración pública para tranquilizar a los depositantes.”³⁴⁵

³⁴³ Ver “SBS denies rumors of more interventions in the banking system” [Desmiente rumores de intervención bancaria], *Gestión*, 30 de enero, 2001 (según Cortavarría, “El sistema bancario se viene consolidando de manera ordenada y el nivel de morosidad está estable, además creemos que va a continuars en este proceso de estabilidad y consolidación...”) [Anexo R-179]; “Ministro Silva Ruete denounces attempts to destabilize the economy” [Ministro Silva Ruete denuncia intentos de desestabilizar la economía], *El Peruano*, 31 de enero 31, 2001 (según el Ministro de Economía y Finanzas, “No existe ningún problema en el sistema financiero nacional.”) [Anexo R-180]; “SBS rules out further interventions” [SBS descarta nuevas intervenciones], *Correo*, 30 de enero, 2001 (“Cortavarría sostuvo luego, en un programa de televisión, que el sistema bancario se encuentra estable y continuará así...” [Anexo R-178].

³⁴⁴ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 67 [Anexo RWS-007].

³⁴⁵ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 32 [Anexo RWS-006].

d. SBS trató a BNM como a Cualquier Banco en Situación Similar

168. Además la Demandante alega que la eventual intervención de SBS en BNM fue discriminatoria porque otros bancos tenían peores indicadores de liquidez de los que BNM tenía en el período previo a la intervención de BNM. Esta afirmación es incorrecta en varios niveles. En primer lugar, como se ha descrito minuciosamente líneas arriba, los propios datos de BNM fueron distorsionados por las cuestionables prácticas contables de la administración de BNM. Por lo tanto, los indicadores financieros de BNM del último trimestre de 2000 no eran fiables, y es perfectamente posible que los verdaderos indicadores de liquidez de BNM fueran realmente mucho peores que los de los otros bancos que la Demandante identifica.

169. En segundo lugar y de manera dispositiva, cualquier comparación entre los indicadores financieros de BNM y los de otros bancos es totalmente irrelevante. SBS intervino en BNM por no cumplir con sus obligaciones de pago, no sobre la base de ningún indicador o de su liquidez. Si cualquier otro banco en el sistema financiero se hubiera quedado sin efectivo y no hubiera podido cumplir con sus obligaciones de pago, SBS también habría intervenido en ese banco, como estaba obligada a hacerlo por ley.³⁴⁶ Los indicadores de liquidez fueron simplemente una manera en la que SBS realiza un seguimiento de la salud financiera de las instituciones que supervisa, pero no desempeñan ningún papel en la decisión de SBS para intervenir.

170. La Demandante también alega que la Demandada causó el fracaso de BNM y la pérdida de sus accionistas al darle un trato más favorable a otros bancos con problemas financieros y aún así se negó a extenderle los mismos beneficios y programas a BNM.³⁴⁷ Específicamente, la Demandante alega que la SBS y el MEF refutaron los rumores sobre el Banco del Crédito y el Banco Wiese (pero no sobre BNM), y que el Gobierno puso a disposición del Banco Latino y del Banco Wiese ciertos programas (pero no a BNM) que evitaron su fracaso. Como ya se discutió anteriormente en la Sección II.C.3.c, la Demandante está equivocada en que la SBS y el MEF hicieron declaraciones públicas para refutar rumores sobre instituciones financieras específicas. En su lugar, la SBS y el MEF sólo hicieron observaciones generales acerca de la condición del sistema bancario. Incluso, si hubieran dado el paso inusual de hacer

³⁴⁶ Ver Ley General de Banca, Art. 104 [Anexo R-021].

³⁴⁷ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numerales 660-65.

declaraciones más específicas para calmar los rumores sobre el Banco de Crédito o el Banco Wiese (que no lo hicieron), habrían sido justificados al usar su discreción para calmar el pánico financiero dirigido a esos bancos, porque el Banco de Crédito y el Banco Wiese eran los dos bancos más grandes en el sistema bancario de Perú a noviembre de 2000, y su fracaso habría tenido graves repercusiones sistémicas.

171. Respecto al tratamiento del Banco Latino y el Banco Wiese, la Demandante no alcanza a comprender que estos dos bancos no estaban igualmente situados que BNM. Como lo describe el Sr. Mogrovejo, “[a]mbos bancos planteaban un riesgo sistémico para el sistema bancario de Perú. Es decir, su fracaso habría causado un impacto masivo e incontrolable en el sistema bancario como un todo.”³⁴⁸ Por lo tanto, la SBS ejerció su discreción reglamentaria para encontrar soluciones a medida para esos bancos cuando experimentaron problemas financieros, como se explica a continuación.³⁴⁹ El Demandante también malinterpreta lo que hizo el Gobierno para el Banco Latino y el Banco Wiese. Contrariamente a su caracterización, en ningún caso el Gobierno rescató financieramente a los accionistas del Banco.³⁵⁰

172. La importancia sistémica del Banco Latino no provino de su tamaño, sino de su amplia red de depositantes individuales.³⁵¹ En comparación, los depósitos de BNM provinieron de un pequeño número de depositantes que eran principalmente empresas, otros bancos y empresas estatales.³⁵² Cuando el Banco Latino comenzó a experimentar problemas financieros, al Gobierno le preocupó que el fracaso del Banco Latino pudiera destruir la confianza del público en general en la seguridad del sistema bancario. A su vez, el fracaso del Banco Latino pudo haber desencadenado otros fracasos bancarios. Para evitar este resultado, el Gobierno aprobó una resolución invitando a un tercero para recapitalizar el Banco Latino.³⁵³ Sin embargo, debido a que las pérdidas del Banco Latino eran tan grandes, el único tercero con la capacidad para recapitalizar el Banco era COFIDE, el Banco de “intermediación” del Gobierno del Perú.³⁵⁴

³⁴⁸Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 55 [Anexo RWS-007].

³⁴⁹Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 55 [Anexo RWS-007].

³⁵⁰Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 55 [Anexo RWS-007].

³⁵¹Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 56 [Anexo RWS-007].

³⁵²Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 56 [Anexo RWS-007].

³⁵³Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 56 [Anexo RWS-007].

³⁵⁴Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 56 [Anexo RWS-007].

173. La capitalización de COFIDE diluyó gravemente los intereses de propiedad de los accionistas del Banco Latino, porque el Banco fue efectivamente nacionalizado. COFIDE asumió una participación de propiedad de 86% en el Banco.³⁵⁵ Cuando el Gobierno finalmente logró la compra del Banco Latino por parte de Interbank a través del programa PCSF, el mismo programa que el gobierno le ofreció a BNM pero que BNM era demasiado débil financieramente para utilizar, los accionistas del Banco Latino perdieron cualquier interés restante que tenían en el Banco.³⁵⁶ En pocas palabras, la solución alternativa del Gobierno para el Banco Latino no fue un rescate financiero para los accionistas del Banco Latino. Por lo tanto, si BNM hubiera sido tratado igual que el Banco Latino, el Gobierno habría nacionalizado a BNM y luego lo habría vendido, dejando a los accionistas de BNM sin capital en BNM. En otras palabras, los accionistas de BNM habrían estado en la misma posición en la que se encuentran hoy (*es decir*, sin capital).

174. En el caso del Banco Wiese, la importancia sistémica del Banco proviene de su tamaño. Ya que el Banco Wiese era el segundo banco más grande en el Perú,³⁵⁷ su fracaso habría causado un profundo impacto en el sistema financiero.³⁵⁸ Cuando quedó claro que al Banco Wiese le estaba yendo mal, SBS buscó una solución en el sector privado para evitar los efectos desestabilizadores de intervenir y liquidar un banco tan grande.³⁵⁹ Banco Sudameris había manifestado interés en adquirir el Banco Wiese, pero las pérdidas del Banco Wiese eran demasiado importantes como para que el Banco Sudameris las asumiera sin alguna ayuda del Gobierno. Entonces, el Gobierno proporcionó una garantía contra algunas de las pérdidas que el Banco Sudameris esperaba al adquirir el Banco Wiese.³⁶⁰ Con la garantía del Gobierno, Banco Sudameris adquirió al Banco Wiese a un bajo precio debido a la mala situación financiera del Banco Wiese y los antiguos accionistas del Banco Wiese perdieron el control del Banco.³⁶¹

175. En 2004-2005, el Banco Sudameris vendió el Banco Wiese a Scotiabank. Scotiabank nunca necesitó que el Gobierno pagara la garantía sobre las colocaciones que habían

³⁵⁵Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 57 [Anexo RWS-007].

³⁵⁶Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 57 [Anexo RWS-007].

³⁵⁷ Datos de la SBS sobre clasificación de bancos por tamaño al 30 de noviembre de 2000 [Anexo R-169].

³⁵⁸Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 58 [Anexo RWS-007].

³⁵⁹Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 58 [Anexo RWS-007].

³⁶⁰Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 58 [Anexo RWS-007].

³⁶¹Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 58 [Anexo RWS-007].

sido puestas en fideicomiso.³⁶² Por lo tanto, en contraste con la caracterización de la Demandante que el Gobierno “rescató” al Banco Wiese, el gobierno ayudó al Banco Wiese al hacer una promesa que facilitó la adquisición del Banco por otro banco. Pero, en última instancia, el Gobierno realmente no comprometió fondos públicos para facilitar la adquisición del Banco Wiese,³⁶³ y una vez más, los accionistas del banco en quiebra perdieron el control del Banco.

176. Como explica el Sr. Mogrovejo, al final, el tratamiento dado al Banco Latino y al Banco Wiese fue realmente muy similar al tratamiento dado a BNM que reconoce la Demandante. En los tres casos, el gobierno buscó la participación significativa del sector privado para resolver los problemas del Banco.³⁶⁴ En el caso del Banco Latino, el Gobierno utilizó la financiación del PCSF para vender el Banco a otro comprador, de la misma manera que estaba dispuesto a usar financiación del PCSF para facilitar la adquisición del BNM por parte de BIF, la diferencia radica en que las pérdidas del BNM superaban la carga que el Gobierno era capaz de colocar sobre los contribuyentes en el programa PCSF, y así la adquisición finalmente no tuvo lugar. Y, en el caso del Banco Latino y el Banco Wiese, el Gobierno no rescató financieramente a los accionistas.³⁶⁵

177. En suma, cualquier diferencia en la respuesta del Gobierno al Banco Latino o al Banco Wiese fue apropiada, dado que eran muy diferentes de BNM. Incluso, si BNM hubiera sido tratado exactamente como el Banco Latino o el Banco Wiese, sus accionistas aún así habrían perdido su propiedad y control del Banco. Por lo tanto, el Demandante no puede afirmar que el Gobierno discriminó contra BNM.

D. EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN FUE LÍCITO DE PRINCIPIO A FIN

178. Al igual que el tratamiento de SBS en BNM antes de la intervención del Banco era legal, la administración de SBS de los procesos de intervención también lo fue. Los accionistas de BNM no tienen motivo alguno de queja respecto a las decisiones tomadas durante la intervención del BNM, porque perdieron todo derecho a ejercer el control gerencial del Banco cuando llevaron al banco a una crisis de liquidez, y perdieron todos los derechos financieros

³⁶²Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 59 [Anexo RWS-007].

³⁶³Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 59 [Anexo RWS-007].

³⁶⁴Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 60 [Anexo RWS-007].

³⁶⁵Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 55 [Anexo RWS-007].

asociados con la propiedad del Banco cuando lo llevaron a la insolvencia: por definición, los accionistas son los últimos de la fila buscando valor (si existe) de una empresa insolvente. Tal como las leyes del Perú establecen, una vez que un banco es intervenido, SBS toma el control y el Banco es vendido o liquidado; no existe ningún otro camino ni papel para los accionistas del Banco. Como explica el Sr. Powell, “una vez que la administración de un Banco fundamentalmente pone en peligro a la institución, el impacto de los actos del Gobierno que se produzcan después es poco más que una cuestión académica.”³⁶⁶ Esto es porque la obligación primaria de la Demandada después de la intervención no es para con los accionistas de BNM. Por el contrario, el mandato de SBS era devolver a los depositantes del Banco y los acreedores tanto de sus fondos como fuere posible de los activos del Banco y así como preservar la estabilidad del sistema bancario. Para el Sr. Clarke, es simplemente una verdad bancaria que “la completa eliminación o al menos la dilución severa del capital de los accionistas es un resultado natural del fracaso de un banco. El Banco está en quiebra; por tanto, es probable que los propietarios sean dueños de poco o nada de valor.”³⁶⁷

179. Habría sido totalmente inadecuado, además de contrario a las leyes bancarias del Perú, que SBS diera prioridad a los intereses de aquellos que causaron el fracaso del Banco en primer lugar. Además, en el caso de BNM colocar los intereses financieros de sus accionistas por encima de los intereses de los depositantes y acreedores sería una recompensa para los accionistas de BNM por utilizar injustamente los fondos de los clientes del Banco para su propia ganancia personal. Por lo tanto, era irracional que los accionistas de BNM hubiesen esperado tener control alguno sobre la resolución de activos y pasivos de BNM tras la intervención del Banco.

180. Por lo tanto, la Demandada no tendría por qué defender las diversas decisiones adoptadas por SBS para resolver los activos y pasivos de BNM después de que fue intervenido el Banco, porque esas decisiones fueron discrecionales y prudentiales, y porque los accionistas de BNM no tenían ninguna participación real en aquellas decisiones después de haber causado el fracaso del Banco. En cualquier caso, en la medida en que los accionistas conservaran el derecho a recibir cualquier valor residual en BNM después de que todos los depositantes y acreedores fueran pagados (por improbable que fuera), los intereses de los accionistas estarían,

³⁶⁶ Opinión del Experto Powell, numeral 39 [Anexo RWS-011].

³⁶⁷ Opinión del Experto Clarke, numeral 44 [Anexo RWS-010].

de hecho, alineados con los intereses de la SBS. Ambos estaban interesados en recuperar el mayor valor posible de los activos del Banco para pagar los pasivos del mismo.

181. Además, durante toda la intervención de BNM, SBS se ajustó a las leyes y reglamentos que rigen el proceso de intervención y, contrario a las alegaciones de la Demandante, SBS actuó adecuadamente para gestionar los asuntos de BNM.

1. El Régimen Jurídico de Intervención

182. Como se explica en el Memorial sobre jurisdicción de la Demandada, las obligaciones y responsabilidades de SBS como regulador bancario del Perú figuran en la Ley General de Bancos.³⁶⁸ La obligación primaria de SBS es proteger al público en general a través de un sistema financiero estable y seguro y más concretamente, proteger los intereses de los depositantes y acreedores. Como explica el Sr. Mogrovejo, “SBS no es un protector o garante de bancos individuales o de sus accionistas.”³⁶⁹ Mientras que SBS puede ayudar a los bancos débiles o en dificultades, toma esas medidas en aras de proteger a los depositantes de los bancos y acreedores (no a sus accionistas), y las decisiones prudenciales que toma recaen completamente dentro de la discreción reguladora de SBS. SBS también debe cuidar la seguridad de todo el sistema. Por lo tanto, SBS tiene considerable discreción sobre sus medidas reglamentarias porque debe tener en cuenta una amplia gama de objetivos y factores subjetivos, tales como la condición del sistema financiero, la información que SBS tenga del Banco específico y la confianza que la SBS tenga en la administración y en los directores del Banco.

183. Mientras que cada caso es único, la Ley General de Bancos establece unos pocos escenarios específicos en los que SBS carece de toda discreción y se le solicita que intervenga una institución financiera. No está en disputa en este caso que BNM se encontró en uno de esos escenarios cuando se quedó sin dinero y no pudo pagar sus obligaciones el 05 de diciembre de 2000. Por lo tanto, SBS estaba obligada por ley a intervenir en BNM.

184. El día de la intervención de BNM, el Banco había, de hecho, cerrado sus puertas temprano en el día en reconocimiento del hecho de que se había quedado sin fondos y que ya no podía operar.³⁷⁰ SBS envió a sus representantes al Banco el 05 de diciembre de 2000 para

³⁶⁸ *Ver en general* Ley General de Banca [Anexo R-021].

³⁶⁹ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 69 [Anexo RWS-007].

³⁷⁰ Primera declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 53 [Anexo RWS-001].

informar a los funcionarios de BNM sobre la intervención del Banco y garantizar que las operaciones de BNM fueran oficialmente suspendidas. En ese momento se nombró a los interventores de SBS para asumir la administración de BNM durante su intervención y la conclusión de los asuntos bancarios que la intervención necesariamente exige.³⁷¹ Los primeros dos interventores de SBS, la Sra. Manuela Carrillo y el Sr. Quiroz, fueron nombrados en la misma resolución que declaró la intervención de BNM.³⁷² Luego, el 02 de marzo de 2001, el Sr. Quiroz fue reemplazado por el Sr. Luis Carrillo, quien prestó servicios junto con la Sra. Carrillo a lo largo de toda la intervención de BNM.³⁷³ La Sra. Carrillo y el Sr. Carrillo prestaron servicios como interventores de SBS hasta que BNM fue puesto en liquidación el 18 de octubre de 2001.³⁷⁴

185. Mientras que una intervención puede durar cuarenta y cinco días y puede prorrogarse por otros cuarenta y cinco días, la intervención de BNM duró más que el plazo típico de 90 días. Lo mismo ocurrió con la intervención de SBS del NBK Bank, otro banco que no pudo pagar sus obligaciones y que fue intervenido casi en la misma época que BNM.³⁷⁵ SBS amplió las intervenciones para BNM y NBK para que ambos bancos pudieran participar potencialmente en un programa especial que el Gobierno del Perú creó para ayudar a facilitar la transferencia de activos y pasivos de los bancos intervenidos a otros bancos.³⁷⁶ Este programa, llamado Régimen Especial de Transición (“STR”), se explica en la Sección II.D.4 a continuación.

2. Alineación de los Registros Financieros de BNM para Reflejar su Verdadera Situación Financiera

186. Durante una intervención, la fuerte preferencia de SBS es transferir los activos y pasivos del Banco intervenido como un bloque a otro banco (en lugar de enviar al Banco a

³⁷¹Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 72 [Anexo RWS-007].

³⁷² Ver Resolución SBS Ordenando la Intervención del BNM, Resolución SBS No. 885-2000, 5 de diciembre, 2000 [Anexo R-073].

³⁷³ Resolución de la SBS que designa a Luis Carrillo como Interventor de la SBS, Resolución SBS N° 173-2001, 2 de marzo, 2001[Anexo R-181].

³⁷⁴ Resolución SBS Declarando la Liquidación del BNM [Anexo R-090].

³⁷⁵ Ver Resolución SBS Declarando la Intervención del Banco NBK, Resolución SBS No. 901-200, 11 de diciembre, 2000 [Anexo R-076].

³⁷⁶ Ver Resolución SBS Declarando un Régimen Especial Transitorio para el BNM, Resolución SBS No. 284-2001, 18 de abril, 2001 [Anexo R-083]; *ver también la* Resolución SBS Declarando un Régimen Especial Transitorio para el Banco NBK, Resolución SBS No. 306-2001 [Anexo R-084].

liquidación, donde se venderán sus activos pieza por pieza).³⁷⁷ Es decir, los reguladores normalmente intentarán transferir los activos y pasivos del Banco en quiebra a otro banco como un bloque, en contraposición a intentar liquidar los activos poco a poco en una “venta de liquidación.”³⁷⁸ Esta es la mejor manera de recuperar el mayor valor de los activos de un banco intervenido. También minimiza las molestias para los depositantes porque se convierten en depositantes del otro banco y pueden seguir teniendo acceso a servicios bancarios. Para facilitar dicha transferencia, SBS debe determinar el capital real (también denominado capital efectivo) del Banco intervenido, que es el capital declarado del Banco compensado por las pérdidas del Banco.³⁷⁹

187. Por lo tanto, de acuerdo a la Ley General de Bancos, SBS tiene autoridad durante una intervención para:

- “Determinar el capital efectivo [“capital real”] y compensar de las pérdidas cargando reservas legales y voluntarias; y en su caso, el stock de capital”; y,
- “Transferir total o parcialmente los activos y pasivos prescritos en el punto anterior. A fin de efectivizar dichas transferencias, no se requiere el consentimiento del deudor o del acreedor, salvo en los casos previstos en el artículo 62 de la Constitución Política. Si un saldo positivo resulta de la transferencia, será incorporado al patrimonio, una vez que los costos de dichas transferencias hayan sido deducidos.”³⁸⁰

188. En el caso de BNM, en el momento en que SBS lo intervino, BNM ya se había comprometido con PwC para llevar a cabo la auditoría anual de BNM para 2000. De acuerdo con el Sr. Mogrovejo, “SBS permitió a PwC completar la auditoría de 2000 a fin de tener una certeza objetiva por parte de un tercero que los estados financieros de diciembre de 2000 habían sido presentados correctamente.”³⁸¹ Como hemos comentado anteriormente en la Sección II.A debido a la débil condición financiera de BNM, la que había sido parcialmente disfrazada por diversas prácticas de contabilidad engañosa e incumplimientos de las reglamentaciones de la SBS, PwC encontró que BNM tenía enormes pérdidas que no habían sido registradas correctamente en sus estados financieros a 31 de diciembre de 2000. SBS en última instancia se

³⁷⁷Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 74 [Anexo RWS-007].

³⁷⁸ Opinión del Experto Clarke, numeral 40 [Anexo RWS-010].

³⁷⁹ Ley General de Banca, Art. 107 [Anexo R-021].

³⁸⁰ Ley General de Banca, Art. 107 [Anexo R-021].

³⁸¹Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 75 [Anexo RWS-007].

basó en los estados financieros de 31 de diciembre de 2000 de BNM, ajustados de conformidad con la auditoría de PwC, cuando tomó nota de la insolvencia de BNM y la eliminación del capital de los accionistas de BNM.³⁸²

189. La Demandante hace varias denuncias sobre estas pérdidas las cuales provienen de la confusión de la Demandante sobre el proceso de auditoría externa y cómo las conclusiones y recomendaciones de PwC fueron implementadas por los interventores de SBS durante la intervención de BNM. La Demandante alega que las pérdidas identificadas por PwC y registradas en los estados financieros a 31 de diciembre de 2000 fueron el resultado de la mala administración de la SBS sobre BNM, así como la reevaluación arbitraria de las colocaciones de BNM por SBS. Ella también acusa a los interventores de SBS de prácticas contables ilegales porque ajustaron la información financiera en los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000 después de terminado el ejercicio. Estas acusaciones son infundadas.

190. SBS no hizo su propia evaluación de la cartera de colocaciones de BNM o de que BNM requería provisiones de pérdidas a 31 de diciembre de 2000,³⁸³ ya que SBS adoptó las conclusiones y recomendaciones de la auditoría de PwC.³⁸⁴ El alcance de la auditoría de PwC se limitaba a la situación financiera de BNM en 2000, no en 2001.³⁸⁵ Por lo tanto, la auditoría de PwC descubrió pérdidas, principalmente desde antes de la intervención, que BNM no había registrado en sus estados financieros a 31 de diciembre de 2000. En la experiencia del Sr. Clarke, no es “inusual que los reguladores descubran después de la quiebra de un banco que su administración haya participado en diversas irregularidades contables e incluso fraude que distorsionan la imagen financiera del Banco.”³⁸⁶ Una vez que se descubre que los activos han

³⁸²Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 80 [Anexo RWS-007]. *Compare* la Resolución SBS mediante la cual se disminuye el patrimonio del BNM, Resolución SBS No. 509-2001, 28 de junio, 2001 [Anexo R-089] (reportando pérdidas del BNM por S/. 328.875 millones, monto que coincide con lo que PwC halló en su auditoría a los estados financieros del BNM, 31 de diciembre 2000), *con* el informe de auditoría de PwC sobre los estados financieros y estado de ganancias y pérdidas al 31 de diciembre 2000, “Utilidad Neta (pérdida) del año” [Anexo R-080] (reportando las pérdidas netas del BNM por el año 2000 equivalente a S/. 328.875 millones).

³⁸³ Declaración testimonial de Luis Carrillo, Enero 30, 2012, numeral 9 (“Declaración testimonial de L.Carrillo”) [Anexo RWS-004]; Declaración testimonial de Manuela Carrillo, Enero 30, 2012, numeral 9 (“Declaración testimonial de M.Carrillo”) [Anexo RWS-005]; Declaración testimonial de Alvarado, numeral 32 [Anexo RWS-003].

³⁸⁴Declaración testimonial de L.Carrillo, numeral 16 [Anexo RWS-004]; Declaración testimonial de M.Carrillo, numeral 16 [Anexo RWS-005].

³⁸⁵ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 30 [Anexo RWS-003].

³⁸⁶ Opinión del Experto Clarke, numeral 42 [Anexo RWS-010].

sido inflados, es entonces responsabilidad del regulador ajustar los registros financieros del Banco para que reflejen la realidad de la cartera de activos del Banco.³⁸⁷

191. Como se analizará en esta sección, ésto fue precisamente lo que ocurrió después de la intervención del BNM. Cuando PwC completó la auditoría de 2000 de BNM, formuló recomendaciones para SBS acerca de los ajustes necesarios en los estados financieros a 31 de diciembre de 2000, y SBS estuvo de acuerdo y emitió instrucciones para aplicar dichas recomendaciones. Esto fue coherente con el procedimiento normal para realizar una auditoría. Los ajustes eran necesarios para asegurarse de que los estados financieros del final del ejercicio de BNM reflejaban fielmente la verdadera situación financiera del Banco. Por lo tanto, no había nada ilegal o adverso sobre hacer ajustes a los estados financieros al final del ejercicio después de terminado el año a fin de aplicar las recomendaciones de los auditores externos.

a. El Proceso de Auditoría

192. El propósito de una auditoría es verificar la exactitud de los estados financieros de una empresa. Después de examinar los estados financieros de la empresa, el auditor proporciona una opinión sobre si los estados presentan la situación financiera de la empresa de forma correcta y precisa.³⁸⁸ El proceso es el mismo para los bancos o para cualquier otro tipo de empresa. En la realización de una auditoría típica de los estados financieros de un Banco al final del ejercicio, se dan los siguientes pasos:

- (1) Los auditores externos realizan un examen preliminar de los estados financieros del Banco en el cuarto trimestre del año.³⁸⁹
- (2) Los auditores completan la auditoría mediante el examen de los estados financieros al final del ejercicio, después que han sido compilados por el Banco.³⁹⁰
- (3) Si, en el curso de la auditoría, los auditores creen que los estados financieros no reflejan con exactitud la verdadera situación financiera del Banco, hacen recomendaciones sobre cómo la empresa debe ajustar los estados financieros.³⁹¹

³⁸⁷ Opinión del Experto Clarke, numeral 43 [Anexo RWS-010].

³⁸⁸ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 5 [Anexo RWS-003].

³⁸⁹ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 6 [Anexo RWS-003].

³⁹⁰ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 6 [Anexo RWS-003].

³⁹¹ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 7 [Anexo RWS-003].

- (4) Los auditores presentan sus recomendaciones a la administración del Banco en el primer trimestre (normalmente, a fin de febrero) del año siguiente.³⁹² La duración del proceso varía de una auditoría a otra.³⁹³
- (5) La administración del Banco revisa las recomendaciones mediante el examen de la documentación subyacente de los auditores. La administración normalmente acepta las recomendaciones de los auditores y emite instrucciones a sus empleados para ajustar los registros financieros según sea necesario.³⁹⁴
- (6) Después que los estados financieros han sido ajustados, los auditores darán a conocer la opinión de auditoría verificando los estados y sólo entonces los mismos se consideran definitiva.

193. La duración de la auditoría depende del alcance de la revisión de los registros financieros del Banco. Si los auditores concluyen que la empresa tenía controles internos que funcionan, los auditores se basarán en esos controles internos y realizarán una revisión más limitada de la documentación subyacente para verificar los registros financieros del Banco.³⁹⁵ Por el contrario, si los auditores encuentran que los controles internos del Banco son deficientes o si no están al tanto de los problemas con los registros financieros del Banco, los auditores ampliarán el alcance de su revisión para incluir una parte mucho mayor de la documentación subyacente.³⁹⁶ Igualmente, el tiempo necesario para implementar las recomendaciones de los auditores variará dependiendo de la extensión y complejidad de los problemas que sean descubiertos en la auditoría.

194. Respecto a BNM, la auditoría de PwC siguió los pasos normales para una auditoría, como se describió anteriormente:³⁹⁷

- (1) PwC realizó un examen preliminar de los estados financieros a 30 de septiembre de 2000 de BNM a partir de octubre de 2000, antes de que BNM fuera intervenido.³⁹⁸

³⁹² Declaración testimonial de Alvarado, numeral 8 [Anexo RWS-003].

³⁹³ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 10 [Anexo RWS-003].

³⁹⁴ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 8 [Anexo RWS-003].

³⁹⁵ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 7 [Anexo RWS-003].

³⁹⁶ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 7 [Anexo RWS-003].

³⁹⁷ Declaración testimonial de Alvarado, numerales 18-20, 23-24 [Anexo RWS-003]; Declaración testimonial de L. Carrillo, numeral 15 [Anexo RWS-004]; Declaración testimonial de M. Carrillo, numeral 15 [Anexo RWS-005].

³⁹⁸ Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, página 1 [Anexo R-173].

- (2) PwC llevó a cabo la auditoría completa en marzo de 2001, después de la intervención de BNM.³⁹⁹ Después de descubrir en el examen preliminar y de SBS que BNM tenía significativas discrepancias contables y fallas de control interno, PwC realizó un concienzudo examen de los activos de BNM, en particular su cartera de colocaciones.
- (3) PwC descubrió grandes pérdidas y sugirió ajustes materiales a los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000 en parte para deshacer todos los trucos contables que BNM había utilizado para encubrir su deterioro financiero.
- (4) PwC presentó sus recomendaciones a los interventores de SBS, quienes fungieron de administradores de BNM durante la intervención.
- (5) Los interventores de SBS examinaron los resultados de PwC y aceptaron las recomendaciones de los auditores. Los interventores de SBS, a continuación, dieron instrucciones a los empleados de BNM que se quedaron el Banco para que hicieran todos los ajustes necesarios. El proceso de ajustar los estados financieros de BNM para que reflejaran fielmente su situación financiera real duró hasta junio de 2001.
- (6) Los interventores de SBS aprobaron los estados financieros finalizados a 31 de diciembre de 2000 a finales de junio de 2001. PwC firmó su opinión de auditoría y la presentó con los estados financieros auditados a SBS el 11 de julio de 2001.⁴⁰⁰

195. Las conclusiones de PwC durante su examen preliminar de los estados financieros a 30 de septiembre de 2000 de BNM revelaron varias anomalías en las prácticas contables de BNM que son preocupantes. Además de las diferencias mencionadas anteriormente en la Sección II.A, PwC señaló, por ejemplo, que la administración de BNM (antes de la intervención) no presentó documentación a PwC sobre las colocaciones de consumo o colocaciones hipotecarias de BNM, por un total de S/. 129 millones (36,647 millones de dólares) y S/. 80.7 millones (22,926 millones de dólares) respectivamente.⁴⁰¹ Es altamente inusual que la administración no facilite toda la documentación pertinente a los auditores externos, y por lo tanto, esta omisión constituyó una señal de alerta. PwC también recomendó que se eliminara el

³⁹⁹ Auditoría de PricewaterhouseCoopers a los Estados Financieros del BNM al 31 de diciembre 2000, 5 de marzo, 2001, página 1 [Anexo R-080].

⁴⁰⁰ Ver Declaración testimonial de Alvarado, numeral 33 [Anexo RWS-003]; Carta de PricewaterhouseCoopers a la SBS que presenta los estados financieros auditados de BNM, 11 de julio, 2000 [Anexo R-236]. Como explica el Sr. Alvarado, según las prácticas de auditoría, la opinión de la auditoría lleva la fecha en la que PwC concluye su trabajo de auditoría in situ (en este caso, 5 de marzo, 2001) aunque no haya concluido y haya sido entregado hasta el 11 de julio, 2001.

⁴⁰¹ Informe de avance del trabajo relacionado con la auditoría de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre 2000 de PricewaterhouseCoopers, página 2, Nota 1.2 [Anexo R-173].

crédito mercantil (“goodwill”) de la fusión de BNM con Banco del País para reflejar la imposibilidad de que BNM obtuviera beneficios futuros de la fusión después de ser intervenido.⁴⁰²

196. El siguiente gráfico muestra las pérdidas no registradas (*es decir*, la cantidad que BNM habría necesitado reconocer en sus estados financieros para reflejar su verdadera situación financiera) que PwC identificó a 30 de septiembre de 2000. Incluso basándose sólo en la muestra limitada que PwC evaluó, estas deficiencias en los estados financieros de BNM fueron significativas:

Categoría de Pérdida No Registrada	Monto en S /.	Equivalente en US Dólares⁴⁰³
Déficit de provisiones por incobrabilidad de créditos	47,8 millones	13,6 millones
Deterioro de activos de inversión	3.6 millones	1 millones
Créditos castigados de Banco del País	8,7 millones	2,5 millones
Déficit de provisiones de pérdida de activos fijos	5 millones	1,4 millones
Gastos diferidos	19.5 millones	5,5 millones
Eliminación del crédito mercantil (“goodwill”)	37,6 millones	10,7 millones
Pérdida No Registrada Total	121,5 millones	34.7 millones

197. PwC también presentó informes que explicaban las deficiencias que los auditores observaron en los controles internos de BNM.⁴⁰⁴ Por ejemplo, PwC encontró que BNM contaba

⁴⁰² Declaración testimonial de Alvarado, numeral 21 [Anexo RWS-003]; ver Auditoría de PwC sobre los estados financieros del BNM al 31 de diciembre 2000, página 22, Nota 8(a) [Anexo R-080].

⁴⁰³ El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en diciembre de 2000, S/. 3.52 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁴⁰⁴ Ver en general Recomendaciones de PricewaterhouseCoopers de su evaluación de los controles contables internos de BNM en relación con el análisis preliminar de los estados financieros de BNM al 31 de diciembre de 2000, 27 de diciembre, 2000 (“Recomendaciones de PricewaterhouseCoopers de su evaluación preliminar”) [Anexo

con sistemas inadecuados para registrar información sobre sus colocaciones, reconciliar sus cuentas para reflejar los cambios en su cartera de activos, generar informes precisos que presentar a SBS y dar seguimiento a los cambios, como la reestructuración o refinanciación de sus colocaciones vencidas.⁴⁰⁵ Asimismo, PwC determinó que BNM no siempre realizó valoraciones antes de aprobar operaciones de *leaseback* y no mantuvo valoraciones suficientemente actualizadas para los activos subyacentes de dichos leasebacks.⁴⁰⁶

198. Teniendo en cuenta las banderas rojas de la revisión preliminar de PwC, las conclusiones de la inspección de SBS y el hecho de la crisis de liquidez y la intervención de BNM, PwC emprendió una muy amplia y exhaustiva auditoría de los estados financieros de BNM al final del ejercicio y de los registros subyacentes. Por lo tanto, el proceso de completar la auditoría y luego hacer los ajustes necesarios a los registros financieros de BNM tomó varios meses. Como tal, los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000 fueron ajustados hasta junio de 2001. Como se explica más adelante, esto no fue de ninguna manera irregular o incorrecto, de hecho, fue necesario realizar ajustes a los estados financieros para que los auditores externos pudieran certificar los estados financieros para que reflejen fielmente la situación financiera del Banco.

b. *Ajustes en los Estados Financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000*

199. Los testigos de la Demandante, el Sr. Edgar Choque de la Cruz y el Sr. Pablo Hugo Seminario Olortigue, dos ex empleados de BNM que permanecieron en el Banco durante la intervención, han alegado que fue impropio por parte de los interventores de SBS el realizar ajustes a los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000 durante la primera mitad de 2001. El Sr. Choque, quien fuera el contador general de BNM, afirma que los interventores de SBS le dieron instrucciones para ajustar los estados financieros a 31 de diciembre de 2000 de BNM desde abril de 2001 hasta junio de 2001.⁴⁰⁷ Asimismo, el Sr. Seminario, quien fuera el Jefe de Revisión de Créditos en BNM, afirma que los interventores de SBS le dieron instrucciones

R-174]; Recomendaciones de PricewaterhouseCoopers a partir de la evaluación de los controles contables internos de BNM en base a la auditoría a los estados financieros de BNM al 31 de diciembre de 2000, 5 de marzo, 2001 (“Recomendaciones de la Auditoría PwC al 31 de diciembre 2000”) [Anexo R-182].

⁴⁰⁵ Ver Recomendaciones de PricewaterhouseCoopers de su evaluación preliminar, páginas 2-5 [Anexo R-174]; Recomendaciones de la Auditoría PwC al 31 de diciembre 2000, páginas 2-5 [Anexo R-182].

⁴⁰⁶ Ver Recomendaciones de PricewaterhouseCoopers de su evaluación preliminar, páginas 4-5 [Anexo R-174].

⁴⁰⁷ Ver Declaración testimonial de Edgar Choque, 25 de agosto, 2011, numerales 28-31.

recién el 14 de junio de 2001 para ajustar el nivel de las provisiones por pérdidas de créditos incobrables en los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000.⁴⁰⁸

200. Como se explicó anteriormente, es necesario hacer los ajustes recomendados por los auditores externos para que los estados financieros sean tan exactos como sea posible. Quien haya trabajado en la administración de un banco o cualquier empresa para tal caso, sabe que es esencial hacer ajustes para que los auditores externos puedan firmar los estados financieros auditados sin ninguna observación, advertencia u opinión adversa. Esto significa que, después de que se termina el trabajo de campo en una auditoría, suele haber un período durante el cual se realizan ajustes a los estados financieros antes de que éstos sean aprobados por la administración del Banco y considerados cerrados y los auditores emitan su opinión.

201. Por lo tanto, los interventores de SBS hicieron ajustes a los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000 para alinearlos con las recomendaciones de PwC. Ni PwC ni los interventores de SBS atribuyeron pérdidas retroactivamente desde 2001 al 31 de diciembre de 2000.⁴⁰⁹

202. Los ajustes recomendados por PwC incluyen, *entre otras cosas*: (1) crédito comercial (“goodwill”) que ya no se podía conservar en el balance de BNM;⁴¹⁰ (2) las provisiones de pérdidas por créditos incobrables necesarias para las colocaciones intercambiadas en el programa de intercambio de cartera de colocaciones que fueron devueltas a la cartera de BNM;⁴¹¹ y (3) provisiones por créditos incobrables faltantes con ocasión de créditos mal clasificados.⁴¹² En total, PwC encontró S/. 329 millones (93,465 millones de dólares) en pérdidas netas que tenían que haber sido registradas en los estados financieros de BNM a 31 de

⁴⁰⁸ Declaración testimonial de Pablo Seminario, 25 de agosto, 2011, numeral 37.

⁴⁰⁹ Ver Declaración testimonial de Alvarado, numeral 30 [Anexo RWS-003]; Declaración testimonial de L.Carrillo, numeral 16 [Anexo RWS-004]; Declaración testimonial de M.Carrillo, numeral 16 [Anexo RWS-005].

⁴¹⁰ Ver Auditoría de PwC a los estados financieros del BNM al 31 de diciembre 2000, página 22, Nota 8(a) [Anexo R-080].

⁴¹¹ Ver Auditoría de PwC a los estados financieros del BNM al 31 de diciembre 2000, páginas 15-16, Nota 6(d) [Anexo R-080].

⁴¹² Ver Auditoría de PwC a los estados financieros del BNM al 31 de diciembre 2000, páginas 18-19, Nota 6(g) [Anexo R-080].

diciembre de 2000. El siguiente gráfico resume las pérdidas que PwC determinó debían verse reflejadas en los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000:⁴¹³

Pérdidas Totales de BNM al 31 de diciembre de 2000	Monto en miles de soles	Equivalente en miles de US dólares
Provisiones de pérdidas de créditos incobrables	-220,154	-62,544
Provisiones de pérdida de activos removibles, bienes recibidos en dación de pago y activos de arrendamientos terminados	-19,043	-5,410
Provisiones de pérdida para cuentas por cobrar	-9,408	-2,673
Provisiones de pérdida para cuentas por pagar	-11,830	-3,361
Provisiones de pérdida por fluctuación de valor	-2,398	-681
Gastos del ejercicio anterior	-24,866	-7,064
Depreciación y amortización	-76,480	-21,727
Provisiones para colocaciones indirectas (“contingencias”)	-12,233	-3,475
Gastos de personal	-52,832	-15,009
Gastos generales	-53,878	-15,306
Otros	-949	-270
Inflación	-2,922	-830
Pérdidas Totales	-486,993	-138,350
Pérdidas Netas	-328,875	-93,430

⁴¹³ Ver Informe sobre el Valor de Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 de junio, 2001 (cita las pérdidas halladas durante la auditoría externa) [Anexo R-088]. Las cifras del Informe de la SBS vienen directamente del Informe sobre el Valor de Capital del BNM de PwC. Ver Auditoría de PwC a los estados financieros y estado de ganancias y pérdidas del BNM al 31 de diciembre 2000, [Anexo R-08]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en diciembre de 2000, S/. 3.52 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

203. Como resulta evidente en el gráfico, las pérdidas más significativas fueron las provisiones de pérdidas por créditos incobrables de BNM (S/. 220 millones). De este monto, S/. 65 millones (18.47 millones de dólares) se relacionaron con la devolución de las colocaciones desde el programa de intercambio de cartera de colocaciones, pero el resto fue simplemente las provisiones de pérdida necesarias para las colocaciones fallidas de BNM, tras la clasificación adecuada de estas colocaciones hecha por PwC.⁴¹⁴ La magnitud completa de estas pérdidas “apareció” en los estados financieros de BNM sólo después que PwC corrigió la generalizada malclasificación de los créditos y las cuestionables prácticas contables que BNM había utilizado para enmascarar la mala calidad de su cartera de activos.

204. Como se había previsto en su examen preliminar, PwC también recomendó que el crédito mercantil (“goodwill”) de Banco del País fuera eliminado del balance de BNM. La Demandante alega que fue arbitrario e injusto quitar este fondo de comercio de su balance, porque era parte del capital de BNM.⁴¹⁵ Sin embargo, la Demandante no parecen comprender que el goodwill no es un capital real y tangible, es simplemente un ingreso contable que representa la expectativa de beneficios futuros y por lo tanto, futuro capital. Un banco en quiebra no puede tener ningún goodwill (*es decir*, no puede tener ninguna expectativa de beneficios futuros) porque ya no es operativo. Así, en opinión del Sr. Clarke, es “inconcebible” dejar el crédito comercial en los libros del Banco después de que el Banco ha sido cerrado por el regulador.⁴¹⁶ Como punto de comparación, en Estados Unidos, a un Banco nunca le está permitido contar al goodwill como parte de su capital, porque los reguladores estadounidenses han determinado que el goodwill puede ser engañoso, haciéndolo ver como que el Banco tiene más capital del que realmente puede tener acceso.⁴¹⁷

205. Las otras categorías de pérdidas dieron seguimiento al examen preliminar de PwC, *por ejemplo*, un déficit de disposiciones de pérdida por deterioro de activos y activos no recuperados. Una vez más, las cantidades de pérdida eran mucho mayores en los resultados de la auditoría final que en el examen preliminar de PwC porque el alcance de la auditoría de PwC fue

⁴¹⁴ Declaración testimonial de Alvarado, numerales 27-28 [Anexo RWS-003].

⁴¹⁵ Ver Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 417.

⁴¹⁶ Opinión del Experto Clarke, numeral 43 [Anexo RWS-010].

⁴¹⁷ Ver Opinión del Experto Powell, numeral 44 [Anexo RWS-011].

más amplio, PwC examinó más de la documentación subyacente de BNM y tuvo la plena cooperación de los interventores de SBS, que estaban administrando el Banco.⁴¹⁸

206. Dado el número y la magnitud de los ajustes necesarios para que los estados financieros de BNM reflejaran con exactitud su condición financiera, tomó algún tiempo completar el proceso. Arnaldo Alvarado, quien fue el socio que supervisó las auditorías de PwC de los estados financieros de BNM, también recuerda que hubo problemas de contabilidad que tuvieron que ser resueltos antes de terminar con los estados financieros, lo que alargó el tiempo necesario para completar el proceso.⁴¹⁹ Por lo tanto, fue razonable que los interventores de SBS no terminaran con los estados financieros a 31 de diciembre de 2000 sino hasta junio de 2001.

c. Impacto de las Pérdidas de BNM sobre el Capital de los Accionistas

207. Después de que los interventores de SBS finalizaron el proceso de hacer ajustes a los estados financieros de BNM, PwC envió a SBS su opinión de auditoría junto con los estados financieros auditados definitivos el 11 de julio de 2001. Luego, SBS emitió la Resolución SBS N° 509-2001, que informó de la insolvencia de BNM y del capital reducido de los accionistas de BNM basándose en los estados financieros auditados por PwC.⁴²⁰ Contrario a los argumentos de la Demandante, SBS no realizó su propia valuación de BNM. Por el contrario, SBS confió en los estados financieros auditados de BNM para establecer su insolvencia y, bajo su autoridad en virtud de la Ley General de Banca,⁴²¹ SBS compensó las pérdidas de BNM contra las reservas y el capital de BNM. Debido a que las pérdidas de BNM habían superado con creces su capital, el capital de los accionistas de BNM se redujo completamente.

208. En teoría, el propósito de una resolución como la de SBS N° 509-2001 es utilizar las reservas y capital del Banco para reducir las pérdidas resultantes del Banco intervenido en la mayor medida posible, a fin de habilitar a SBS para que transfiera los libros de cuentas del Banco a otro banco. Pero, en el caso de BNM, la resolución tuvo poco o ningún efecto práctico más allá de reconocer públicamente las conclusiones de PwC que BNM era insolvente.

⁴¹⁸ Declaración testimonial de Alvarado, numerales 25, 29 [Anexo RWS-003].

⁴¹⁹ Ver Declaración testimonial de Alvarado, numerales 32-33 [Anexo RWS-003].

⁴²⁰ Ver Resolución SBS Que reduce el Capital del BNM, Resolución SBS No. 509-2001, 28 de junio, 2001 [Anexo R-089].

⁴²¹ Ver Ley General de Banca, Art. 107 [Anexo R-021].

Independientemente de si SBS emitió la Resolución N° 509-2001, los accionistas ya no tenían nada de valor en BNM. En cualquier caso, la SBS nunca fue capaz de transferir los activos y pasivos de BNM a otro banco porque las pérdidas del banco eran simplemente enormes.

209. Dicho de otra manera, la Resolución SBS N° 509-2001 no fue una decisión de SBS para privar a los accionistas del valor del Banco, porque objetivamente el Banco no tenía ningún valor. En la posibilidad extremadamente improbable que quedara algo de valor en BNM que pueda haber sido recuperado en la liquidación de BNM y que excediera todas las sumas adeudadas a los depositantes y acreedores de BNM, dicho valor habría sido devuelto a los accionistas. Sin embargo, como lo ve el Sr. Clarke por experiencia, eso casi nunca ocurre.⁴²² En el caso de BNM, ya que sus pérdidas netas eran tan grandes, fue particularmente improbable que quedara algún valor residual en BNM que pudiera haber sido devuelto a los accionistas.

210. Cuando los accionistas de BNM impugnaron la Resolución SBS N° 509-2001 en los tribunales peruanos, el 63° Juzgado Civil de Lima no se opuso a las acciones de SBS o a su autoridad para determinar el valor real del patrimonio de BNM.⁴²³ Sin embargo, la Corte objetó que era prematuro para SBS reducir formalmente el capital de los accionistas a cero antes de que se haya producido la liquidación de BNM.⁴²⁴ La tercera sala de la Corte Superior que luego revisó la decisión del tribunal en primera instancia corroboró la decisión que era prematura y por lo tanto, inaplicable.⁴²⁵ Al hacerlo, sin embargo, la tercera sala de la Corte Superior confirmó la autoridad de SBS para proceder a la liquidación de BNM y disponer de sus activos.⁴²⁶ Como resultó, la conclusión de SBS (y de PwC) que el capital de los accionistas de BNM había sido aniquilado por las pérdidas de BNM fue correcta, no quedaba ningún valor restante en BNM después que todos sus activos fueron liquidados y que todas sus obligaciones para con sus depositantes y acreedores habían sido. Así, las objeciones de los accionistas de BNM a la Resolución SBS N° 509-2002 eran irrelevantes.

⁴²² Ver Opinión del Experto Clarke, numeral 47 [Anexo RWS-010].

⁴²³ 63er Juzgado Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 23 de octubre, 2002, Argumentos 11ro a 14to, páginas 9-12 [Anexo R-093].

⁴²⁴ 63er Juzgado Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 23 de octubre, 2002, Argumento 15to, página 12 [Anexo R-093].

⁴²⁵ Sala Tercera de la Corte Superior de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 11 de agosto, 2003, página 2 [Anexo R-096].

⁴²⁶ Sala Tercera de la Corte Superior de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 11 de agosto, 2003, página 3 [Anexo R-096].

211. La reducción del capital de los accionistas de BNM no ha debido ser una sorpresa. En opinión del Sr. Clarke, “la completa eliminación al menos la dilución severa del capital de los accionistas es un resultado natural del fracaso de un banco. El Banco está en quiebra; los propietarios, por tanto, es probable que sean dueños de poco o nada de valor.”⁴²⁷ El Sr. Powell está de acuerdo en que cuando un banco quiebra, “los accionistas de un banco en quiebra pierden el control del Banco, y su capital es aniquilado como acción resultante.”⁴²⁸

3. Gestión de la Intervención de BNM

212. Durante la intervención de BNM, los interventores de SBS lograron varios objetivos importantes. En primer lugar, se aseguraron que los depositantes cuyas cuentas estaban amparados por el sistema de seguro de depósito del Perú recibieran sus depósitos tan rápidamente como fuera posible.⁴²⁹ Esto fue fundamental para tranquilizar a la opinión pública que los depositantes del Banco intervenido no habían perdido su dinero y por lo tanto prevenir cualquier potencial pánico. En segundo lugar, los interventores de SBS realizaron un inventario exhaustivo de los activos restantes de BNM.⁴³⁰ Tercero y quizá más importante, los interventores de SBS organizaron esfuerzos para cobrar el pago de créditos y leases vigentes y morosos de BNM y reducir los costos operativos tanto como fuera posible.⁴³¹ En cuarto lugar, como se señaló anteriormente, los interventores de SBS también fueron responsables de implementar las conclusiones de los auditores haciendo ajustes a los estados financieros de BNM a 31 de diciembre de 2000.⁴³²

213. El Demandante hace varias denuncias sobre la supuesta mala gestión de los interventores de SBS y afirma que la cartera de BNM se deterioró durante la intervención debido a la supuesta negligencia de los interventores de SBS durante el proceso de intervención. Sin embargo, los argumentos de la Demandante son infundadas. Los interventores de SBS

⁴²⁷ Opinión del Experto Clarke, numeral 44 [Anexo RWS-010].

⁴²⁸ Opinión del Experto Powell, numeral 45 [Anexo RWS-011].

⁴²⁹ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 44 [Anexo RWS-008].

⁴³⁰ Declaración testimonial de Quiroz, numeral 45 [Anexo RWS-008].

⁴³¹ Declaración testimonial de Quiroz, numerales 46-47 [Anexo RWS-008].

⁴³² Declaración testimonial de L.Carrillo, numeral 16 [Anexo RWS-004]; Declaración testimonial de M.Carrillo, numeral 16 [Anexo RWS-005]; Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, 14 de febrero, 2002 (“Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial”), página 14, Sec. 5.3 [Anexo R-189].

contribuyeron a recuperar el valor de las colocaciones vigentes y morosas de BNM. Cualquier dificultad que tuvieron para recuperar el valor de los activos de BNM fue debida en gran parte a los obstáculos erigidos por la administración de BNM antes y después de la intervención.

214. Sin duda, la tarea más difícil de los interventores de SBS fue cobrar el pago de créditos y leases en mora. Después de que un banco es intervenido, suele haber cierta confusión entre los prestatarios acerca de sus obligaciones de seguir haciendo los pagos de sus colocaciones. Por esa razón, los interventores de SBS trabajaron agresivamente para recordar a los prestatarios su obligación de continuar pagando sus créditos con BNM haciendo llamadas telefónicas, escribiendo cartas y publicando anuncios en los periódicos.

215. Varios prestatarios pidieron reestructurar o refinanciar sus colocaciones debido a que estaban teniendo dificultades para hacer los pagos bajo los términos originales de sus colocaciones. Por lo tanto, los interventores de SBS organizaron un Comité informal para revisar y aprobar las propuestas de los prestatarios para reestructurar sus colocaciones.⁴³³ Contrario a los argumentos de la Demandante, los interventores de SBS aprobaron muchas solicitudes de reestructuración y refinanciación de las colocaciones, siempre que los nuevos términos no perjudicaran la capacidad del Banco para recuperar el valor de las colocaciones.⁴³⁴

216. Sin embargo, la tarea de los interventores de SBS se hizo más difícil por el hecho de que justo antes de que BNM fuera intervenido, los directores del Banco decidieron aumentar las tasas de interés significativamente en un desesperado esfuerzo para aumentar el flujo de efectivo de BNM en octubre de 2000.⁴³⁵ Con las nuevas tasas de interés más altas, muchos prestatarios tuvieron problemas para hacer sus pagos. Después de la intervención, los prestatarios querían volver a las tasas de interés de antes de octubre de 2000.⁴³⁶ En septiembre de 2001, los interventores de SBS permitieron que los prestatarios vuelvieran a las tasas de interés más bajas y aplicaron el cambio retroactivamente a enero de 2001.⁴³⁷ Por lo tanto, la Demandante se equivoca: los interventores de SBS no elevaron las tasas de interés; por el

⁴³³ Declaración testimonial de Quiroz numeral 46 [Anexo RWS-008]; ver Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, páginas 7-8 [Anexo R-189].

⁴³⁴ Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, página 8 [Anexo R-189]; Acta de la Comisión de Créditos para BNM en intervención, N° 01-2001, 24 de enero, 2001 [Anexo R-177].

⁴³⁵ Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, página 5 [Anexo R-189].

⁴³⁶ Ver Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, página 8 [Anexo R-189].

⁴³⁷ Ver Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, página 6 [Anexo R-189].

contrario, las redujeron. El aumento en las tasas al que se refiere la Demandante fue impuesto por la administración de BNM antes de la intervención.

217. La Demandante también culpa a la supuesta mala gestión de los interventores de SBS por el deterioro de la cartera de BNM que los interventores de SBS registraron en los estados financieros de BNM de 2001 (*es decir*, los estados financieros para los meses en que BNM fue intervenido).⁴³⁸ Pero, esta afirmación es objetivamente inexacta, particularmente porque ignora las maniobras contables realizadas desde hacía mucho tiempo por la administración de BNM que habían ocultado créditos riesgosos y morosos en su cartera. En su calidad de socio de PwC, el Sr. Alvarado comenta, los S/. 329 millones en pérdidas registradas en los estados financieros auditados de BNM del 31 de diciembre de 2000 surgió antes de esa fecha, y se incurrió en la gran mayoría de esas pérdidas durante las operaciones de BNM (*es decir*, antes de su intervención el 05 de diciembre de 2000).⁴³⁹

218. Más allá del 31 de diciembre de 2000, mientras los interventores de SBS trabajaban para recuperar los pagos de colocaciones pendientes de BNM, seguían encontrando colocaciones registradas como normales y corrientes que estaban, en realidad, vencidas desde hacía tiempo.⁴⁴⁰ Por lo tanto, las prácticas contables engañosas de BNM, que aparecieron y disfrazaron la cartera de BNM antes de la intervención, siguieron saliendo a la luz en el transcurso de la intervención, causando que los activos del Banco parecieran empeorar durante la intervención. Además, la auto-financiamientos de la administración de BNM arriba descritos en las secciones II.A.2.d, II.A.4.c y II.A.6 tuvo un impacto notable sobre la condición financiera de BNM después de la intervención. Por ejemplo, no sólo empresas relacionadas como Gremco no pudieron pagar sus créditos y leases al Banco, si no que además el Banco había liberado sus garantías sobre la mayoría de los activos que se suponía debían servir de respaldo para dichos créditos y la garantía restante había sido significativamente sobrevaluada. Esto hizo mucho más difícil cobrar los créditos de Gremco en beneficio de los depositantes de BNM, lo cual una vez más, debilitó la situación financiera del Banco sin que mediara culpa alguna por parte de los interventores.

⁴³⁸ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numerales 411-13.

⁴³⁹ Declaración testimonial de Alvarado, numeral 30 [Anexo RWS-003].

⁴⁴⁰ Ver Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, página 8 [Anexo R-189].

219. Los interventores de SBS no pueden ser culpados por las consecuencias de la mala administración de BNM. Por el contrario, se les debe dar crédito por haber sido capaces de recuperar tanto valor como lo hicieron de la cartera de colocaciones de BNM. Del 06 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, los interventores de SBS lograron recuperar S/. 559 millones (160.7 millones de dólares) en pagos de colocaciones y otros ingresos en beneficio de los depositantes y acreedores del Banco.⁴⁴¹

220. La Demandante también critica a los interventores por supuestamente perder activos de BNM al no contener los gastos de liquidación del Banco durante la intervención.⁴⁴² Esto es objetivamente incorrecto. Los interventores de SBS lograron reducir los costos operativos de BNM en 49%, en comparación con los costos operativos de BNM antes de la intervención.⁴⁴³ Los interventores de SBS no pudieron reducir los costos operativos de BNM totalmente por varias razones. En primer lugar, el objetivo de la intervención era transferir los activos y pasivos de BNM como un bloque a otro banco. El Banco que expresó interés en adquirir BNM, el Banco Interamericano de Finanzas (“BIF”), estaba interesado no sólo en adquirir los activos y pasivos de BNM, sino también sus sucursales, infraestructura física y recursos humanos.⁴⁴⁴ Por lo tanto, los interventores de SBS no quisieron despedir a los empleados de BNM o dejar de pagar los servicios básicos para las sucursales de BNM si el hacerlo hubiera significado que BNM sería una adquisición menos atractiva para BIF.

221. En segundo lugar, mientras que las leyes laborales de Perú permiten la terminación de los contratos de trabajo cuando una empresa está siendo disuelta y liquidada, no existe ninguna disposición de esa índole para las intervenciones bancarias.⁴⁴⁵ Por esa razón, los interventores de SBS hubieran tenido que indemnizar a los empleados por despido sin causa (ya que la terminación con justa causa requiere evidencia de la incapacidad del empleado,

⁴⁴¹ Ver *Banco Nuevo Mundo en Liquidación*, Informe final de la SBS, 28 de febrero, 2003, páginas 8-9 [Anexo R-199]. El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en febrero de 2003, S/. 3.479 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁴⁴² Ver Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 386.

⁴⁴³ Ver Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, página 2 [Anexo R-189].

⁴⁴⁴ Ver Respuesta de los interventores de la SBS al Informe de la Administración Judicial, página 2 [Anexo R-189].

⁴⁴⁵ Ver Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 03-97-TR, 21 de marzo, 1997 (“Ley del Trabajo del Perú”), Art. 46 [Anexo R-136].

rendimiento deficiente o comportamiento inadecuado).⁴⁴⁶ Así, el despido masivo de los empleados de BNM no necesariamente habría sido una medida de ahorro. Y en tercer lugar, los interventores de SBS implementaron políticas agresivas para recuperar el mayor valor de colocaciones pendientes de BNM como fuera posible, y en ese esfuerzo, confiaron en la labor de los ex empleados de BNM para llegar a los deudores morosos, revisar las solicitudes para reestructurar colocaciones y actualizar los registros financieros de BNM durante la intervención. Dicho esto, los interventores de SBS hicieron todo lo que razonablemente pudieron hacer para reducir los costos, como fue el cierre de algunas sucursales y enviar a empleados de vacaciones para utilizar su tiempo de vacaciones acumuladas.

222. Un gasto inevitable para los interventores de SBS fueron los costos incurridos como consecuencia de los muchos retrasos e interrupciones en el proceso de intervención que fueron causadas por las múltiples demandas iniciadas por los accionistas de BNM y demás investigaciones del Congreso.⁴⁴⁷ Estas demandas e investigaciones fueron parte de la campaña de los accionistas de BNM para hostigar y desacreditar la gestión del Gobierno sobre la crisis financiera, que se describe en la sección II.F más adelante.

4. Presentación de SBS a BNM del Régimen Especial de Transición

223. Sin perjuicio de los retrasos ocasionados por los litigios de NMH, SBS permaneció enfocada en lograr su principal objetivo de la intervención, es decir, la transferencia de activos y pasivos de BNM como un bloque a otro banco para obtener el valor más alto para los depositantes y acreedores de BNM. Como tal, el 18 de abril de 2001, SBS introdujo a BNM el Régimen Especial de Transición con la esperanza de que el programa alentaría a otro banco a adquirir BNM.⁴⁴⁸ El Régimen Especial de Transición era una extensión del Programa de Consolidación del Sistema Financiero (“PCSF”) que había sido creado por el Gobierno para lograr una mayor estabilidad y confianza en el sistema bancario.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Ver Ley del Trabajo del Peru, Art. 34 [Anexo R-136].

⁴⁴⁷ Ver *Banco Nuevo Mundo en liquidación*, Informe final de la SBS, 28 de febrero, 2003, página 2 (describe las demoras provocadas por el proceso a nivel interno) [Anexo R-199].

⁴⁴⁸ Ver Resolución SBS Declarando el Régimen Especial de Transición del BNM, Resolución SBS No. 284-2001, 18 de abril, 2001 [Anexo R-083].

⁴⁴⁹ Memorial de Jurisdicción de la Demandada, numerales 91-92.

224. El Gobierno creó el programa PCSF para facilitar las fusiones entre bancos sanos y otros más débiles.⁴⁵⁰ El programa fue diseñado por las autoridades peruanas bajo el liderazgo del Sr. Cortavarría, en su calidad de Superintendente de la SBS.⁴⁵¹ Según el Sr. Cortavarría, PCSF era una estrategia para “alentar la resolución privada de las instituciones débiles para impedir que quiebraran y perjudicaran a los depositantes,” que fue crítico en un momento en que había preocupación sobre la solvencia generalizada y los problemas de liquidez que amenazaban con desestabilizar el sistema bancario.⁴⁵² De acuerdo con un programa de consolidación financiera, explica el Sr. Cortavarría, los bancos con fuertes balances tienen la capacidad para absorber los problemas de los bancos más débiles.⁴⁵³ Sin embargo, para alentar a los bancos fuertes a tomar este riesgo durante una crisis financiera, el Gobierno accedió a proporcionar fondos a través del Fondo de Seguro de Depósito y el Ministerio de Economía y Finanzas para cubrir las pérdidas de esas adquisiciones.⁴⁵⁴

225. Por lo tanto, en virtud del programa PCSF el Gobierno accedió a emitir bonos a un banco adquirente hasta un límite de dos veces el capital regulatorio del Banco a ser adquirido. En casos excepcionales, el Gobierno proporcionaría bonos por hasta tres veces el capital regulatorio.⁴⁵⁵ Sin embargo, antes de que el Gobierno utilizara los fondos PCSF para facilitar la fusión, las pérdidas del Banco tenían que ser compensadas con el capital de los accionistas en el Banco adquirido, porque los propietarios existentes eran primordialmente responsables de sus pérdidas.⁴⁵⁶ De esta manera, el dinero de los contribuyentes sería utilizado sólo para proteger a los depositantes, en lugar de ser utilizado para “rescatar” a los accionistas de los bancos débiles.

⁴⁵⁰ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 11 [Anexo RWS-006].

⁴⁵¹ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 11 [Anexo RWS-006].

⁴⁵² Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 11 [Anexo RWS-006]; Decreto de Urgencia Aprobando el programa de Consolidación del Sistema Financiero, Decreto de Urgencia No. 108-2000, 28 de noviembre, 2000 [Anexo R-068].

⁴⁵³ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 11 [Anexo RWS-006].

⁴⁵⁴ Declaración testimonial de Cortavarría, numerales 11-12 [Anexo RWS-006]; Reglamentos Operativos de PCSF, Resolución Ministerial No. 174-2000-EF, 3 de diciembre 3, 2000, Arts. 8, 10 [Anexo R-071].

⁴⁵⁵ Ver Reglamentos Operativos de PCSF, Resolución Ministerial No. 174-2000-EF, 3 de diciembre, 2000, Art. 8 [Anexo R-071]; Reglamentos Operativos de PCSF, Artículo 8, Resolución Ministerial 179-2000-EF, 12 de diciembre, 2000 (que modifica el Artículo 8 de un límite de excepción de “2 veces” a “3 veces” del patrimonio) [Anexo R-119]; Resolución SBS Declarando la Disolución e Intervención del BNM, página 2 (observes que el límite puede ampliarse hasta 3 veces el valor de los activos a ser adquiridos con permiso del Ministerio de Economía y Finanzas) [Anexo R-090].

⁴⁵⁶ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 12 [Anexo RWS-006]; ver Reglamentos Operativos de PCSF, Resolución Ministerial No. 174-2000-EF, 3 de diciembre, 2000, Art. 12 (exigiendo que cualquier accionista del

226. Como relata el Sr. Cortavarría, el MEF celebró una reunión con un grupo de bancos que el MEF creyó que podrían estar interesados en participar en el PCSF.⁴⁵⁷ La reunión se celebró el día anterior a la fecha en que el MEF publicó el decreto que estableció el nuevo programa.⁴⁵⁸ El MEF quería compartir los detalles del programa y medir el interés de los bancos que podrían desear utilizar fondos de PCSF para adquirir un banco.⁴⁵⁹ El Sr. Cortavarría recuerda haber asistido a la reunión y recuerda también que ninguno de los bancos invitados expresaron interés en participar en PCSF durante la reunión o poco después.⁴⁶⁰

227. La Demandante alega que esta reunión era parte de una conspiración para eliminar a los bancos pequeños, y que PCSF fue creado durante la reunión para esa finalidad.⁴⁶¹ No hay simplemente ninguna base para esta alegación. Como explica el Sr. Cortavarría, el PCSF fue diseñado por la SBS y el MEF antes de que la reunión tuviera lugar, y su propósito no tenía nada que ver con la eliminación de los bancos pequeños.⁴⁶² El objetivo del programa era darle cierta estabilidad al sistema bancario para facilitar las fusiones entre bancos fuertes y bancos débiles, sin importar su tamaño.⁴⁶³ De hecho, como resultó, los únicos bancos que participaron en PCSF como adquirientes fueron bancos pequeños y medianos, tales como el Banco Internacional, el Banco Interamericano de Finanzas (que intentó, pero no tuvo éxito en la adquisición de BNM) y el Banco Financiero.⁴⁶⁴

228. En términos generales, la consolidación bancaria puede ser una herramienta poderosa para estabilizar un sistema financiero durante una crisis, como lo ha señalado el Sr. Powell.⁴⁶⁵ La consolidación permite a los bancos sanos asumir a los bancos poco saludables antes de que lleguen al punto de quiebra. El Sr. Clarke está de acuerdo en que la consolidación

banco absorbido que reciba acciones en el banco absorbente debe pagarle al gobierno a prorrata el monto de los bonos PCSF que le fueron facilitados para su adquisición) [Anexo R-071].

⁴⁵⁷ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 14 [Anexo RWS-006].

⁴⁵⁸ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 14 [Anexo RWS-006].

⁴⁵⁹ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 15 [Anexo RWS-006].

⁴⁶⁰ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 14 [Anexo RWS-006].

⁴⁶¹ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numerales 311-18.

⁴⁶² Declaración testimonial de Cortavarría, numerales 15-16 [Anexo RWS-006].

⁴⁶³ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 16 [Anexo RWS-006].

⁴⁶⁴ Declaración testimonial de Cortavarría, numeral 17 [Anexo RWS-006].

⁴⁶⁵ Opinión del Experto Powell, numeral 13 [Anexo RWS-011].

puede ser útil, y señala que el tamaño de los bancos involucrados es irrelevante.⁴⁶⁶ En su lugar, el regulador está preocupado por la salud relativa de los bancos, y si una fusión contribuiría a la estabilidad del sistema financiero.⁴⁶⁷ Por otra parte, los grandes bancos de ninguna manera son siempre bancos saludables. Por ejemplo, el Banco Wiese era el segundo banco más grande en el sistema financiero del Perú, pero estaba en una situación financiera muy débil en ese momento.⁴⁶⁸

229. Además, no tendría sentido que el Gobierno intente eliminar a los bancos pequeños. En un momento en que el sistema financiero estaba tan vulnerable, el Gobierno quería evitar desestabilizarlo. *Cualquier* fracaso de un banco ponía en peligro ese objetivo. También, porque el mandato de SBS es proteger a los depositantes de los bancos, SBS no desearía empujar a ningún banco al fracaso. Siendo así, el PCSF fue implementado para *prevenir* fracasos al permitir que los bancos fuertes absorbieran a los bancos en problemas.

230. En enero de 2001, el Gobierno decidió ampliar el programa PCSF para incluir no sólo a los bancos operativos sino también a aquellos que habían sido intervenidos. La expansión, que fue llamada Régimen Especial de Transición (“STR”), se dio para ofrecer garantías a los depositantes de los bancos intervenidos que su dinero estaría seguro y fortalecer la confianza del público en la estabilidad del sistema bancario.⁴⁶⁹ En virtud del STR, los bancos en intervención (como el BNM) podrían ser adquiridos por los bancos más fuertes, lo que aprovecharía los fondos disponibles en el programa PCSF.⁴⁷⁰ Al ampliar el acceso a los fondos PCSF, el STR hizo que fuera más financieramente viable para un banco fuerte absorber los activos y pasivos de un banco intervenido.

231. El Régimen Especial de Transición estaba sujeto a la misma limitación del PCSF en que los fondos del gobierno sólo podrían ser utilizados para cubrir pérdidas hasta tres veces el

⁴⁶⁶ Opinión del Experto Clarke, numeral 58 [Anexo RWS-010].

⁴⁶⁷ Opinión del Experto Clarke, numerales 58-59 [Anexo RWS-010].

⁴⁶⁸ La SBS tomó acciones con el fin de hacerle frente a las grandes dificultades económicas del Banco Wiese, de acuerdo con lo descrito en la Sección II.C.3.d del presente documento.

⁴⁶⁹ Ver Primera declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 68 [Anexo RWS-001].

⁴⁷⁰ Ver Decreto de Urgencia Estableciendo el Régimen Especial Transitorio, Decreto de Urgencia No. 044-2001, 11 de abril, 2001 [Anexo R-081].

capital regulatorio del Banco adquirido.⁴⁷¹ El STR también funcionó como una continuación del régimen de intervención; es decir, las mismas condiciones que se aplicaron en la intervención también se aplicaron en el STR. Al Banco aún no se le permitió operar, los accionistas ya no estaban en control del Banco y SBS todavía tenía la autoridad para determinar el capital regulador del Banco y compensar las pérdidas contra las reservas y capital del Banco.⁴⁷²

232. El Banco Interamericano de Finanzas estaba interesado en adquirir BNM una vez que se éste fue introducido al STR. Por lo tanto, el 30 de mayo de 2001, BNM (representado por SBS) y BIF firmaron un acuerdo para explorar la posibilidad de una adquisición, utilizando fondos de PCSF para cubrir cualquier pérdida que BIF pudiera sufrir como resultado.⁴⁷³ De conformidad con el acuerdo, se realizaría una valoración de los activos y pasivos de BNM por parte de una empresa de valoración, Medina, Zaldivar y Asociados (Arthur Andersen) (la “valoración de AA”).⁴⁷⁴ Una vez que BIF adquiriera los activos y pasivos de BNM, entonces podría buscar fondos STR/PCSF del Gobierno para compensar las pérdidas que BIF pudiera haber sufrido en la adquisición. Sin embargo, esos fondos sólo estarían disponibles si las pérdidas de BNM no superaban el límite legal de los fondos disponibles para cubrir las pérdidas de BNM (*es decir*, hasta tres veces el valor del capital regulatorio de BNM).⁴⁷⁵

233. La valoración de AA encontró que las pérdidas de BNM excedieron ese límite legal para la financiación PCSF.⁴⁷⁶ Por lo tanto, el BIF no pudo obtener financiación PCSF para facilitar la adquisición de BNM y, en consecuencia, BIF decidió no seguir adelante con la adquisición. En ese momento, no quedaba nada que lograr en el Régimen Especial de

⁴⁷¹ Ver Incorporación y Modificación de los Reglamentos Operativos de PCSF, Resolución Ministerial No. 124-2001-EF-10 de 12 de abril, 2001, Art. 1(g) (incluyendo el Artículo 8 del reglamento operativo sobre la aplicabilidad de los bancos intervenidos) [Anexo R-082].

⁴⁷² Ver Incorporación y modificación de los Reglamentos Operativos de PCSF, Resolución Ministerial No. 124-2001-EF-10, 12 abril, 2001, Arts. 21-24 [Anexo R-082]; *ver en general* Resolución que Crea el Régimen Especial Transitorio, Resolución Ministerial No. 024-2001-EF-10, 18 de enero, 2001 [Anexo R-077].

⁴⁷³ Ver Contrato entre el Banco Interamericano de Finanzas y el BNM sobre el Proceso de Reestructuración Empresarial entre ambas empresas bajo el Régimen Especial Transitorio, 30 de mayo, 2001 [Anexo R-086].

⁴⁷⁴ Ver Contrato entre el Banco Interamericano de Finanzas y el BNM sobre el Proceso de Reestructuración Empresarial entre ambas empresas bajo el Régimen Especial Transitorio, 30 de mayo, 2001, Sec. 3 [Anexo R-086].

⁴⁷⁵ Ver Contrato entre el Banco Interamericano de Finanzas y el BNM sobre el Proceso de Reestructuración Empresarial entre ambas empresas bajo el Régimen Especial Transitorio, 30 de mayo, 2001, Secs. 7-8 [Anexo R-086].

⁴⁷⁶ Ver Primera declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 70 [Anexo RWS-001]; Resolución SBS Declarando la Disolución e Intervención de BNM, página 2 [Anexo R-090].

Transición.⁴⁷⁷ Ya que STR era una extensión del régimen de intervención, a la SBS estaba en la obligación de introducir a BNM en liquidación, tal como estaba obligada a hacerlo al final de cualquier otra intervención.⁴⁷⁸

234. Incluso si BNM hubiera sido elegible para participar en el STR/PCSF y, así, transferir sus activos y pasivos a BIF, BNM no habría podido reanudar las operaciones, porque una vez que un banco es intervenido, nunca reabre. Después de la transferencia de activos y pasivos de BNM, el siguiente paso de SBS hubiera sido enviar a BNM a liquidación para disponer de los activos restantes para disolver el Banco.

235. La Demandante alega que la decisión de SBS de liquidar BNM inapropiadamente se basó en la valoración de AA, que sólo había valorado una porción de los activos de BNM y que había sido realizada exclusivamente para su uso en el programa STR/PCSF.⁴⁷⁹ Las objeciones de la Demandante son infundadas. SBS no se basó en la valuación de AA cuando puso a BNM en liquidación.⁴⁸⁰ De hecho, la decisión de liquidar BNM no tuvo nada que ver con el valor de BNM.⁴⁸¹ Más bien, la Ley General de Bancos exige a todos los bancos intervenidos que sean liquidados para que se pueda disponer de los bienes restantes y que la personería jurídica del Banco intervenido sea formalmente disuelta.⁴⁸² Incluso si SBS fuera a vender los activos y pasivos de un banco intervenido como un bloque a otro banco (*por ejemplo*, en STR), SBS liquidaría aún así las porciones no vendidas del Banco intervenido. Esto es lo que hizo SBS, por ejemplo, después de que NBK Bank fue adquirido por el Banco Financiero bajo STR durante la intervención del NBK: tras la adquisición, NBK Bank fue puesto en liquidación.⁴⁸³

236. La Demandante parece estar confundida por el hecho de que la resolución que puso a BNM en liquidación, Resolución SBS N° 775-2001, con fecha 18 de octubre de 2001,

⁴⁷⁷ Ver Primera declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 72 [Anexo RWS-001].

⁴⁷⁸ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 101 [Anexo RWS-007].

⁴⁷⁹ Ver Memorial de los Méritos presentada por la Demandante, numerales 446-66.

⁴⁸⁰ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 99 [Anexo RWS-007].

⁴⁸¹ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 99 [Anexo RWS-007].

⁴⁸² Ver Ley General de Banca, Art. 114 [Anexo R-021].

⁴⁸³ Memorial de Jurisdicción de la Demandada, numeral 114; ver Resolución SBS Declarando el Régimen Especial Transitorio del Banco NBK, Resolución SBS No. 306-2001, 25 de abril, 2001 [Anexo R-084]; Resolución SBS Declarando la transferencia de los Activos del Banco NBK y Declarando la Disolución y Liquidación de NBK, Resolución SBS No. 1021-2001, 27 de diciembre, 2001 [Anexo R-092].

hace referencia a la valuación AA.⁴⁸⁴ Pero, la resolución menciona la valuación AA únicamente en el contexto de explicar por qué BNM no podía ser adquirido mediante fondos STR/PCSF. La valuación de AA no era una base para poner a BNM en liquidación. Como ya hemos explicado, el STR era una continuación de la intervención de BNM. Por lo tanto, al igual que cuando termina una intervención al final de STR, SBS estaba obligada por ley a liquidar BNM. La Resolución de la SBS que pone a BNM en liquidación fue confirmada por la Corte Suprema de Perú contra una impugnación legal de los accionistas de BNM. En su decisión, el Tribunal reconoció que la liquidación fue simplemente el siguiente paso procesal después de la intervención, y que el valor del Banco en ese momento era irrelevante.⁴⁸⁵ En suma, la Demandante no tiene base para culpar el intento de SBS para resolver la situación de BNM a través del STR, ni su eventual determinación que una solución a través de STR no era posible y que BNM tendría que ser sometida a liquidación.

5. Plan de “Rescate” Inverosímil de los Accionistas de BNM

237. En septiembre de 2001, los antiguos accionistas de BNM enviaron a la prensa un plan inverosímil para “rescatar” a BNM.⁴⁸⁶ La Demandante alega que SBS y el MEF no consideraron el plan y por lo tanto, negaron a los accionistas de BNM una oportunidad para recuperar el Banco.⁴⁸⁷ El Demandante no proporciona pruebas que el plan haya sido presentado a SBS para su revisión. Pero en cualquier caso, como recuerda el Sr. Mogrovejo, la propuesta podría no ser tomada en serio.⁴⁸⁸ En primer lugar, los bancos intervenidos simplemente no reabren sus puertas.⁴⁸⁹ En segundo lugar, en esencia, el plan pedía un “rescate” del gobierno para los antiguos accionistas de BNM.⁴⁹⁰ Los accionistas, por otro lado, de ninguna manera aportarían

⁴⁸⁴ Ver Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 447; Resolución SBS Declarando la Disolución y Liquidación del BNM, Resolución SBS No. 775-2001 [Anexo R-090].

⁴⁸⁵ Sala Civil de la Corte Suprema, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 11 de noviembre, 2005, página 12 [Anexo R-101].

⁴⁸⁶ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numerales 441-45; ver también Comunicado de los Accionistas del BNM publicada en el *El Comercio*, Lima, 17 de setiembre 17, 2001 (“Comunicado de accionistas de BNM, publicado en *El Comercio*, Lima”) [Anexo R-184].

⁴⁸⁷ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numerales 441-45.

⁴⁸⁸ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 89 [Anexo RWS-007].

⁴⁸⁹ Ver Opinión del Experto Clarke, numeral 49 [Anexo RWS-010] (“Cuando un banco es cerrado por el regulador, deja de existir. Ya no hay banco que ‘salvar’”).

⁴⁹⁰ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 89 [Anexo RWS-007].

nada de su propio capital al Banco.⁴⁹¹ El plan no era legalmente permisible o prácticamente viable. Además, incluso si un “rescate” hubiera sido posible, que no lo fue, SBS no habría podido permitir que quienes destruyeron a BNM retomasen el control del Banco porque éstos habían perdido la confianza de SBS y del público.⁴⁹² De hecho, en los Estados Unidos, la quiebra de un Banco da lugar a responsabilidad civil o penal impuesta sobre los ex gerentes y directores del Banco si los reguladores determinan que los directores del Banco estaban involucrados en fraude o en auto-financiaciones y también se prohibiría a los directores del Banco que trabajen en otra institución captadora de depósitos de los Estados Unidos nuevamente.⁴⁹³

238. La descripción que hace la Demandante del plan de “rescate” no refleja con precisión la naturaleza del plan. Ella afirma que “de acuerdo a la propuesta, los accionistas de BNM pagarían 342 millones de dólares y podrían incorporar una empresa de la banca internacional en la estructura de propiedad de BNM,”⁴⁹⁴ lo que implica que los accionistas de BNM querían “rescatar” BNM con 342 millones de dólares de su propio capital. Sin embargo, los accionistas de BNM realmente no propusieron aportar fondo alguno de su peculio.

239. Por el contrario, el supuesto aporte de los ex accionistas de BNM provendría exclusivamente de los “pagos/refinanciación de deudas a los bancos locales y extranjeros y el restablecimiento de las líneas de crédito de BNM.”⁴⁹⁵ Los accionistas de BNM, por lo tanto, proponían *prestarse* 342 millones de dólares para recapitalizar el Banco. Sin embargo, los fondos prestados son sólo otra forma de deuda para el Banco. Ya que los fondos prestados deben ser devueltos, no se les puede considerar equivalentes a capital real.⁴⁹⁶ Por lo tanto, el plan no implicaba ninguna inyección de capital de los accionistas de BNM. Quizás esto no debería sorprender porque, si los accionistas de BNM tenían el capital necesario para “salvar” a BNM, presumiblemente hubieran (y deberían haber) usado el capital mucho antes para evitar la intervención de BNM, como SBS les instó a hacer.⁴⁹⁷

⁴⁹¹Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 89 [Anexo RWS-007].

⁴⁹² *Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo*, numerales 95-96 [Anexo RWS-007]; Opinión del Experto Powell, numeral 50 [Anexo RWS-011]; Opinión del Experto Clarke, numeral 51 [Anexo RWS-010].

⁴⁹³ Opinión del Experto Clarke, numeral 50 [Anexo RWS-010].

⁴⁹⁴ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante at numeral 442.

⁴⁹⁵ Comunicado de accionistas de BNM [Anexo R-184].

⁴⁹⁶Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 90 [Anexo RWS-007].

⁴⁹⁷ Informe del Experto Clarke, numeral 49 [Anexo RWS-010].

240. Además, el plan de “rescate” de los accionistas de BNM dependía de un banco internacional sin nombre que supuestamente iba a aportar 20 millones de dólares.⁴⁹⁸ Sin embargo, no proporcionaron detalle sobre este banco ni explicación alguna de por qué un banco internacional, o cualquier banco para tal caso, quisiera inyectar capital en un banco en quiebra y rescatar a los accionistas que llevaron al Banco a la quiebra.

241. La principal característica de la propuesta fue la más descarada. Los accionistas de BNM propusieron que el Gobierno debería contribuir capital igual a dos veces el monto de pérdida del Banco, utilizando los fondos del Gobierno que habían sido separados para ser utilizados en PCSF. Independientemente del hecho de que no explicaron cuál sería el fundamento jurídico para que el Gobierno utilice fondos PCSF para otra cosa distinta a las adquisiciones realizadas en virtud de PCSF,⁴⁹⁹ no quedó claro cómo este aporte del Gobierno habría ayudado a los accionistas de BNM. El programa PCSF exige explícitamente que los antiguos accionistas de cualquier banco adquirido en virtud de PCSF no puedan recibir fondos del Gobierno en la adquisición.⁵⁰⁰ Por lo tanto, no habría sido posible para los antiguos accionistas de BNM utilizar los fondos PCSF para financiar su propuesta irreal de “rescate,” porque el uso de los fondos PCSF hubiera requerido eliminar su interés de capital para compensar las pérdidas de BNM.

242. Los accionistas de BNM propusieron además que el Gobierno debería emitir bonos subordinados para recapitalizar el Banco, creando otros 63 millones de dólares en deuda.⁵⁰¹ Una vez más, la propuesta de “rescate” aparece, de la escasa información disponible, para ser potencialmente desfavorable desde la perspectiva de los accionistas de BNM. Debido a la amplia financiación del Gobierno necesaria en el llamado plan de los accionistas, BNM habría sido efectivamente nacionalizada y la posición de los accionistas hubiera sido en gran medida eliminada por completo. Por lo tanto, el plan no habría permitido a los accionistas poseer y controlar el Banco “rescatado.” Si BNM hubiera sido rescatado de acuerdo a su plan, le habría pertenecido efectivamente al Gobierno.

⁴⁹⁸ Comunicado de accionistas de BNM [Anexo R-184].

⁴⁹⁹ Comunicado de accionistas de BNM, [Anexo R-184].

⁵⁰⁰ Reglamento Operativo de PCSF, Artículo 8, Resolución Ministerial 179-2000-EF, 12 de diciembre, 2000, Art. 12 [Anexo R-119]

⁵⁰¹ Ver Comunicado de accionistas de BNM [Anexo R-184].

243. Como describe el Sr. Mogrovejo el referido plan de “rescate”:

A primera vista, el plan era absurdo. La totalidad del plan se basaba en reunir a 535 millones de dólares del Gobierno y de varios bancos sin nombre. Los accionistas no proponían inyectar capital alguno de su peculio en el Banco. Por el contrario, la totalidad del plan se basaba en que el *Gobierno* rescate a los accionistas.⁵⁰²

244. Al promocionar su plan en la prensa, los accionistas de BNM compararon el costo para el Gobierno del supuesto plan de “rescate” con su estimación del costo de venta de BNM a BIF o simplemente liquidar el Banco. Afirmaron que “rescatar” a BNM le ahorraría millones de dólares al Gobierno. Sin embargo, ellos audaz y sustancialmente inflaron sus cálculos de cuánto le costaría al Gobierno vender o liquidar BNM incluyendo en el cálculo su propia demanda contra el Gobierno por 280 millones de dólares en daños y perjuicios como parte del supuesto “costo” de liquidar BNM.⁵⁰³ Esa misma demanda por 280 millones de dólares, junto con un número de otras demandas por daños y perjuicios, fueron desestimadas en última instancia por los tribunales del Perú,⁵⁰⁴ pero en el ínterin, los accionistas lo utilizaron para intentar “vender” el plan de “rescate” de BNM a la prensa, exagerando grandemente el costo para el Gobierno de vender o liquidar los activos de BNM.

245. Aparte de estos defectos prácticos del esquema formado a medias por los accionistas de BNM, también debió haber sido evidente a quien fuera accionista de un Banco, y que incluso tenga nociones sobre la Ley de Banca General del Perú, que este plan de “rescate” no era legalmente posible. Como explica el Sr. Mogrovejo, un banco intervenido no puede ser rescatado, y sólo existe una instancia muy específica cuando un banco ha sido puesto en liquidación para que pueda ser “rehabilitado.” Para la rehabilitación de un banco en liquidación, la Ley General de Banca impone varias condiciones obligatorias que los accionistas de BNM no podrían haber cumplido.⁵⁰⁵ Para rehabilitar a un banco, por lo menos el 30% de los *acreedores*

⁵⁰²Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 92 [Anexo RWS-007].

⁵⁰³ Comunicado de accionistas de BNM [Anexo R-184].

⁵⁰⁴ Ver Corte Superior de Lima, Primera Sala Civil, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 16 de abril, 2004, páginas 3-5 [Anexo R-202]. Una primera demanda por daños y perjuicios presentada por los accionistas de BNM fue declarada inadmisibles por defectos procedimentales; una segunda demanda por daños y perjuicios fue desestimada, declarándose infundada. Ver Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, Enero 31, 2007, Conclusiones, 5ta a 11ra [Anexo R-105].

⁵⁰⁵Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numerales 95-96 [Anexo RWS-007].

del banco (no los accionistas o directores) debe estar de acuerdo en captar capital nuevo para recapitalizar el Banco.⁵⁰⁶ Además, a los acreedores del Banco se les prohíbe volver a nombrar a alguno de los ex directores del Banco.⁵⁰⁷ Siendo así, los elementos esenciales del plan de rehabilitación son: (1) debe ser recapitalizado por los acreedores y no por los antiguos accionistas; (2) debe haber suficiente capital nuevo para satisfacer los requisitos de capital del Banco; y (3) está prohibida la participación de los ex directivos. El plan de los accionistas de BNM no cumplía con ninguna de estas condiciones.

246. Además, la Ley General de Banca prohíbe a los antiguos accionistas de un banco que ha sido liquidado volver a ser propietarios de un banco en el Perú.⁵⁰⁸ Por lo tanto, incluso si los accionistas de BNM hubieran tenido suficiente capital para adquirir a BNM en intervención, no se les habría permitido hacerlo. En ese momento en que los accionistas de BNM presentaron su propuesta de “rescate,” BNM había sido intervenido y estaba en camino hacia la liquidación. En consecuencia, los antiguos accionistas de BNM quedaban inhabilitados por ley para poseer el BNM “rescatado,” o incluso para crear un nuevo banco con el fin de adquirir a BNM en intervención.

247. Incluso dejando de lado las prohibiciones formales en las leyes bancarias del Perú, el Sr. Clarke señala que “los reguladores del Banco deben ser capaces de confiar en la administración de un banco, y dicha confianza es prácticamente imposible si la administración del Banco ha engañado previamente a los reguladores, ha ocultado información financiera adversa o no ha respondido a las advertencias y recomendaciones de los reguladores.”⁵⁰⁹ Asimismo, el Sr. Powell observa que desde la perspectiva de un regulador, a la administración, directores y accionistas de un banco en quiebra no se les puede permitir que regresen a la banca porque ya está el antecedente que ciertamente administraron mal el banco y no fueron capaces de cumplir con sus deberes para supervisar la adecuada administración del Banco. El Sr. Powell además explica que “cuando los reguladores tienen motivos para creer que la administración ha participado en violaciones de las leyes o reglamentos, se ha dedicado a prácticas bancarias inseguras o incorrectas, o incumplió con sus obligaciones fiduciarias buscando beneficio

⁵⁰⁶ Ley General de Banca, Art. 124 [Anexo R-021].

⁵⁰⁷ Ley General de Banca, Art. 127 [Anexo R-021].

⁵⁰⁸ Ley General de Banca, Art. 20(8), Art. 52 [Anexo R-021].

⁵⁰⁹ Opinión del Experto Clarke, numeral 51 [Anexo RWS-010].

financiero personal a costa de perjudicar los intereses de los depositantes del Banco, a los funcionarios también se les prohibirá que vuelvan a laborar en el sector bancario.”⁵¹⁰ Los directores de BNM fueron culpables de todas esas fechorías. Por lo tanto, incluso si hubiese sido posible resucitar a BNM después de su intervención (que no fue así), SBS no podría haber puesto en peligro la confianza del público en el sistema financiero al permitir que los directores de BNM retomasen el control del Banco.

248. Los defectos en su plan debieron haber sido evidentes para los accionistas de BNM porque muchos de ellos habían participado en el sector de la banca durante décadas. Debieron haber sabido que su mal llamado plan era ilógico y legalmente imposible. Los Sres. Powell y Clarke están de acuerdo que SBS tuvo plena justificación para desestimar el irreal plan de “rescate” de los accionistas de BNM y proceder con la liquidación de BNM.⁵¹¹

E. EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DEL BNM FUE LEGAL

249. Contrario a los argumentos de la Demandante y de los ex accionistas del BNM, la liquidación del BNM, al igual que la intervención, fue llevada a cabo de plena conformidad con la ley. A pesar de las múltiples interrupciones ocasionadas por demandas de NMH, en el proceso de liquidación se ha podido recuperar el valor suficiente de los activos del BNM para pagar algunos de las obligaciones pendientes de pago del banco⁵¹². El hecho de que no se ha podido resarcir a todos los depositantes y acreedores del BNM es simplemente una evidencia adicional de la gravedad de la insolvencia del BNM. Ningún proceso de liquidación podría solucionar el hecho de que, con pérdidas por el orden de S/. 329 millones, al 31 de diciembre de 2000, el BNM no podía honrar sus obligaciones con sus depositantes y acreedores.

250. Después de cambiar el estado de intervención del BNM hacia concursal, la SBS designó a una sociedad como liquidadora del BNM a través de un proceso de selección pública. Cada postulante debía presentar una propuesta técnica y económica sobre cómo proponía ejecutar de la liquidación con el fin de demostrar sus calificaciones y capacidad para completar

⁵¹⁰ Opinión del Experto Powell, numeral 14 [Anexo RWS-011].

⁵¹¹ Opinión del Experto Powell, numeral 51 [Anexo RWS-011]; Opinión del Experto Clarke, numeral 51 [Anexo RWS-010].

⁵¹² Ver BNM en liquidación, Datos sobre pagos 2003–2011, 9 de diciembre, 2011 (la hoja de cálculo en Excel muestra que se han efectuado pagos a los depositantes y acreedores de BNM entre el 2003 y el 2011, y la obligaciones del banco que están aún pendientes) [Anexo R-213].

el trabajo con eficacia y eficiencia⁵¹³. Luego, el liquidador fue seleccionado según la experiencia de los postulantes, el personal técnico, y la infraestructura necesaria para llevar a cabo la liquidación.⁵¹⁴

251. Para la liquidación del BNM, la SBS seleccionó un consorcio: Define – Dirige - Soluciones en Procesamiento; y firmó un contrato con las compañías el 3 de febrero de 2003.⁵¹⁵ Sin embargo, el proceso concursal tuvo que ser suspendido en varias ocasiones mientras la SBS atendía los diversos juicios entablados por los accionistas del BNM, como se ha indicado anteriormente.⁵¹⁶ Después del vencimiento del contrato entre la SBS y Define – Dirige - Soluciones en Procesamiento, el Sr. Yuri Martínez asumió el papel de liquidador del BNM, en febrero de 2009.⁵¹⁷ El proceso concursal se llevó a cabo bajo su supervisión y, a diciembre de 2011, el proceso está a punto de finalizar.

252. En la actualidad, sólo hay seis millones de dólares estadounidenses en activos pendientes por liquidar. Los fondos recuperados de la liquidación de los activos del BNM se han utilizado para pagar \$84,08 millones de dólares estadounidenses de las obligaciones del BNM con sus antiguos depositantes y acreedores.⁵¹⁸ Sin embargo, aún quedan \$87,076 millones de dólares estadounidenses en obligaciones adeudadas.⁵¹⁹ Considerando que queda muy poco por vender, se puede asumir que los depositantes y acreedores del BNM han perdido una cantidad importante de dinero (más de \$ 80 millones de dólares estadounidenses) como resultado del colapso del BNM. Este resultado es consistente con los hallazgos de los auditores externos del

⁵¹³ Ver Términos y Condiciones de la Licitación Pública para la Selección de un Liquidador para el BNM, Sección IX [Anexo R-113].

⁵¹⁴ Ver Términos y Condiciones de la Licitación Pública para la Selección de un Liquidador para el BNM, Anexo No. 11, página 16 [Anexo R-113].

⁵¹⁵ Ver Memorial de Jurisdicción de la Demandada, numeral 102.

⁵¹⁶ Ver Primera declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 74 [Anexo RWS-001]; ver también Quinto Adendum al Contrato de Servicios entre la SBS y Define, Dirige and Soluciones en Procesamiento, 23 de enero, 2004 [Anexo R-097]; Sexto Adendum al Contrato de Servicios entre la SBS y Define, Dirige and Soluciones en Procesamiento, 01 de setiembre, 2004 [Anexo R-098]; Séptimo Adendum al Contrato de Servicios entre la SBS y Define, Dirige and Soluciones en Procesamiento, 3 de febrero, 2005 [Anexo R-099]; Octavo Quinto Adendum al Contrato de Servicios entre la SBS y Define, Dirige and Soluciones en Procesamiento, 10 de enero, 2006 [Anexo R-102].

⁵¹⁷ Ver Resolución SBS Dando Inicio al Proceso de Licitación Para el Nombramiento de Liquidador de BNM, Resolución SBS No. 534-2009, 2 de febrero, 2009 [Anexo R-107]; ver también Contrato de Locación de Servicios entre la SBS y Yuri Martínez Piérola, 4 de febrero, 2009 [Anexo R-108].

⁵¹⁸ Ver BNM en liquidación, Datos sobre pagos 2003–2011, 9 de diciembre 2011, página 1 [Anexo R-213].

⁵¹⁹ Ver BNM en liquidación, Datos sobre pagos 2003–2011, 9 de diciembre 2011, página 3 [Anexo R-213].

BNM los cuales indican que, al 31 de diciembre de 2000, los pasivos del BNM superaron significativamente sus activos.

253. Las informaciones del liquidador también revelan que varias empresas estatales concentran el 97% de las obligaciones pendientes de pago.⁵²⁰ Es decir, la Demandada ha perdido, aproximadamente, \$82 millones de dólares estadounidenses que fueron depositados o prestados al BNM por sus empresas estatales. Así como los accionistas del BNM jugaron un papel clave en el colapso del BNM, ellos también participaron en el menoscabo de las empresas estatales del Perú y, por consiguiente, de sus contribuyentes por el orden de \$82 millones de dólares estadounidenses. Por lo tanto, podría decirse que los accionistas del BNM son quienes deben pagar los daños y perjuicios a la Demandada por el daño ocasionado por sus acciones y el colapso subsiguiente del BNM.

254. La Demandante ha presentado varios alegatos imprecisos indicando que la Demandada no ha sabido administrar el proceso concursal, sin embargo la Demandante no señala las leyes o reglamentos que considera fueron violados por la Demandada. La Demandante tampoco ha demostrado por qué los ex accionistas del BNM creían que tenían derecho a participar en el proceso concursal. La SBS lleva a cabo un proceso de selección pública para elegir un liquidador independiente, cualificado, con el fin específico de asegurarse de que la liquidación se lleva a cabo de manera eficiente y justa. Sería incorrecto que los ex accionistas del banco tengan voz para definir cómo se dispondrá del resto de activos del banco, o sobre cómo se pagarán las obligaciones del banco.

255. La Demandante también ha acusado a la SBS de ocultar información sobre la liquidación del BNM, supuestamente con fines malignos no definidos.⁵²¹ Aun dejando de lado el hecho de que la Demandante no ha presentado base jurídica alguna sobre la cual se podría alegar que tiene derecho de acceder a los detalles de cada transacción realizada por el liquidador, sencillamente éste no es un caso donde la SBS esté ocultando información sobre sus acciones en la liquidación. Por el contrario, la SBS pone a disposición del público una cantidad considerable de información acerca de las liquidaciones bancarias. La SBS publica en su página Web los estados financieros de los bancos en liquidación con el fin de mostrar el avance de la liquidación

⁵²⁰ *Banco Nuevo Mundo en Liquidación*, Informe final de la SBS, 28 febrero, 2003, página 6 [Anexo R-199].

⁵²¹ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 613.

en la resolución de activos y pasivos del banco.⁵²² De hecho, varios de los documentos que la Demandante solicitó acerca de la liquidación del BNM durante la producción de documentos para su Memorial de Demanda estaban disponibles en la página Web de la SBS.⁵²³ Sin embargo, la Demandante ha seguido insistiendo en que la SBS ha ocultado información sobre la liquidación del BNM y no ha cooperado con sus solicitudes de documentos. Al respecto, la Demandada ha producido miles de páginas de información acerca de la intervención y liquidación del BNM para la Demandante y los accionistas del BNM.

256. La Demandante no puede argumentar que, de alguna manera, los accionistas del BNM fueron privados de cualquier valor residual remanente en el banco después de resarcir a los depositantes y acreedores. De acuerdo a la teoría, los accionistas estarían en línea para recibir el valor restante de la liquidación de un banco después que todas las demás obligaciones sean pagadas. En la realidad, sin embargo, esto casi nunca sucede. Y, particularmente, esto es improbable cuando los auditores externos del banco concluyen que los pasivos del banco exceden a sus activos por S/. 82 millones (\$ 23,295 millones de dólares americanos). Ambos señores, Clarke y Powell, observan que, en su amplia experiencia en la regulación de bancos, los accionistas de un banco fallido casi nunca reciben nada después de que el banco ha sido liquidado.⁵²⁴ Por lo tanto, era totalmente irreal que los accionistas del BNM esperaran recibir algo después de la liquidación del BNM.

F. Los accionistas del BNM han sometido durante una década al acoso jurídico y de reputación a la Demandada

257. Previo a la intervención y liquidación del BNM, y durante las mismas etapas, la SBS actuó de manera razonable, cumplió con la ley, e hizo lo necesario para proteger a los depositantes y acreedores del BNM, así como a la estabilidad del sistema financiero peruano. Si bien los accionistas del BNM pudieron estar molestos por el resultado de su inversión en el BNM, ellos son los culpables del deterioro de la situación del banco, no las autoridades bancarias

⁵²² SBS, Información en línea sobre Bancos en Liquidación: Nuevo Mundo en Liquidación, *disponible en* http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=1&JER=670 (última visita 26 de enero, 2012) [Anexo R-219].

⁵²³ Respuesta de la Demandada a la Solicitud de la Demandante en materia de producción de documentos suplementarios del 20 de junio de 2011, 28 de junio, 2011 [Anexo R-225].

⁵²⁴ Opinión del Experto Clarke, numeral 47 [Anexo RWS-010]; Opinión del Experto Powell, numeral 45 [Anexo RWS-011].

del Perú. Según ha demostrado la Demandada, los accionistas del BNM sabían que el banco estaba en una mala situación financiera e intencionalmente ocultaron esta información de la SBS y del público, y socavaron, de manera deliberada, la viabilidad del BNM al ayudar las empresas vinculadas a expensas del BNM. Y, sin embargo, los accionistas del BNM y la ahora Demandante se han empeñado en una feroz campaña de acoso y de abuso de procesos que ha dañado tanto la reputación de la Demandada como, potencialmente, su eficacia para manejar futuras crisis financieras. Esta campaña ha implicado la presentación de numerosos expedientes judiciales a nivel nacional, un espiral de demandas por daños y perjuicios, así como una campaña de prensa que difundió acusaciones infundadas de conspiración, corrupción y malas prácticas por parte de la Demandada.

258. Desde julio de 2001, Nuevo Mundo Holding ("NMH"), el principal accionista del BNM, ha entablado una media docena de juicios contra la SBS, el MEF y funcionarios públicos (incluyendo una acción presentada en el Distrito del Sur de Nueva York contra el Sr. Cortavarría). NMH también tuvo que ver con inicio de dos investigaciones del Congreso y participó en una campaña de prensa agresiva para difamar a los funcionarios de la SBS y del MEF por sus labores en la intervención del BNM. A lo largo de estos múltiples procesos judiciales a nivel nacional, los tribunales han respaldado las acciones de la SBS de manera consistente. Sin embargo, a pesar de recibir una opinión sobre el fondo de las demandas de NMH, NMH ha continuado presentando nuevas demandas. El siguiente cuadro resume la larga historia investigaciones y litigios entablados a nivel nacional por los accionistas del BNM en esta controversia:

Fecha de presentación	Demanda y Tribunal	Resultado	Resolución de la Apelación

2 de julio de 2001	Demanda civil presentada ante el 26 ^o Juzgado Civil de Lima solicitando la anulación de los actos administrativos realizados por la SBS durante la intervención y una reparación por daños de \$ 280 millones de dólares estadounidenses.	El Juzgado emitió una medida cautelar donde se ordena la sustitución de los interventores de la SBS por los administradores judiciales a partir del 21 de julio de 2001; en agosto de 2001, el Juzgado revocó la medida cautelar y, finalmente, <i>desestimó la demanda de NMH</i> . ⁵²⁵	La Corte Suprema desestimó pronunciarse sobre la resolución de primera instancia.
17 de julio de 2001	Acción de amparo presentada ante el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público solicitando la anulación de la Resolución de la SBS No. 509-2001 y todos los actos administrativos referentes a la determinación del patrimonio de BNM.	El Juzgado se pronunció sobre el fondo de las acciones de la SBS y confirmó la autoridad de la SBS para determinar el valor real del patrimonio del BNM. Sin embargo, el Juzgado encontró que la Resolución fue prematura porque el proceso de liquidación aún no había concluido. ⁵²⁶	La 3a Sala del Juzgado Superior de Lima acogió la resolución de primera instancia que indicaba que la Resolución fue prematura, y por lo tanto, inaplicable. Asimismo, empero, también reafirmó la autoridad de la SBS para proceder con la liquidación del BNM y disponer de sus activos. ⁵²⁷
2 de octubre de 2001	Investigación dirigida por el Sub Comité de Economía del Congreso	Informe final; sin acciones posteriores	N/A

⁵²⁵ Banco Nuevo Mundo en Liquidación, Informe final de la SBS, 28 de febrero, 2003, página 2 [R-199].

⁵²⁶ 63er Juzgado Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 23 de octubre, 2002, Argumento 15to, página 12 [Anexo R-093].

⁵²⁷ Sala Tercera de la Corte Superior de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 11 de agosto, 2003, páginas 2-3 [Anexo R-096].

13 de noviembre de 2001	Recurso de anulación de la Resolución de la SBS No. 775-2001 (liquidación del BNM) ante la Sala Civil de la Corte Suprema	La Corte se pronunció sobre el fondo de las demandas de NMH y <i>desestimó el recurso basándose en que la Resolución de la SBS No. 775-2001 era legal, que las acciones de la SBS eran legales, y que no existía ninguna conspiración del gobierno para eliminar los bancos pequeños.</i> ⁵²⁸	La Sala Constitucional de la Corte Suprema <i>reafirmó</i> la resolución de primera instancia. ⁵²⁹
25 de junio de 2002 ⁵³⁰	Recurso penal entablado por Jacques Levy contra Luis Cortavarria en su calidad de Superintendente de la SBS	El Procurador General desestimó el recurso <i>por estar infundado.</i> ⁵³¹	N/A
27 de enero de 2003	Recurso civil entablado contra Luis Cortavarria ante una Corte del Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos.	El Tribunal <i>desestimó el caso</i> por falta de jurisdicción. ⁵³²	Sin apelación
25 de setiembre de 2003	Investigación conducida por el Comité Supervisor del Congreso	Informe final; la SBS entregó la información al Comité ⁵³³ y respondió al Informe, ⁵³⁴ sin acciones posteriores.	N/A

⁵²⁸ Sala Civil de la Corte Suprema, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 11 de noviembre, 2005 [Anexo R-101].

⁵²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 11 de octubre, 2006 [Anexo R-104].

⁵³⁰ La denuncia penal fue desestimada el 25 de junio, 2002. No se conoce la fecha de la presentación de la denuncia penal.

⁵³¹ Resolución Desestimando la Demanda Penal contra Luis Cortavarria, 25 de junio, 2002 [Anexo R-193].

⁵³² *Nuevo Mundo Holding, y otros, contra Arthur Andersen, y otros*, Caso N° 03 CV 00613, S.D.N.Y., Registro de actuaciones del tribunal N° 53, 9 de diciembre, 2004 [Anexo R-204].

⁵³³ Carta de la SBS al congresista Javier Velásquez Quesquen en relación con solicitud de información, Oficio N° 18610-2003-SBS, 2 de octubre, 2003 (“Carta de la SBS al congresista Javier Velásquez en relación con solicitud de información”) [Anexo R-200].

⁵³⁴ Carta de la SBS al congresista Javier Velásquez Quesquen en relación con la conclusión del grupo de trabajo, Oficio N° 19290-2004-SBS, 29 de setiembre, 2004 (“Carta de la SBS al congresista Javier Velásquez en relación con la conclusión del grupo de trabajo”) [Anexo R-203].

24 de enero de 2005	Recurso por Daños y Perjuicios contra la SBS por el orden de US \$500 millones presentado ante el 6° Juzgado Civil de Lima	El Tribunal <i>desestimó el recurso sobre la base de que NMH no demostró los daños y las acciones de la SBS fueron legales.</i> ⁵³⁵	Sin apelación
20 de octubre de 2009	Acción de Habeas Data para solicitar información de la SBS ante el 14° Juzgado Civil de Lima	La primera decisión de la Acción de Habeas Data (a favor de NMH) fue anulada por la Tercera Sala del Juzgado Civil. ⁵³⁶ En la devolución del expediente, el tribunal de primera instancia desestimó el recurso.	La corte superior <i>confirmó la decisión de desestimación de la primera instancia.</i> NMH presentó una apelación ante la Corte Constitucional. El recurso aún está pendiente.
2 de febrero de 2009	Recurso por Daños y Perjuicios por S/. 43.3 millones presentado ante el 24 ^{to} Juzgado Civil de Lima	El Tribunal <i>desestimó el recurso por prescripción.</i> ⁵³⁷	Sin apelación

259. Por lo tanto, del cuadro anterior se desprende que los accionistas del BNM han hostigado a la Demandada y a sus funcionarios con demandas y han sometido a la SBS a múltiples investigaciones desde la quiebra del banco. Los accionistas del BNM también han declarado tener daños y perjuicios por montos que varían ampliamente: desde S/. 43.3 millones (\$13.6 millones de dólares americanos),⁵³⁸ \$280 millones de dólares americanos, \$500 millones de dólares americanos, y ahora en este arbitraje, cerca de \$7 mil millones de dólares americanos. Empero, en ningún momento los accionistas del BNM han tenido éxito en sustentar su caso donde alegan que las acciones de la SBS fueron ilegales, arbitrarias, o parte de una conspiración del gobierno en contra de los bancos pequeños.

⁵³⁵ 6to Juzgado Civil de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS & Ministerio de Economía y Finanzas*, 31 de enero, 2007 [Anexo R-105].

⁵³⁶ Tercera Sala Civil, *Corte Superior de Justicia de Lima, Nuevo Mundo Holding v. SBS*, Acción de Habeas Data, 7 de diciembre 7, 2010 [R-242].

⁵³⁷ 24ta Juzgado Civil de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 13 de julio, 2010 [Anexo R-209].

⁵³⁸ El tipo de cambio utilizado para los cálculos en dólares de los Estados Unidos es el que estaba vigente en enero de 2009, S/. 3.174 nuevos soles por 1 dólar de US. Ver Tasas de Cambio publicadas por la SBS [Anexo R-095].

260. Por lo menos en tres ocasiones, los juzgados del Perú examinaron las demandas de NMH sobre el fondo y concluyeron que las acciones de la SBS fueron legales y no ocasionaron ningún daño o perjuicio a los accionistas del BNM. Por lo tanto, la Demandante se equivoca al sugerir que el sistema judicial peruano privó a los accionistas del BNM de un espacio donde se pudiera solicitar la revisión de las acciones de la SBS y sus decisiones administrativas sobre el fondo. Los accionistas del BNM han tenido pleno acceso al sistema judicial del Perú, y han elegido abusar de dicho acceso al someter a la Demandada a muchas demandas frívolas.

261. En su Memorial de Demanda, la Demandante se refiere con frecuencia a dos investigaciones del Congreso y a las conclusiones contenidas en los informes de los respectivos subcomités. Sin embargo, la Demandante nunca menciona que la SBS presentó un informe respondiéndole a uno de los subcomités y explicándole los diferentes problemas y errores en las conclusiones del subcomité.⁵³⁹ La Demandante tampoco menciona que nada resultó de las investigaciones y que los informes finales no tenían ningún efecto legal. La SBS no estaba en la obligación de realizar acción alguna con respecto a las conclusiones de los subcomités del Congreso y, no es de sorprender, que declinara tomar acciones respecto de los reportes que la SBS consideró estaban sustentados en errores fácticos.⁵⁴⁰ Por lo tanto, la Demandante se centra en una cantidad considerable de informes que no tienen consecuencia jurídica alguna. Igualmente, la Demandante no menciona ostensiblemente que los juzgados del Perú, que examinaron las mismas cuestiones investigadas por los sub-comités del Congreso, rechazaron las acusaciones de los accionistas del BNM por no estar sustentadas.

262. La Demandante se queja en diferentes partes del documento porque la SBS no proporcionó la información solicitada por los subcomités del Congreso durante sus investigaciones. Este no es el caso. De acuerdo con el Sr. Mogrovejo, la SBS respondió a todas las solicitudes de documentos del Congreso en la medida en que los documentos estaban disponibles y proporcionó miles de páginas de información para los sub-comités.⁵⁴¹ La SBS

⁵³⁹ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 88 [Anexo RWS-007].

⁵⁴⁰ Ver Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 88 [Anexo RWS-007].

⁵⁴¹ Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 87 [Anexo RWS-007].

también participó en los procesos de investigación dando testimonio, proporcionando la información solicitada, y haciendo el seguimiento con un informe de respuesta.⁵⁴²

263. El acoso de los accionistas del BNM contra las autoridades peruanas a través de procesos legislativos ni siquiera se ha limitado al Perú. La Demandante ha adoptado cada una de sus diferentes nacionalidades con el fin de tener acceso a más foros para continuar con el acoso a la parte Demandada. Así como la Demandante se ha presentado ante este arbitraje manifestando ser una inversionista francés, en otros se ha identificado como inversionista estadounidense en el Perú.⁵⁴³ Es claro que lo hizo con el propósito de poner en marcha una campaña de cabildeo en los Estados Unidos para tratar de dañar la imagen internacional de Perú. Censurando el tratamiento que el Perú le daba como inversionista estadounidense en otros proyectos de la familia Levy, la Demandante presionó a los miembros del Congreso de los US para que amenazaran con bloquear la aprobación estadounidense del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Perú.⁵⁴⁴ Por lo tanto, la Demandante ha reivindicado sus múltiples nacionalidades y las ha utilizado de manera oportunista para atacar la reputación del Perú de ser un país donde se cumplen las leyes y un destino atractivo para la inversión extranjera. Y, en su campaña de cabildeo en los US, incluso trató de interferir en las relaciones comerciales y de inversión del Perú con uno de sus principales socios comerciales y una de las economías más importantes del mundo.

264. Tal vez la forma más agresiva de acoso por parte de los accionistas del BNM ha sido en la forma de acusaciones públicas de corrupción, conspiración, y mala conducta formuladas por éstos y, en particular, el Sr. Levy - quien ha publicado recientemente un libro completo sobre el BNM titulado “El robo al Banco Nuevo Mundo: La verdad sobre la persecución a la familia Levy.” En su portada, el libro ofrece una buena idea de su contenido difamatorio:

⁵⁴²Segunda declaración testimonial de Mogrovejo, numeral 87 [Anexo RWS-007]; Carta de la SBS al congresista Javier Velásquez Quesquen en relación con solicitud de información [Anexo R-200]; Carta de la SBS al congresista Javier Velásquez Quesquen en relación con la conclusión del grupo de trabajo [Anexo R-203].

⁵⁴³ Compare Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 1, y Jim Snyder, Jim Snyder, “Members seek information on Peruvian land dispute” [Miembros buscan información sobre disputa territorial en el Perú], *The Hill*, 31 de julio 31, 2008 [Anexo R-150].

⁵⁴⁴ Jim Snyder, Jim Snyder, “Members seek information on Peruvian land dispute” [Miembros buscan información sobre disputa territorial en el Perú], *The Hill*, 31 de julio, 2008 [Anexo R-150].

¿Es posible robar un banco en el Perú y ocultar las pruebas durante una década? ¿Quiénes fueron, y son, estos poderosos para quienes el dinero lo es todo y la ley no existe? ¿Dónde quedaron los cientos de millones de dólares de la liquidación de los activos, que de aparecer podrían generar a una hecatombe financiera nacional?⁵⁴⁵

265. Según el Sr. Levy, las diversas autoridades y funcionarios peruanos conspiraron para atacar al BNM, y “poner una pistola en la cabeza [del BNM] e iniciaron un conteo regresivo” para la intervención del BNM.⁵⁴⁶ Él indica que las acciones de la SBS son “anómalas, ilegales y perjudiciales para el BNM.”⁵⁴⁷ También afirma que la familia Levy era “psicológicamente torturada e intimidada ante el tribunal” y personalmente perseguidos por el Estado Peruano, en todos los niveles y en todos los poderes del gobierno.⁵⁴⁸

266. En repetidas oportunidades, la retórica dañina del Sr. Levy se hizo de un espacio en la prensa del Perú, diferentes portales de la Web, incluso ha sido transmitida por la televisión. El Sr. Levy también ha publicado extractos de su libro en un periódico. Ante la prensa peruana, él ha afirmado que la intervención del BNM fue un plan urdido durante la dictadura de Fujimori y Montesinos para la ganancia financiera personal de los funcionarios.⁵⁴⁹ En varias entrevistas de televisión, ha acusado al gobierno de actuar en connivencia con intereses privados para encubrir el verdadero valor del BNM como parte de un plan para vender la cartera a los bancos que se les imputa haber participado en la conspiración alegada, para luego compartir las ganancias financieras.⁵⁵⁰ El Sr. Levy ha acusado públicamente al gobierno y a ciertos funcionarios gubernamentales en particular de permitir el “terrorismo financiero”; realizar negociaciones subrepticias para eliminar los bancos pequeños; llevar a cabo venganzas personales contra la

⁵⁴⁵ Jacques Levy, EL ROBO DEL BANCO NUEVO MUNDO: LA VERDAD SOBRE LA PERSECUCIÓN A LA FAMILIA LEVY, Caratula [Anexo R-210].

⁵⁴⁶ Jacques Levy, EL ROBO DEL BANCO NUEVO MUNDO: LA VERDAD SOBRE LA PERSECUCIÓN A LA FAMILIA LEVY, página 63 [Anexo R-210].

⁵⁴⁷ Jacques Levy, EL ROBO DEL BANCO NUEVO MUNDO: LA VERDAD SOBRE LA PERSECUCIÓN A LA FAMILIA LEVY, páginas 61-62 [Anexo R-210].

⁵⁴⁸ Jacques Levy, EL ROBO DEL BANCO NUEVO MUNDO: LA VERDAD SOBRE LA PERSECUCIÓN A LA FAMILIA LEVY, página 125 [Anexo R-210].

⁵⁴⁹ “SBS’s Blatant Disregard in BNM’s Caso” [SBS en desacato flagrante sobre Banco Nuevo Mundo], *La Primera*, 18 de diciembre, 2010 [Anexo R-237].

⁵⁵⁰ Radio Programas del Peru, Entrevista con Jacques Levy, 30 de abril, 2010, <http://www.youtube.com/watch?v=6uOLEfAw7CM&feature=related> (ultima visita 24 de enero, 2012) [Anexo R 217].

familia Levy; y, robarle el banco a los Levy.⁵⁵¹ Parece claro, por la extensión de los ataques a través de una vasta gama de medios de comunicación, que el objetivo expreso del Sr. Levy es difundir su historia y atacar a las autoridades peruanas en cada oportunidad.

267. El daño causado al Perú por el acoso de los accionistas del BNM, y ahora continuado por la Demandante, ha sido significativo. Los accionistas del BNM han socavado la credibilidad del gobierno para manejar la crisis financiera y, en particular, han potencialmente minado la confianza depositada por el público en las importantes medidas cautelares que fueron adoptadas por los entes reguladores del Perú para mantener la seguridad y solidez del sistema bancario. También, los accionistas de BNM han dañado la imagen pública de los actuales y antiguos funcionarios de la SBS.

268. Este acoso y difamación ha continuado en el presente arbitraje. El cargo de conspiración aparece a lo largo Memorial de la Demandante, quien insinúa que la Demandada comenzó los rumores por correo electrónico acerca de los problemas financieros del BNM que, según alega la Demandante, contribuyeron al fracaso del BNM;⁵⁵² acusa a la Demandada de planear un “encuentro exclusivo” con los bancos del Perú para proponer la adquisición de los bancos pequeños;⁵⁵³ y, acusa al presidente de Perú y al Congreso de ejercer presión política en la Corte Suprema de Justicia, que debía pronunciarse sobre una demanda entablada por los accionistas del BNM, e interferir con el resultado.⁵⁵⁴ Evidentemente, los argumentos de la Demandante en virtud del TBI Francia-Perú es simplemente otra fase del abuso del proceso legal por parte los accionistas del BNM.

G. Conclusión

269. En conclusión, el BNM estaba en una situación financiera terrible en el año 2000. En junio de 2000, y es posible que incluso antes de dicha fecha, el banco estaba insolvente. Los directores del BNM trataron de ocultar de la SBS y del público la mala situación por la que el banco atravesaba, y complicaron aún más la situación del BNM al participar en auto-

⁵⁵¹ *Ver en general* Jacques Levy, EL ROBO DEL BANCO NUEVO MUNDO: LA VERDAD SOBRE LA PERSECUCIÓN A LA FAMILIA LEVY [Anexo R-210].

⁵⁵² Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 283.

⁵⁵³ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 313.

⁵⁵⁴ Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 471.

financiaciones. Sin embargo, las autoridades peruanas no escatimaron esfuerzos, ofrecieron varias formas de indulgencia e incluso asistencia directa, para tratar de ayudar al BNM. Sencillamente, la Demandada no fue la causante del colapso del BNM. En todo momento, la Demandada ha cumplido con la ley en la intervención y liquidación del BNM. A pesar de ello, la Demandada ha tenido que sufrir una década de acoso jurídico y de reputación, así como de abusos ocasionados por la Demandante y los ex accionistas del BNM.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

270. La Demandante alega que los actos y omisiones de la Demandada frente al BNM y a sus ex accionistas dan pie a una larga y amplia retahíla de violaciones al TBI. Por otro lado, la Demandante no logra establecer con claridad los elementos jurídicos de cada presunto incumplimiento o, en muchos casos, explicar cómo las supuestas acciones de la Demandada no han estado a la altura de la norma aplicable. Por lo tanto, con el fin de responder a cada argumento, la Demandada organizó las acusaciones hechas en su contra por categorías que van desde el trato justo y equitativo, trato nacional y expropiación; y, para cada obligación del tratado, expone su comprensión de la prueba legal necesaria para establecer una violación.

271. Sin embargo, la Demandada no cree que la interpretación de sus obligaciones en virtud del tratado será determinante de los temas expuestos en este arbitraje. Independientemente de cómo el Tribunal interprete cada norma jurídica, bien sea de manera estrecha o amplia, las alegaciones de la Demandante son tan carentes de fondo y de una base fáctica que todas y cada una de éstas resultarán a favor de la Demandada. El Tribunal no tiene que estar de acuerdo con las interpretaciones legales de la Demandada para constatar que en todo momento ha actuado de manera consistente con sus obligaciones.

272. Por otra parte, la Demandada ha objetado la competencia del Tribunal sobre los argumentos de la Demandante basándose en (i) la Demandante no era un inversionista protegido en el momento en que se llevaron a cabo los hechos en cuestión; (ii) la Demandante no es propietaria de una inversión bajo las definiciones del TBI Perú-Francia; y, (iii) la Demandante no tiene una inversión en virtud de las definiciones del artículo 25° del Convenio del CIADI.⁵⁵⁵ Para evitar cualquier duda, la Demandada afirma que sostiene, en su totalidad, las objeciones

⁵⁵⁵ Ver Memorial de Jurisdicción de la Demandada, numerales 117-68.

sobre la competencia mencionadas en su Memorial de Jurisdicción del 25 de agosto 2005, a pesar de haberse centrado en este Contra Memorial contra sobre el fondo de la controversia.

273. Sin embargo, la Demandada señala que sus objeciones a la competencia se ven reforzadas por el hecho de que ninguna de las alegaciones de la Demandante plasmadas en su Memorial de los Méritos se refieren a cualquier acto u omisión de la Demandada frente a la Demandante, Sra. Renée Rose Levy de Levi. La Demandante habla exclusivamente del tratamiento dado a los ex accionistas del BNM y al BNM (donde *no* está incluida la Demandante) en cada momento correspondiente de los hechos. La Demandada en este Contra Memorial ha respondido a las alegaciones de la Demandante (es decir, centrándose en el BNM y sus antiguos socios), sin embargo la Demandada desea que quede claro que, al hacerlo, no retracta su objeción fundamental que la Demandante no tenía ninguna inversión y, de hecho, no desempeñó ningún papel, en el BNM en dicho momento.

A. EL TRIBUNAL DEBE ADOPTAR UN ENFOQUE DEFERENTE EN SU EVALUACIÓN, SIN CUESTIONAR LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULATORIAS DEL PERÚ

274. En su Memorial de Jurisdicción, la Demandada también objetó la admisibilidad de los argumentos de la Demandante basándose en que la Demandante está solicitando al Tribunal que dude de las medidas financieras prudenciales del Perú lo cual, de manera inadmisibile, violentaría la discreción del regulador bancario del Perú para tomar las acciones necesarias en medio de una crisis financiera y haría que el CIADI juzgue los méritos y la validez de las leyes bancarias nacionales.⁵⁵⁶ Para evitar dudas, la Demandada afirma sus objeciones a la admisibilidad. Sin embargo, por las razones que se discutirán en esta Sección, aun cuando el Tribunal decida que tiene competencia y afirme que los argumentos de la Demandante son admisibles, la cuestión de violentar la discreción que tiene el Perú para participar en la regulación y supervisión prudente de su sistema financiero también es relevante para la consideración de fondo del Tribunal sobre los argumentos de la Demandante.

275. La Demandada ha actuado de conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales en lo que se refiere a cada cuestión planteada en este arbitraje. Sin embargo, el Tribunal no necesita realizar una revisión exhaustiva de cada una de las alegaciones de la Demandante con el fin de llegar a la misma conclusión. Dadas las circunstancias de este caso,

⁵⁵⁶ Ver Memorial de Jurisdicción de la Demandada, numerales 162-66.

sería más apropiado que el Tribunal aplique un enfoque deferencial en su revisión de los actos impugnados y omisiones de las autoridades bancarias del Perú.

276. En este caso, es apropiado utilizar un enfoque diferenciado dado que el objeto del arbitraje son las medidas prudenciales adoptadas por la Demandada para prevenir y responder ante una crisis financiera. Según ha demostrado la Demandada, la mayoría de los hechos centrales de este caso surgen por las acciones ordenadas por la Ley General de Banca del Perú, o aquellas expresamente contempladas en la misma. En un régimen de regulación general, la legislación bancaria fue diseñada para proteger a los depositantes y preservar la estabilidad del sector financiero. Otros alegatos se refieren a las medidas prudenciales que fueron adoptadas para prevenir y, más tarde, mitigar los efectos de una crisis financiera. En un escenario donde el peso mexicano entró en crisis, en 1994, y la crisis financiera asiática de 1997-99,⁵⁵⁷ cualquier soberano prudente llevaría a cabo sus medidas regulatorias preventivas y las reforzaría.

277. Un análisis de regulaciones financieras nacionales demuestra que los Estados conocen el derecho internacional, incluyendo sus obligaciones emanadas de los tratados de inversión, para permitir medidas como las tomadas por la Demandada. Como el Sr. Clarke y el Sr. Powell explicaron en sus opiniones de experto que las acciones de los entes reguladores bancarios del Perú, en este caso, y el marco legal bajo el cual operaban eran totalmente coherentes con las mejores prácticas internacionales de supervisión bancaria y, si en algún momento, cualquiera de las acciones realizadas por Perú se apartaron de dichas mejores prácticas, lo hicieron hacia ser muy indulgentes o generosos con el BNM y sus accionistas.⁵⁵⁸ Por el contrario, la Demandante no ha demostrado, ni siquiera sugerido, que existe una práctica generalizada de los estados - y mucho menos una *opinio juris* - que indique que los reguladores bancarios deben abstenerse de cualquiera de los tipos de medidas adoptadas por las autoridades del Perú en este caso. Es poco probable, si no imposible, que cada una de las principales economías mundiales hayan establecido regímenes regulatorios financieros incompatibles con sus obligaciones consuetudinarias o aquellas adquiridas en virtud de los tratados.

⁵⁵⁷ O, con mayor precisión, una crisis financiera mundial con énfasis en mercados emergentes. Ver en general Fondo Monetario Internacional, *WORLD ECONOMIC OUTLOOK* [PERSPECTIVA ECONÓMICA MUNDIAL], octubre, 2008 [Anexo R-238].

⁵⁵⁸ Opinión del Experto Powell, numeral 16 [Anexo RWS-101]; Opinión del Experto Clarke, numeral 9 [Anexo RWS-010].

278. Estos estados incluyen, por supuesto, a la otra parte de este TBI en particular, Francia, cuyas leyes también prevén la administración y la liquidación gubernamental de los bancos cuando, entre otras condiciones, éstos son incapaces de cumplir con sus pasivos corrientes.⁵⁵⁹ El hecho de que las leyes de ambas partes estipulen medidas similares para prevenir y responder ante la inestabilidad financiera y supervisar las instituciones bancarias indica una intención compartida de no prohibir tales regímenes de regulación financiera, ni impedir medidas fuertes y decisivas en respuesta a situaciones financieras extraordinarias. De este modo, el Tratado no debe interpretarse o aplicarse en contradicción con esa intención.

279. Esta conclusión encuentra su eco en las conclusiones de los anteriores tribunales inversionista-Estado, que otorgaron deferencia cuando revisaron las medidas cautelares financieras, incluso cuando tales medidas eran mucho menos defendibles que las realizadas por los reguladores bancarios de la Demandada en este caso. En *Genin*, incluso después de encontrar que ciertos procedimientos seguidos por las autoridades financieras de Estonia eran *contrarios* a las prácticas bancarias y regulatorias aceptadas, el tribunal llegó a la conclusión de que las acciones del regulador simplemente “invitar(on) a la crítica,” pero “no () llegaron al nivel de una violación de cualquiera de las disposiciones del TBI.”⁵⁶⁰ Como parte de esta conclusión, el tribunal de *Genin* consideró que las circunstancias políticas y económicas prevalecientes proporcionaron una medida de justificación.⁵⁶¹

280. Del mismo modo, en los casos de *Enron* y de *Waste Management II* los tribunales consideraron que las circunstancias de una crisis financiera eran relevantes para concluir que los Estados demandados en dichos casos no habían actuado de manera arbitraria, ni violado el nivel mínimo de trato, respectivamente.⁵⁶² El tribunal en el caso de *National Grid* explicó claramente:

⁵⁵⁹ Ver Extracto del Código Monetario y Bancario (Francia), Arts. L613-21, -22, -26 [Anexo R-239].

⁵⁶⁰ *Genin, Eastern Credit Ltd. Inc. y AS Baltoil v. Republica de Estonia*, CIADI Caso No. ARB 99/2, Laudo, 25 de junio, 2001, (“*Genin*”), numeral 365.

⁵⁶¹ Ver *Genin*, numeral 370.

⁵⁶² Ver *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. la Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/3, Laudo, 22 mayo 22, 2007 (“*Enron*”), numeral 281; *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril, 2004 (“*Waste Management II*”), numeral 115.

“Aquello que sería lo injusto e inequitativo en circunstancias normales no puede ser igual en una situación de crisis económica y social.” ⁵⁶³

281. En el caso *Olguín* el tribunal fue más allá denunciando como negligente el fracaso de Paraguay de “monitorear, supervisar o controlar a los agentes del mercado financiero de su país” de manera adecuada - específicamente, el fracaso de las autoridades estatales para detectar, detener y sancionar a los gerentes bancarios por las conductas irregulares que llevaron al banco a la insolvencia durante la crisis financiera.” ⁵⁶⁴ El tribunal también señaló que establecer “reglas estrictas que impongan sanciones económicas a los Estados que no logren seguir de cerca a sus entidades financieras es deseable.” ⁵⁶⁵ Si los entes reguladores bancarios del Perú se hubieran abstenido de actuar ante deterioro financiero del BNM, que es lo que aparentemente la Demandante cree se debió hacer, entonces el tribunal de *Olguín* hubiera podido encontrar los antecedentes para la crítica. Pero, por el contrario, cuando las autoridades han llevado a cabo sus responsabilidades de supervisión con diligencia y han tomado las medidas cautelares de buena fe para hacer frente a una crisis financiera, dicho cuestionamiento no es adecuado.

282. La importancia de aplicar un enfoque deferencial en este caso es destacada por la naturaleza de las alegaciones de la Demandante. Por ejemplo, la Demandante objeta las dos inspecciones a las que fue sometido el BNM, y alega que la duración de la visita anual de inspección de la SBS al BNM, por 60 días – de julio a agosto de 2000 – constituía un acto de coacción. ⁵⁶⁶ Por lo tanto, en esencia, la Demandante alega que el TBI requiere que la SBS tomara menos tiempo que el tiempo que ésta consideraba necesario para llevar a cabo la inspección y que se abstenga de realizar exanimaciones adicionales, incluso si la SBS las consideraba necesarias. Incluso si se tomase en serio este argumento (lo cual no puede ser, dada la envergadura y magnitud de los intentos del BNM para esconder su verdadera situación financiera), un tribunal arbitral no estaría en condiciones de emitir un juicio sobre la duración o frecuencia adecuada de las inspecciones. No está claro cómo un tribunal juzgaría la determinación de la SBS: que era necesario inspeccionar al BNM a fondo en el año 2000; o la

⁵⁶³ *National Grid plc v. la Republica de Argentina*, UNCITRAL, Laudo, 3 de noviembre, 2008 (“*National Grid*”), numeral 180.

⁵⁶⁴ *Olguín v. Paraguay*, CIADI Caso No. ARB/98/5, Laudo, 26 de julio, 2001 (“*Olguín*”), numerales 69-70 (traducción libre).

⁵⁶⁵ *Olguín*, numeral 74.

⁵⁶⁶ Ver Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numerales 290-95, 618.

decisión de la SBS de poner sus responsabilidades de supervisión por encima de las preocupaciones del BNM en lo que respecta a sus relaciones públicas. La Demandante también alega que el BCR debería haber otorgado un préstamo al BNM por \$10 millones de dólares americanos justo antes de la intervención del BNM a pesar de que las garantías del BNM eran tan sólo por un valor de \$ 1,2 millones de dólares americanos. Para hacer frente a este argumento, un tribunal podría encontrarse intentando evaluar las garantías del BNM al 5 de diciembre de 2000, y determinar si existía una posibilidad razonable de que el BNM podría pagar el préstamo del BCR.

283. Se solicita al Tribunal ponerse en los zapatos de la SBS y los demás organismos reguladores del Perú para decidir cómo habría actuado si fuera responsable de la estabilización del sistema financiero durante la crisis financiera del Perú. Por ejemplo, la Demandante alega que la promulgación de un beneficio gubernamental voluntario a disposición de todos con normas de elegibilidad objetivas - el Programa de Consolidación del Sistema Financiero - era parte de una conspiración deliberada con el fin de desestabilizar los bancos más pequeños.⁵⁶⁷ Sin embargo, la promulgación de este programa fue el resultado de una reflexión política del gobierno peruano sobre las medidas necesarias para limitar una crisis financiera y hacer frente a los riesgos que el sistema enfrentaba a causa de los bancos débiles al borde de la quiebra. El papel de un tribunal arbitral no debe ser cuestionar un juicio político. Por lo tanto, este Tribunal debería deferir a la buena fe de la Demandada las determinaciones sobre cuales medidas son más adecuadas para prevenir y responder ante la crisis financiera y el deterioro financiero del BNM.

284. Esta conclusión está sustentada porque es apropiado dar un enfoque deferente hacia las acciones de la Demandada que fueron tomadas en su capacidad soberana de ente regulador, de manera más general, las cuales requieren que el Tribunal pondere y concilie dos derechos básicos: el derecho de los inversionistas a un determinado tratamiento estipulado en el TBI y el derecho del Estado para regular en pos de objetivos políticos permisibles.⁵⁶⁸ Estos derechos fundamentales no entran en conflicto aquí porque las acciones regulatorias del Perú no atentan contra los derechos de la Demandante bajo el TBI. Sin embargo, si había tal conflicto, estos principios tienen que ser sopesados uno contra el otro, de modo que cada uno sea realizado

⁵⁶⁷ Ver Memorial de los Méritos presentado por la Demandante, numeral 318.

⁵⁶⁸ Ver William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor State Arbitration* [El litigio privado en la esfera del derecho público: la norma de revisión en el arbitraje entre inversionista y estado], 35 YALE J. INT'L L. 283, 294 (2010) [Anexo R-240].

en la mayor medida posible según las circunstancias. Esto es particularmente importante en el contexto del TBI, donde “sin lugar a dudas ambas partes del TBI contemplaron [p]reservar la capacidad mutua y continua de los gobiernos para regular en función del interés público, que puede bien ser una norma consuetudinaria del derecho internacional o un principio general del derecho. Por esa sola razón, [el derecho de regular] debe ser parte integral de la interpretación de todos los derechos sustantivos contemplados en un TBI.” ⁵⁶⁹

285. La relación entre el derecho que tiene un Estado de regular y el grado de deferencia que debe ser otorgado por un tribunal internacional fue indicado en el laudo del caso *S.D. Myers*, donde se explica que el derecho internacional confiere “un alto grado de deferencia” al “derecho de las autoridades nacionales para regular las cuestiones dentro de sus propias fronteras.” ⁵⁷⁰ De hecho, los elementos que constituyen una violación de cada obligación no-procesal del TBI deja espacio político para este derecho residual de regular.

286. En efecto, la jurisprudencia de los tribunales internacionales demuestra la aplicación del concepto de deferencia judicial. El uso de un “margen de discreción” deferencial con respecto de las decisiones de los estados en lo referente a la aplicación de las obligaciones de los derechos humanos dentro de su territorio es común tanto para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁷¹ Bajo la doctrina del margen de discreción, los Estados gozan de cierto grado de deferencia en la aplicación de sus obligaciones internacionales de derechos humanos dentro de sus contextos sociales nacionales. La Corte Internacional de Justicia también ha proporcionado un margen de discreción, aunque sin usar esa frase, en las decisiones sobre cómo un Estado lleva a cabo las obligaciones con los extranjeros dentro de su territorio. ⁵⁷² Esta forma de acuerdos de deferencia con el

⁵⁶⁹ José E. Alvarez y Tegan Brink, *Revisiting the Necessity Defense* [Revisión de la defensa de necesidad], *YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW & POLICY* [ANUARIO SOBRE DERECHO Y POLÍTICA DE INVERSIONES INTERNACIONALES] 2010-2011 319, 358 (2012) [Anexo R-244].

⁵⁷⁰ *S.D. Myers v. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo Parcial, 13 de noviembre, 2000 (“*S.D. Myers*, Laudo Parcial”), numeral 263.

⁵⁷¹ Ver, por ejemplo, *Broniowski v. Polonia*, 2004-V Eur. Ct. H.R. 1, Resolución, 22 de junio, 2004, numeral 149; Modificaciones propuestas a los Artículos sobre Naturalización de la Constitución de Costa Rica, Opinión Consultiva OC-4/84, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 4, 19 de enero, 1984, numeral 58.

⁵⁷² Ver Yuval Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* [¿Rumbo a un margen general de la doctrina de la valoración en el derecho internacional?], 16 EUR. J. INT’L L. 907, 935 (2006) (citando a *LaGrand (Germ. v. U.S.)*, 2001 I.C.J. 466, 514 (27 de junio); *Avena y otros ciudadanos mexicanos (Mex. v. U.S.)*, 2004 I.C.J. 12, 122 (31 de marzo)) [Anexo R-245].

reconocimiento del tribunal de tratado de inversión en *Total* que “[b]ajo el derecho internacional, los Estados gozan de un alto grado de flexibilidad en la regulación de sus asuntos internos.”⁵⁷³

La consistencia con la que los regímenes internacionales dan una deferencia a la autoridad reguladora de los Estados, al igual que los regímenes jurídicos nacionales otorgan deferencia a las decisiones de los organismos reguladores, demuestra que un enfoque de deferencia a la revisión del Tribunal de las acciones regulatorias del Perú - tales como la concesión de un margen de discreción - es apropiado en virtud de los principios del derecho internacional y, en particular, del TBI Perú-Francia.

287. Por último, las acciones de las autoridades reguladoras del Perú reflejó su experiencia en un campo altamente técnico y complejo de las finanzas. La naturaleza altamente especializada y técnica de las medidas de regulación es otra razón central para la deferencia judicial hacia los organismos administrativos y es una consideración igualmente adecuada en el contexto de una evaluación de un tribunal de tratado de inversión sobre las acciones de las autoridades reguladoras de un Estado. Este razonamiento fue expresado en los casos *Methanex* y *Chemtura*, donde ambos tribunales encontraron que no era su papel cuestionar los resultados científicos de los organismos regulatorios especializados nacionales.⁵⁷⁴ La misma lógica debería aplicarse al campo de banca y las finanzas, sobre todo cuando el peritaje del ente regulador tienen sustento a nivel internacional.⁵⁷⁵ En este sentido, las regulaciones bancarias del Perú reflejaron las mejores prácticas internacionales, según lo confirmado por los Sres. Clarke y Powell, así como fue reflejado en los *Principios Básicos para una Regulación Bancaria Efectiva* aprobada por el Comité de Basilea.⁵⁷⁶

⁵⁷³ *Total S.A. v. La Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre, 2010 (“*Total*”), numeral 115.

⁵⁷⁴ Ver *Chemtura Corp. v. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo, 2 de agosto, 2010 (“*Chemtura*”), numeral 134; *Methanex Corp. v. Estados Unidos*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo Firme, 3 de agosto, 2005 (“*Methanex*”), pt. 3, Cap. A, numeral 101.

⁵⁷⁵ Ver *Chemtura*, numeral 135 (considerando el apoyo internacional relevante a la deferencia mostrada a las decisiones del regulador).

⁵⁷⁶ Ver Opinión del Experto Powell, numeral 16 [Anexo RWS-011]; Opinión del Experto Clarke, numeral 9 [Anexo RWS-010]; ver también Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, *Core Principles for Effective Banking Regulation* [Principios fundamentales para una regulación bancaria eficaz], setiembre 1997, páginas 38-39 (“los supervisores bancarios deben tener a disposición medidas de supervisión adecuadas para tomar acciones correctivas oportunamente cuando un banco no cumpla con los requisitos prudenciales (como por ejemplo, ratios mínimos de adecuación de capital), cuando existan incumplimientos a las regulaciones o en casos los depositantes se vean amenazados de cualquier forma. En casos extremos, ello debe incluir la facultad para revocar la licencia de banco. . . . [E]l supervisor deberá tener la facultad de cerrar o

B. EN TODO MOMENTO PERÚ LE DIO A LOS EX ACCIONISTAS DEL BNM UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL

288. Incluso si el Tribunal tuviera que examinar cada uno de los muchos argumentos de la Demandante, sería evidente que la Demandada no ha violado ninguno de los derechos de La Demandante bajo el TBI. La Demandante primero alega que el Perú violó su obligación de dar un trato justo y equitativo según Artículo 3º del TBI, que establece que "[c]ada una de las Partes Contratantes se compromete a asegurar . . . trato justo y equitativo, conforme a los principios del derecho internacional, para inversiones de nacionales y las empresas de la otra Parte Contratante"⁵⁷⁷ Alegato de La Demandante es erróneo. Como se detallará más adelante, ninguno de los actos u omisiones de la Demandada que ella identifica conforman una violación de esta norma.

289. La Demandante articula una larga lista de elementos que ésta alega forman el contenido de la norma de trato justo y equitativo. Sin embargo, e incluso asumiendo que su argumentación de que todos estos elementos están de hecho subsumidos en la norma del trato justo y equitativo, La Demandante no logra demostrar que la Demandada ha actuado de forma incompatible con cualquiera de estos elementos. Las alegaciones de La Demandante describen una conducta que, aunque fuera cierto, no viola las obligaciones de la Demandada, o reflejan afirmaciones extravagantes y cuya falsedad puede ser sustentada, o ambas cosas. Como se mencionó anteriormente, mientras que la Demandada expone su entendimiento de la obligación de trato justo y equitativo, las alegaciones de La Demandante fallan a pesar de la norma específica aplicada.

290. El estándar de trato justo y equitativo no es fácil de violar. Las decisiones de los tribunales inversionista-Estado demuestran que el límite para establecer una violación de una norma de trato justo y equitativo es uno "muy alto."⁵⁷⁸ La violación de la obligación de trato justo y equitativo ocurre cuando se ha demostrado que el "trato injusto o arbitrario . . . llega a

colaborar en el cierre de bancos no saludables con el fin de proteger la estabilidad general del sistema bancario.") [Anexo R-246].

⁵⁷⁷ Contrato entre el Gobierno de la Republica del Peru y el Gobierno de la Republica Francesa para la Promoción de Inversiones Reciprocas, 6 de octubre, 1993 ("TBI Peru-Francia"), Art. 3 [Anexo R-019].

⁵⁷⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, CIADI Caso No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio, 2008 ("*Biwater*"), numeral 597.

[un] nivel que resulta inaceptable desde la perspectiva internacional.”⁵⁷⁹ Así como lo advirtiera el tribunal del caso *Eastern Sugar*, salvo que los tribunales insistan en dicha norma internacional de alto nivel, “todos los aspectos de cualquier legislación de un Estado miembro o la aplicación de la misma podrían ser llevados ante un tribunal internacional de arbitraje bajo el pretexto de una violación del Tratado. Obviamente, este no es el objeto de los TBI.”⁵⁸⁰ Además, como se explica en el caso *ADF Group*, la norma no es aquella que un tribunal en particular considere como “justa” y “equitativa,” sino que debe estar “basada sobre la práctica de los Estados y la jurisprudencia judicial o arbitral u otras fuentes del derecho internacional consuetudinario o general.”⁵⁸¹

291. La Demandante tiene la carga de demostrar una violación de la norma de trato justo y equitativo. El hecho de que al BNM y a sus ex accionistas no les gustaba o no estaban de acuerdo con las medidas adoptadas por el Perú para estabilizar su sistema financiero y gestionar la debilidad financiera de su banco en un momento de crisis no viene al caso. La Demandante debe demostrar que la conducta de la Demandada no cumplió “con los estándares internacionales.”⁵⁸² La Demandante no lo ha logrado demostrar porque sus acusaciones están basadas en hechos incorrectos y porque nada de lo que La Demandante ha alegado viola los requisitos de trato justo y equitativo.

292. La Demandante alega en una larga lista de actos y omisiones, organizados en cinco categorías imprecisas, que la Demandada supuestamente viola un sin número de elementos de la norma de trato justo y equitativo. La Demandada aborda cada una de las alegaciones de La Demandante a continuación. Estos mismos actos y omisiones también se repiten a lo largo de Memorial de La Demandante como la base para otras diferentes y supuestas violaciones al TBI. De esta manera, muchas de las réplicas de la Demandada que aquí se encuentran en lo referente a los actos y omisiones, también serán aplicables a los demás argumentos de La Demandante de violación de tratado.

⁵⁷⁹ *S.D. Myers*, Laudo Parcial, numeral 263.

⁵⁸⁰ *Eastern Sugar B.V. v. Republica Checa*, SCC Caso No. 088/2004, Laudo Parcial, 27 de marzo, 2007, numeral 272 (con votos discordante).

⁵⁸¹ *ADF Group Inc. v. Estados Unidos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero, 2003, numeral 184 (citando a *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos de América*, CIADI Caso No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre, 2002 (“*Mondev*”), numeral 119)).

⁵⁸² *Genin*, numeral 367.

1. Perú no ha incumplido ninguna de las expectativas de inversión legítimas de los ex accionistas del BNM

293. La Demandante alega que las acciones de la Demandada infringieron nueve expectativas que tenían los ex accionistas del BNM y que, según la Demandante, estaban protegidas bajo el requisito de trato justo y equitativo del TBI.⁵⁸³ Estas supuestas expectativas fueron las siguientes: (i) los accionistas del BNM gozarían del retorno constante de su inversión;⁵⁸⁴ (ii) el BNM recibiría la pronta aprobación de su plan para adquirir el Banco Financiero a finales de 2000;⁵⁸⁵ (iii) el BNM podría participar decidiendo en la política de respuesta del gobierno a la crisis financiera del Perú;⁵⁸⁶ (iv) las empresas estatales no retiraría de fondos importantes del BNM a la vez;⁵⁸⁷ (v) las entidades estatales refutarían los rumores sobre la (in)solvencia del BNM;⁵⁸⁸ (vi) el BNM tendría acceso a un préstamo a corto plazo del BCR para cubrir el saldo negativo en su cuenta corriente;⁵⁸⁹ (vii) el BNM sería capaz de obtener financiación a través de una oferta pública de acciones en diciembre de 2000;⁵⁹⁰ (viii) después de la intervención, los activos del BNM serían gestionados de manera óptima por los interventores de la SBS;⁵⁹¹ y, (ix) durante la liquidación, a los acreedores extranjeros no se les daría una prioridad indebida sobre los demás acreedores con respecto a los activos del BNM.⁵⁹² Como se explicará más adelante, la conducta de la Demandada no contravino cualquier expectativa protegida bajo la rúbrica de un trato justo y equitativo.

294. A partir de estos argumentos, La Demandante no parece entender la naturaleza de los tratados bilaterales de inversión y, en particular, de la protección del trato justo y equitativo

⁵⁸³ La Demandante no señala expresamente en su lista de expectativas (ii)-(iv), (vi) y (viii) que los ex accionistas del BNM tenían expectativas. En su lugar, el Demandado infiere la naturaleza de las expectativas de las cuales es acusado de incumplir por las cuales La Demandante sostiene que el gobierno ha violado las expectativas de los accionistas.

⁵⁸⁴ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 501.

⁵⁸⁵ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 505.

⁵⁸⁶ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 506-08.

⁵⁸⁷ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, paras 509-13.

⁵⁸⁸ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 514-16, 548.

⁵⁸⁹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 517-20, 549.

⁵⁹⁰ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante numerales 540-41. En estas partes de su Memoria, La Demandante también describe una serie de acciones que el Demandado habría realizado de manera arbitraria, irracional o sin transparencia. En tanto estas descripciones concluyentes no mencionan las expectativas frustradas, estas recién se mencionan en las Secciones III.B.4 (arbitrariedad) and III.B.3 (transparencia).

⁵⁹¹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 521-27.

⁵⁹² Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 528-29.

que ofrece el TBI. De acuerdo con la Demandante, los ex accionistas del BNM esperaban que la Demandada les garantizara ganancias continuas, el crecimiento a través de fusiones exitosas, el acceso a los depósitos públicos y privados, la disponibilidad automática de créditos, así como los rescates y otros tipos de protección aplicables cuando un banco entra en crisis. Sin embargo, los tratados bilaterales de inversión “no son pólizas de seguro contra las malas decisiones de negocio.”⁵⁹³ Por el contrario, los ex accionistas del BNM “deberán asumir las consecuencias de sus propias acciones como hombres de negocios experimentados.”⁵⁹⁴

295. La Demandada reconoce que se puede decir que la obligación de trato justo y equitativo del TBI abarca la obligación de no frustrar las *expectativas de inversión legítimas* de un inversionista extranjero.⁵⁹⁵ La norma de trato justo y equitativo, sin embargo, no prohíbe tratamientos que afectan a *cualquier* expectativa; más bien, incluso en una lectura ambiciosa del trato justo y equitativo, éste sólo protege “las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero para invertir.”⁵⁹⁶ Para proteger la expectativa de un inversionista, por lo tanto, el inversionista debe de haber tenido la expectativa en el momento en que se realizó la inversión⁵⁹⁷ y debe de haber confiado en la misma para hacer la inversión.⁵⁹⁸

⁵⁹³ *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*, CIADI Caso No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre, 2000, numeral 64; *Total, t* numeral 124 (citado con la aprobación de *Maffezini*, numeral 64); *Société Générale v. Republica Dominicana*, UNCITRAL, Laudo sobre las Excepciones Previas a la Jurisdicción, 19 de setiembre, 2008, numeral 39 (ídem); *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, CIADI Caso No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo, 2004 (“*MTD*”), numeral 178 (ídem); *Waste Management II*, numeral 114 (ídem); *CMS Gas Transmission Company v. Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/8, Decisión sobre la Jurisdicción, 17 de julio, 2003 (“*CMS*, Jurisdicción”), numeral 29 (ídem); *Olguín*, numeral 73 (ídem).

⁵⁹⁴ *MTD*, numeral 178.

⁵⁹⁵ Ver, por ejemplo, *Enron*, numeral 262 (“Lo que aparentemente es esencial, sin embargo, es que estas expectativas están derivadas de las condiciones que fueron ofrecidas por el Estado al inversionista a la hora de efectuar la inversión y que dichas condiciones fueron determinantes para el inversionista al tomar la decisión de invertir.” (citas omitas)).

⁵⁹⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 mayo, 2003 (“*Tecmed*”), numeral 154.

⁵⁹⁷ *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, CIADI Caso No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre, 2009 (“*EDF*”), numeral 219; *National Grid*, numeral 173; *LG&E Energy Corp. v. La Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre, 2006 (“*LG&E*”), numeral 127.

⁵⁹⁸ *Biwater*, numeral 602; ver también *Continental Casualty Company v. La Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/03/9, Laudo, 5 de setiembre, 2008 (“*Continental Casualty*”), numeral 259; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republica de Ecuador*, CIADI Caso No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto, 2008 (“*Duke*”), numerales 339-40; *Enron*, numeral 262; *International Thunderbird Gaming Corp. v. Estados Unidos Mexicanos*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo, 26 de enero, 2006 (“*Thunderbird*”), numeral 146; *Waste Management II*, numeral 98.

296. Además, aunque si la expectativa se mantiene y se confía en ella en el momento de la inversión, las expectativas de un inversionista también deben ser legítimas y razonables bajo las circunstancias a fin de recibir protección a través de la obligación de trato justo y equitativo. Según explica el tribunal del caso *Saluka*, el alcance de esta protección “no debe estar determinado exclusivamente por las motivaciones y consideraciones subjetivas de los inversionistas extranjeros.”⁵⁹⁹ La razonabilidad y legitimidad de las expectativas de los inversionistas debe medirse de manera objetiva.

297. Es más, los tribunales han insistido reiteradamente en que las expectativas de un inversionista sólo son legítimas o razonables si se basan en algún tipo de declaración o compromiso por parte del Estado que lo acoge.⁶⁰⁰ Por ejemplo, el tribunal del caso *PSEG* sostuvo que “las expectativas [l]egítimas, *por definición, requieren de una promesa . . .* que le sirva a La Demandante como sustento para hacer valer un derecho que necesite ser observado.”⁶⁰¹ Como se explica en el laudo del tribunal arbitral del caso *Continental Casualty*, la especificidad de la empresa gubernamental sobre la cual presuntamente se depende es un factor clave en la determinación de la legitimidad y razonabilidad de las expectativas de un inversionista. Por el contrario, las promulgaciones legislativas generales sólo puede “generar pocas expectativas.”⁶⁰²

298. La Demandante no ha demostrado, ni mucho menos sugerido, cómo ella o los accionistas del BNM se basaron en cualquiera de las expectativas específicas identificadas en su Memorial al realizar cualquier inversión. (Por supuesto, es inconcebible que La Demandante

⁵⁹⁹ *Saluka Investments BV v. la Republica Checa*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 17 de marzo, 2006 (“*Saluka*”), numeral 304; ver también, por ejemplo, *EDF*, numeral 219; *Duke*, numerales 339-40; *Thunderbird*, numeral 147 (“El concepto de ‘expectativas legítimas’ está relacionado con. . . una situación en la que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables en el inversionista . . . para actuar confiando en esa conducta...”).

⁶⁰⁰ Ver en general *Total*, numerales 117-22 (evaluando las diversas bases que han dado lugar a expectativas legítimas); ver también *Enron*, numeral 262.

⁶⁰¹ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republica de Turquía*, CIADI Caso No. ARB/02/5, Laudo, Enero 19, 2007 (“*PSEG*”), numeral 241 (el subrayado es nuestro). De igual forma, el tribunal de *GAMI* sostuvo que la falta de una “afirmación clara” de que México tendría un régimen regulatorio determinado significaba que el inversionista no podría haber actuado en función a “cierta expectativa” para realizar la inversión. *GAMI Investments, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo Firme, 15 de noviembre, 2004 (“*GAMI*”) numeral 76; ver también, por ejemplo, *Duke*, numeral 340; *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. La Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/03/5, Laudo, 6 de junio, 2008, numerales 185-86; *Waste Management II* at numeral 98.

⁶⁰² *Continental Casualty*, numerales 260-61.

mantuviera y dependiera de dichas expectativas en 2005, cuando recibió el control del antiguo holding del BNM, años después de la intervención del BNM). Incluso si La Demandante pudiera demostrar cualquier dependencia, estas supuestas expectativas no son objetivamente razonables. La Demandante tampoco puede indicar cualquier promesa o compromiso que la Demandada haya hecho con respecto a estas expectativas. Por lo tanto, ninguna de las alegaciones de La Demandante se refieren a las expectativas protegidas y legítimas de inversión.

a. *Retorno de la Inversión*

299. La Demandante reclama la expectativa de que los accionistas del BNM tenían derecho a un retorno de su inversión, y ella basa esa expectativa sobre una autorización de puesta en marcha que la SBS le concedió al BNM en 1992. Esto no es una expectativa razonable, y por lo tanto no podría haber sido violada por la Demandada, en contravención del Artículo 3º del TBI. El Estado no puede garantizar, ni garantiza un retorno de la inversión. La toma de decisiones de negocios sensatas le corresponde a los inversionistas. El TBI y su obligación de trato justo y equitativo no son una garantía de éxito en los negocios. Sin embargo, La Demandante no ha demostrado que la Demandada en algún momento socavó la capacidad de los accionistas del BNM para obtener un retorno sobre su inversión. Por el contrario, la SBS ayudó en repetidas ocasiones al BNM, y la autorización de la SBS permitió que el BNM continuara operando por muchos meses más de lo que hubiera podido, debido a sus graves problemas financieros. La Demandada no puede ser considerada responsable por la mala gestión del BNM o por la decisión de los accionistas del BNM de no recapitalizar el BNM cuando tanto se necesitaba obtener fondos frescos.

b. *Respuesta a la propuesta de fusión del BNM*

300. La Demandante no puede sostener de manera razonable que la inversión de los ex accionistas del BNM estaba basada en la expectativa de que el BNM adquiriría Banco Financiero en el año 2000, porque sencillamente la Demandada no se comprometió a aprobar todas las propuestas de fusiones bancarias en el Perú, sino que sólo se comprometió a revisarlas. La aprobación de la SBS de cualquier propuesta de fusión fue siempre supeditada a la legalidad de la propuesta y al impacto de la fusión sobre la estabilidad de los bancos participantes y en el sistema bancario en su conjunto. Por tanto, es irrazonable esperar que a *cualquier* propuesta de fusión en específico se le garantizaría necesariamente una rápida aprobación. En el caso del

BNM, la SBS comunicó claramente al BNM que una propuesta de fusión tendría que ir acompañada de un plan para recapitalizar el BNM, y cualquier director o accionista bancario razonable habría comprendido la necesidad y la inevitabilidad de tal requisito. Los accionistas del BNM no se comprometieron a recapitalizar el BNM, ni siquiera presentaron una propuesta de fusión formal para la consideración de la SBS. En consecuencia, ellos no podrían haber mantenido, y la Demandada no podría haber violado, una legítima expectativa de que dicha fusión sea aprobada.

c. *Participación en las decisiones gubernamentales*

301. La Demandante no puede afirmar de manera creíble que los ex accionistas del BNM mantenían razonablemente la expectativa de que el BNM participaría en la decisión sobre la respuesta política del gobierno ante la crisis financiera peruana porque nunca hubo declaración o compromiso alguno por parte del Perú donde se indicara que el BNM gozaría de un privilegio tan inusual como participar en la toma de decisiones del gobierno. La Demandante no ha señalado a ninguna autoridad legal por la expectativa de que las empresas privadas (y mucho menos cualquier empresa privada en específico, tal como el BNM) tendrían derecho a participar en las decisiones para la formulación de políticas gubernamentales para el sector financiero. Este derecho sería particularmente inusual en el contexto de la regulación prudencial, que requiere un grado elevado de independencia y discreción por parte del ente regulador bancario. Como se ha visto en la más reciente crisis financiera mundial, a menudo las decisiones tomadas por los reguladores bancarios se hacen con información limitada y bajo una presión de tiempo significativa y se debe centrar sobre todo en la restauración de la estabilidad del sistema financiero. Por lo tanto, no es factible dar a cada participante en el sistema financiero voz y voto en las respuestas de política del gobierno ante este tipo de crisis.⁶⁰³ El BNM no podía sostener legítimamente tal expectativa, y por lo tanto la Demandada no puede ser acusada de violarla.

d. *Disminución de los depósitos públicos*

302. La Demandante no puede sostener el argumento de que los ex accionistas del BNM podrían de manera razonable esperar que las empresas estatales mantuvieran sus depósitos en el BNM por tiempo indefinido. Esto se debe a que los depósitos de las empresas estatales no

⁶⁰³ El tema sobre los derechos de participación se desarrolla con mayor detalle en la Sección III.B.3 sobre transparencia.

estaban en instrumentos indefinidos - los instrumentos de depósito tenían plazos establecidos, y, al igual que con cualquier otro depósito, los bancos no tenían garantía alguna de que los depósitos públicos se renovarían después de vencido el plazo. Las empresas estatales, al igual que las demás empresas, tienen el derecho de usar libremente sus fondos. Es precisamente por ello, de acuerdo con los peritos de la regulación bancaria, señores Clarke y Powell, que es arriesgado para un banco confiar demasiado en tales depósitos. Por lo tanto, no sería razonable que La Demandante esperara que el BNM mantuviera los depósitos públicos por tiempo indefinido. Por el contrario, la SBS le había advertido al BNM sobre la fuerte dependencia en dichos depósitos y que era responsabilidad del BNM diversificar sus depósitos y desarrollar planes de contingencia para cualquier cambio en el flujo de dichos depósitos. En cualquier caso, el movimiento de los depósitos públicos no fue la causa del colapso del BNM, y de esta manera, cualquier supuesta expectativa referente a los depósitos públicos también sería irrelevante porque incluso una violación en este aspecto no hubiera ocasionado perjuicio alguno para La Demandante o ex accionistas del BNM.

e. Rumores sobre el BNM

303. La Demandante no puede afirmar de manera creíble que la inversión de los ex accionistas del BNM se basó en la expectativa de que las entidades estatales pudieran refutar una serie de supuestos rumores sobre la solvencia financiera del BNM, o que dicha expectativa hubiera sido razonable. La única expectativa de que La Demandante podría haber sostenido era que en el Perú es ilegal incitar al pánico financiero, y que el BNM tenía el derecho por ley de solicitar que el Ministerio Público iniciase una acción penal en contra de cualquiera que difundiese dichos rumores. La ley no ha cambiado, y el BNM conserva ese derecho. Sin embargo, el BNM nunca tomó acción, en virtud de la ley, contra cualquier tipo de rumores. La SBS, por el contrario, sí inició acciones judiciales contra las personas después de que los rumores sobre el BNM fueran de su atención.

304. Fatalmente, para la expectativa alegada por la Demandante, la SBS no tiene la obligación legal de hacer declaraciones públicas para refutar rumores sobre determinadas instituciones financieras, y tiene razones políticas fuertes y evidentes para abstenerse de hacerlo. De acuerdo con los señores Clarke, Powell, Cortavarría y Mogrovejo, tales declaraciones públicas, en realidad, podrían contravenir el mandato de la SBS de proteger la estabilidad del sistema financiero por alarmar al público. Por otra parte, en el caso del BNM, cualquier

declaración para refutar los rumores acerca de la mala situación financiera del BNM hubiera sido falsa. Los accionistas del BNM no pueden decir que han tenido una expectativa razonable de que el regulador bancario de Perú daría declaraciones falsas ante la opinión pública sobre la condición financiera de su banco.

f. Acceso a los préstamos de liquidez a corto plazo del BCR

305. La Demandante argumenta una expectativa de que el BNM recibiría un préstamo del BCR a corto plazo para cubrir el saldo negativo en su cuenta corriente. Esto no es una expectativa razonable y, por lo tanto, no pudiera haber sido violada por la Demandada, en contravención del Artículo 3º del TBI. Las leyes bancarias del Perú definen claramente las condiciones para recibir un préstamo. El BCR legalmente no estaba autorizado para extender un préstamo de emergencia a corto plazo para el BNM ya que el BNM no tenía suficientes garantías para asegurar el préstamo. Por otra parte, La Demandante desnaturaliza el papel del BCR como el “prestamista de último recurso.” El BCR, de hecho cualquier banco central, no está obligado a prestar a una determinada institución financiera y, de hecho, no puede hacerlo si la institución financiera no cuenta con la garantía necesaria.

g. Oferta pública de acciones

306. La Demandante no puede sostener el argumento de que los ex accionistas del BNM tenían una expectativa razonable de que el BNM sería capaz de obtener financiación a través de una oferta pública de acciones en diciembre de 2000. En primer lugar, la Demandada no ha dado declaración o hecho compromiso alguno en ese sentido. También es manifiestamente irrazonable esperar que el gobierno decida no intervenir un banco que ha incumplido sus obligaciones (lo que plantea enormes riesgos para todo el sistema bancario), sobre la base de que los accionistas tenían la esperanza de vender acciones en una oferta pública en el algún momento. La legislación peruana es clara al indicar que la Demandada debe intervenir inmediatamente cuando un banco incumple en el pago de sus obligaciones.

h. Gestión de los Activos del BNM durante la intervención

307. La supuesta expectativa de La Demandante relacionada con la gestión de los activos del BNM durante la intervención no es válida porque la expectativa emana de las acusaciones basadas en hechos incorrectos de La Demandante sobre los hechos ocurridos durante la intervención del BNM. Como se describe en detalle en la sección II.D, los activos del BNM

fueron gestionados debidamente durante la intervención. El deterioro financiero que La Demandante le atribuye a la intervención fue causada por la mala administración del BNM antes de la intervención. En cualquier caso, los accionistas del BNM no podían tener legítimamente la expectativa de beneficiarse de los activos del banco o de continuar con el control de los mismos después de conducir al banco hacia la quiebra. Es claro ante la Ley General de Bancos del Perú que una vez que un banco es intervenido (por razones de liquidez o de solvencia), inevitablemente, los activos del banco son vendidos y el banco es liquidado. Los activos recuperados son utilizados para pagar primero a los depositantes, luego a los acreedores y, sólo si hubiera algún valor residual, a partir de entonces los accionistas tendrían alguna perspectiva de recuperación, pero los peritos bancarios – los señores Clarke y Powell – confirman que este casi nunca es el caso.

i. *Tratamiento de los Acreedores Extranjeros Durante la Liquidación*

308. La Demandante alega que los acreedores extranjeros del BNM recibieron una prioridad indebida en el pago de las deudas del BNM durante la liquidación y que esto también viola las expectativas de la Demandante. Este es quizás uno de los alegatos más desconcertantes que La Demandante hace en su Memoria.⁶⁰⁴ Además de no poder fundamentar sus argumentos, La Demandante no ha explicado cómo los accionistas del BNM podrían haber sido perjudicados, incluso si la Demandada le dio un trato preferencial a los acreedores extranjeros – lo que no fue así. De acuerdo con la evidencia que La Demandante refiere en su presentación, la SBS ha tenido que corregir los errores en la contabilidad del BNM que había mal clasificado algunos depositantes extranjeros como acreedores extranjeros. Por lo tanto, los depositantes extranjeros recibieron su pago antes que cualquiera de los acreedores del BNM. Sin embargo, esto no habría tenido ningún impacto en los accionistas del BNM porque ellos aún habrían estado por debajo de *todos* los acreedores en el orden de prioridad para la recibir cualquier valor residual que quedase en el BNM. Por lo tanto, cualquier expectativa que los accionistas del BNM pudieran tener, o no, sobre el tratamiento de los acreedores extranjeros en el caso de la intervención y liquidación del BNM no tiene absolutamente ninguna relevancia en este caso.

⁶⁰⁴ Esta pretensión no aparece en ninguno de los argumentos de hecho de la Demandante y curiosamente solo se menciona en la sección sobre fundamentos de derecho del Memorial de la Demandante. A pesar que luego menciona este tema como sustento para varios de sus reclamos en relación con violaciones al TBI, no hay ninguna explicación de cómo el trato que la Demandante dio a los acreedores extranjeros fue ilegal o como dicho trato afectó a los inversionistas de BNM.

2. En todo momento el Perú ha garantizado a los ex-accionistas de BNM estabilidad jurídica según las Leyes Internacionales

309. La Demandante afirma⁶⁰⁵ que la Demandada violó la “garantía” de estabilidad jurídica⁶⁰⁶ cuando (i) las empresas estatales retiraron sus fondos de BNM;⁶⁰⁷ (ii) el BCR negó un préstamo a corto plazo a BNM justo antes de que la SBS interviniera al banco,⁶⁰⁸ (iii) se promulgó el Programa de Consolidación del Sistema Financiero (“PCSF”);⁶⁰⁹ y (iv) se le dio a los acreedores extranjeros prioridad indebida sobre otros acreedores durante la liquidación de BNM.⁶¹⁰

310. En primer lugar, ninguna de estas supuestas acciones minaron la estabilidad jurídica peruana. Por el contrario, todas se realizaron en conformidad con las leyes peruanas de banca, que permanecieron estables y consistentes en todos los aspectos relevantes: (i) la disminución de los depósitos públicos fue consistente con la libertad de las empresas estatales de usar libremente sus fondos, los fondos fueron retirados al final de los términos de los instrumentos de depósito, y no había habido ninguna promesa de su renovación; (ii) la negación del préstamo del BCR fue totalmente consistente con los requisitos legales existentes, que expresamente condicionaron la aprobación de dicho préstamo en garantía suficiente para asegurar el préstamo; (iii) el PCSF no cambió el reglamento bancario de cualquier manera, sino que creó un nuevo beneficio del gobierno en el que los bancos podían decidir acceder de manera voluntaria; y (iv) la Demandada siguió en todo el proceso de liquidación las leyes peruanas sobre el orden de prioridad para el pago de las obligaciones de BNM.

⁶⁰⁵ Al describir su demanda por violación a la obligación de un trato justo y equitativo, y es mas en variadas partes de sus argumentos de derecho, la Demandante combina y mezcla repetidas veces los conceptos de (i) estabilidad jurídica, (ii) arbitrariedad y (iii) transparencia. En un esfuerzo por responder a los argumentos de derecho de una forma más estructurada, la Demandada aborda el tema de la estabilidad en el marco legal de las operaciones de BNM descritas y responde a las denuncias de La Demandante sobre la arbitrariedad y transparencia en las Secciones III.B.4 (arbitrariedad) and III.B.3 (transparencia).

⁶⁰⁶ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 560.

⁶⁰⁷ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 509-13.

⁶⁰⁸ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 514-16.

⁶⁰⁹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 561-63.

⁶¹⁰ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 528-29. La Demandante también sostiene que la supuesta violación de la SBS de obviar las resoluciones judiciales es una violación al derecho a la estabilidad jurídica de BNM. Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 571-73. Este tema es abordado en las Secciones III.B.4 (arbitrariedad) y III.B.6 (debido proceso y denegatoria de acceso a la justicia).

311. En segundo lugar, el concepto de la obligación del estado anfitrión de brindar estabilidad jurídica para las inversiones extranjeras surge de la protección de las expectativas básicas de un inversionista para el uso y disfrute de las inversiones existentes cuando el inversionista decida invertir. Por lo tanto, el reclamo de que el derecho a la estabilidad jurídica haya sido violado requiere que el inversionista de manera razonable haya esperado un nivel particular de continuidad en la estabilidad jurídica y comercial del estado anfitrión cuando se realizó la inversión.⁶¹¹

312. La legislación de la aplicación general, como se establece en la Sección III.B.1 antes mencionada, sólo puede engendrar expectativas limitadas en la parte de un inversionista extranjero. Como corolario, el régimen legislativo y regulatorio que estuvo vigente cuando se realizó la inversión no está “sujeto a ‘garantía’ de estabilidad”⁶¹² Para un inversionista extranjero esperar dicha garantía no sería ni razonable ni legítimo.⁶¹³ En cambio, un inversionista deberá anticipar que las circunstancias – incluyendo las circunstancias regulatorias, las leyes y los reglamentos – pueden cambiar.⁶¹⁴

313. En la ley internacional, a los estados se les garantiza un alto grado de flexibilidad para regular los asuntos internos. Las partes del estado en un TBI no renuncian a su autoridad reguladora tradicional ni a su habilidad de modificar y adaptar la legislación a través del tiempo.⁶¹⁵ Como afirmó el tribunal en *Continental Casualty*, sería “inconcebible” que un estado prometería no cambiar sus leyes y reglamentos según sea necesario, especialmente “en caso de que surja una crisis de cualquier tipo u origen.”⁶¹⁶

⁶¹¹ Ver, por ejemplo, *Duke*, numeral 340 (“La estabilidad del entorno legal y comercial está directamente vinculada con las expectativas justificadas del inversionista. El Tribunal reconoce que dichas expectativas son elementos importantes en el trato justo y equitativo. Al mismo tiempo es consciente de sus limitaciones. Para protegerse, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables al momento en que se efectúa la inversión.” (cita omitida)). La Demandante aparentemente lo reconoce. Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 501.

⁶¹² *Total*, numeral 117.

⁶¹³ *EDF*, numeral 217; *Continental Casualty*, numeral 258.

⁶¹⁴ *Parkerings-Compagniet AS v. Republica de Lithuania*, CIADI Caso No. ARB/05/8, Laudo, 11 de setiembre, 2007 (“*Parkerings*”), numeral 333; ver también *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Republica Islámica de Pakistán*, CIADI Caso No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto 27, 2009 (“*Bayindir*”), numeral 197 (“La Demandante no podría esperar razonablemente que no habrían más cambios políticos”); *Saluka*, numeral 305.

⁶¹⁵ *Total*, numeral 115; ver también *Saluka*, numerales 305-06; *Parkerings*, numeral 332.

⁶¹⁶ *Continental Casualty*, numeral 258.

314. Las expectativas de protección frente a los cambios en el marco legal para la inversión son en ciertas circunstancias potencialmente razonables; concretamente, cuando “los compromisos específicos” o representaciones de estabilización legal se han hecho para el inversionista,⁶¹⁷ cuando las provisiones expresas del tratado prometen dicha estabilidad,⁶¹⁸ o cuando los cambios violan los derechos fundamentales de las personas o *jus cogens*.⁶¹⁹

315. La Demandante no reconoce estas limitaciones en el derecho de un marco legal estable para la inversión. El Perú estaba enfrentando una crisis financiera seria, y por lo tanto, hubiera sido razonable que la Demandada modificara su marco legal en su esfuerzo por estabilizar el sistema bancario, hubiera necesitado hacerlo. Dicho esto, como se describió anteriormente, el marco legal del Perú en realidad no sufrió cambios significativos durante ese tiempo. Tanto la SBS, el MEF, y el BCR aplicaron las leyes peruanas de manera consistente cuando trataban con BNM, y por lo tanto, el marco legal que se aplicó a BNM estuvo siempre conforme con las expectativas de estabilidad que un inversionista hubiera podido tener en el sistema financiero peruano.

316. La Demandante no ha señalado la existencia de algún compromiso específico que la Demandada haya tenido con los accionistas de BNM para congelar el marco legal de su inversión o por lo contrario de alguna promesa de no tomar acciones que ella afirma violaron la estabilidad del marco legal. Como lo indicó el tribunal en *Total*, la única situación en la que se hubiera podido fundamentar expectativas razonables de estabilidad jurídica en una medida legal generalmente aplicable hubiera sido si un estado emitiera un reglamento prospectivo “con el fin de brindar una marco legal definido para futuras operaciones” de una inversión a largo plazo. Inclusive en ese caso tan específico, un reclamo por no haber provisto un régimen legal estable

⁶¹⁷ Ver *CMS*, Jurisdicción, numeral 27 (señalando que los compromisos específicos pueden constar en tratados, legislación o contratos); *EDF*, numeral 217; *Thunderbird*, numeral 147 (declaraciones a un inversionista específico); *Waste Management II*, numeral 98 (ídem); *Wena Hotels v. Republica Árabe de Egipto*, CIADI Caso No. ARB/98/4, Laudo, 8 dic., 2000 (“*Wena Hotels*”), numeral 85 (ídem); *Total*, numeral 117-18 (contratos, concesiones, o cuando el Estado anfitrión haya inducido al inversionista a creer que ha adoptado una supuesta obligación a través de sus actos o declaraciones).

⁶¹⁸ Ver *Total*, numerales 115, 117 (haciendo referencia a las cláusulas de estabilidad del tratado, pero advirtiendo que las limitaciones a las facultades del gobierno “no deberían ser interpretadas a la ligera de un tratado que no las indique con claridad ni pueden presumirse”); *LG&E*, numerales 124-25 (depende del lenguaje sobre estabilidad en el preámbulo del tratado); *Occidental Exploración and Production Company v. Republica de Ecuador*, LCIA Caso No. UN 3467, Laudo Firme, 01 de julio, 2004 (“*Occidental*”), numeral 183 (ídem). UA diferencia de los TBI en *LG&E* y *Occidental*, del TBI Perú-Francia no hace referencia a la “estabilidad” como uno de sus objetivos.

⁶¹⁹ Ver *Continental Casualty*, numeral 261.

debería juzgarse sobre la base de los “principios financieros y económicos comúnmente reconocidos que deben seguirse para la operación regular de inversiones de ese tipo,” y compararse con el interés regulatorio legítimo del estado.⁶²⁰ El Perú no emitió reglamentos del tipo imaginado por el tribunal de *Total*, e inclusive si hubiera hecho eso, dichos reglamentos estarían sujetos a revisión basados en principios sensatos de un reglamento prudencial de banca y en el interés legítimo del estado de mantener un sistema financiero seguro y estable.

317. El único tipo de acción del gobierno que La Demandante identifica como sustento de todas sus variadas expectativas de estabilidad jurídica es la autorización de funcionamiento otorgada por la SBS a BNM en el año 2000.⁶²¹ Más específicamente, como referencia, La Demandante argumenta que debido a que BNM tuvo que preparar y entregar un “plan de negocios a mediano y largo plazo” a la SBS para obtener la autorización para abrir y operar el banco, BNM tuvo derecho a estabilidad jurídica basada en la naturaleza a largo plazo de la inversión.⁶²² Sin embargo, la existencia de un plan de negocios a largo plazo, que es común para casi todas las empresas, no convierte a un banco en el tipo de inversión al que el tribunal de *Total* se estaba refiriendo – es decir, una inversión que por su naturaleza requiere de una seguridad reglamentaria a largo plazo a fin de que se pueda realizar cualquier devolución, como las utilidades, exploración de recursos naturales, o “Construir, Operar y Transferir” esquemas, para lo que la norma de “seguridad regulatoria” es necesaria para atraer la inversión extranjera.⁶²³ La autorización de la SBS no brindó fundamentos razonables para la expectativa general de un régimen legal congelado o para que los reguladores peruanos puedan abstenerse de realizar cualquiera de las acciones específicas que La Demandante ha enumerado.

318. De esta manera, los ex-accionistas de BNM no han tenido ninguna expectativa razonable de que el marco legal y regulatorio para las operaciones de BNM haya permanecido igual en perpetuidad. Además, de hecho, las acciones reclamadas por La Demandante *no* cambiaron de manera significativa la estabilidad jurídica y regulatoria para el funcionamiento de BNM.

⁶²⁰ *Total*, numerales 122-23.

⁶²¹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 501.

⁶²² Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 499 n.251.

⁶²³ *Ver Total*, numeral 122.

3. En todo momento el Perú ha actuado de manera transparente

319. Luego, La Demandante sostiene que la Demandada incumplió con la obligación de trato justo y equitativo ya que supuestamente no actuó con transparencia en (i) no involucrar a BNM en el desarrollo del Programa de Consolidación del Sistema Financiero, PCSF;⁶²⁴ (ii) realizar los pagos a los acreedores extranjeros de BNM;⁶²⁵ y (iii) usar la crisis financiera como un pretexto para sus agendas normativas.⁶²⁶

320. Mientras que algunos tribunales de inversionistas-estado han sostenido que la transparencia es una componente de la obligación del trato justo y equitativo,⁶²⁷ La Demandante identifica de manera incorrecta y engañosa el contenido de cualquier obligación potencial de transparencia.⁶²⁸ Específicamente, La Demandante ha reafirmado el derecho a participar en la toma de decisiones del gobierno que no tiene base en la obligación internacional de transparencia. La transparencia se relaciona a la habilidad de un inversionista de conocer “las reglas y el reglamento que gobernarán sus inversiones”⁶²⁹ Como lo explicó el tribunal en *LG&E*, transparencia son “todos los requerimientos legales relevantes para iniciar, completar y operar de manera exitosa las inversiones realizadas o que se quieran realizar bajo un tratado de inversión que deberán ser de fácil conocimiento por todos los inversionistas afectados.”⁶³⁰

⁶²⁴ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 564-68.

⁶²⁵ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 569-70.

⁶²⁶ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 575.

⁶²⁷ *Pero, véase Merrill & Ring Forestry L. P. v. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo, 31 de marzo, 2010, numeral 231 (“[U]n requisito de transparencia no puede ser, actualmente, incorporado al derecho consuetudinario, ya que la revisión judicial de *Metalclad* ha concluido, con toda propiedad, que no obstante está llegando a ese estado.”).

⁶²⁸ La Demandante cita a Newcombe y Paradell para proponer el componente de transparencia en el trato justo y equitativo exige que se notifique a los inversionistas extranjeros sobre los cambios en la legislación y que se les otorgue un plazo para expresar su opinión. Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 554 & n.274. Por el contrario, sin embargo, los autores señalan que “[e]xiste muy poca práctica de los Estados para sugerir que los Estados tengan un deber general de comunicar a los inversionistas extranjeros sobre leyes o modificaciones a las leyes que pudiera afectarlos. *A fortiori*, hay menos sustento para la afirmación de que los gobiernos tienen la obligación de ofrecerles a los inversionistas extranjeros un plazo para que hagan sus comentarios a las modificaciones en la legislación” Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES* [EL DERECHO Y LA PRÁCTICA DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN] 292 (2009) [Anexo R-247].

⁶²⁹ *Tecmed* numeral 154.

⁶³⁰ *LG&E* at numeral 128; ver también *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. República Árabe de Egipto*, CIADI Caso No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre, 2006 (“*Champion*”), numeral 164; *Metalclad Corp. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto 30, 2000 (“*Metalclad*”), numeral 88.

321. La Demandada cumplió con sus obligaciones de transparencia al publicar todos los requerimientos legales aplicables para manejar las inversiones en su sistema financiero y luego seguir la ley de manera consistente. En primer lugar, con respecto al PCSF, la Demandada publicó todos los requerimientos legales del programa y los aplicó de manera consistente en los bancos que estuvieron interesados en participar. En segundo lugar, la Demandada actuó de manera transparente al pagar a los acreedores de acuerdo con las prioridades establecidas por ley. En tercer lugar, en respuesta a la crisis mundial, la Demandada actuó de manera transparente al añadir explicaciones detalladas de sus acciones en los requerimientos de la Ley General de Banca y en sus resoluciones.

322. La acusación de La Demandante de que la Demandada usó la crisis financiera como un pretexto para implementar algunos objetivos políticos corruptos es una variante en el reclamo de “conspiración” que se presenta en su Memoria. Estos reclamos están totalmente desestimados. La Demandada siguió los pasos que fueron legales, razonables y necesarios para prevenir que la crisis financiera fuera peor. La evidencia en el registro demuestra claramente la transparencia de la Demandada y la aplicación consistente de las leyes bancarias peruanas del Perú.

4. El Perú no ha interferido de manera arbitraria, discriminatoria, o abusiva en la inversión de los ex-accionistas de BNM.

323. La Demandante afirma que la Demandada ha actuado de manera arbitraria con respecto a (i) los métodos contables usados para evaluar el patrimonio de BNM durante la intervención;⁶³¹ (ii) la administración de la cartera de créditos de BNM durante la intervención;⁶³² (iii) la negación del préstamo a corto plazo a BNM por parte del BCR justo antes de la intervención;⁶³³ (iv) no aceptar la propuesta de los ex-accionistas de BNM para recapitalizar a BNM después de la intervención;⁶³⁴ (v) la reducción a cero del patrimonio de los

⁶³¹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 585-86.

⁶³² Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 587-92.

⁶³³ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 593-94.

⁶³⁴ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 595.

ex-accionistas de BNM;⁶³⁵ (vi) la disolución de BNM sobre las presuntas bases de una tasación incompleta;⁶³⁶ y (vii) no desmentir los rumores negativos sobre la (in)solvencia de BNM.⁶³⁷

324. La Demandante también afirma que la Demandada discriminó de manera ilegal a BNM al (i) dar rescates financieros a otros bancos y no a BNM⁶³⁸ y (ii) retirar los fondos de las empresas estatales de bancos privados, lo que tuvo un impacto distinto en BNM.⁶³⁹

325. Finalmente, La Demandante afirma que la Demandada abusó de su poder con (i) los métodos contables usados para evaluar el patrimonio de BNM⁶⁴⁰ y (ii) la supuesta indiferencia de la SBS de las decisiones judiciales del Perú.⁶⁴¹ Cada uno de los argumentos descritos en párrafos anteriores no tienen sustento por la misma razón de que no demuestran una violación de las expectativas legítimas de La Demandante – todas son acusaciones basadas en hechos incorrectos.

326. Además, en la ausencia de una cláusula específica en el tratado, La Demandante no ha mostrado que las medidas arbitrarias o discriminatorias estén de hecho prohibidas por el TBI entre Perú y Francia. Otros tratados de inversión incluyen prohibiciones explícitas sobre actos perjudiciales de una inversión extranjera por medidas discriminatorias o arbitrarias (*es decir*, una disposición “no perjudicial”), también en relación con el requerimiento del trato justo y equitativo;⁶⁴² aquí, sin embargo los redactores del tratado entre Perú y Francia no incluyeron dicha provisión.

⁶³⁵ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 596.

⁶³⁶ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 597-99.

⁶³⁷ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 602-03.

⁶³⁸ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 600.

⁶³⁹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 601.

⁶⁴⁰ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 610-12.

⁶⁴¹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 613. La Demandante también hace referencia a la disponibilidad de la revisión administrativa y judicial, la misma que dice constituye un abuso de poder. La Demandante no sostiene que ha habido alguna falta de conducta, más bien, sostiene que ciertos elementos de la legislación peruana inherentemente están lejos de los estándares internacionales. Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 606-09. Por lo tanto, estos en esencia no son reclamos de arbitrariedad no de abuso y por lo tanto son abordados en la Sección III.B.6 (debido proceso y negación de justicia).

⁶⁴² Ver, ej. Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República del Perú, 27 de diciembre, 1994, Art. 3(1) (“Cada una de la Partes Contratantes deberá garantizar un trato justo y equitativo a las inversiones de los conciudadanos de la Otra Parte Contratante y no deberá impedir, mediante medidas irracionales o discriminatorias, el funcionamiento, la gestión, mantenimiento, uso, goce y disposición de los mismos por dichos connacionales.”) [Anexo R-248]; Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección de Inversiones, 4 de

327. Por otro lado La Demandante trata de calzar estos argumentos en el título del trato justo y equitativo, pero La Demandante no ha presentado argumentos de derecho que apoyen sus acciones. En aquellos casos en los cuales los tribunales hayan combinado en sus análisis los estándares no perjudiciales y del trato justo y equitativo, los tratados prevén de manera explícita ambos.⁶⁴³ Aunque, “hay argumentos serios en favor de tratar ambos estándares como conceptos diferentes,”⁶⁴⁴ especialmente cuando el tratado (como en este caso) no incluye una provisión no perjudicial. Los dos estándares del tratado son diferentes, como se refleja en múltiples decisiones donde se encontró que los estados habían violado el requerimiento del trato justo y equitativo, pero *no* se encontró que hubieran actuado arbitrariamente.⁶⁴⁵

328. Como mínimo, La Demandante debe mostrar la existencia de una norma que prohíba las medidas arbitrarias y discriminatorias en la ley internacional tradicional, dado que el TBI si promete un “trato justo y equitativo [] de acuerdo con los principios de la ley internacional.”⁶⁴⁶ La Demandante aún no lo ha probado. La Demandante tampoco mostró la existencia de una prohibición de “abuso de poder” en el Tratado.⁶⁴⁷ La Demandada nota que algunas autoridades entienden este concepto, también referido como abuso de derecho (*abus de*

octubre, 1993, Art. 2(2) (“Ninguna de las Partes Contratantes podrá de manera alguna impedir a través de medidas irracionales o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute, o disposición de inversiones en su territorio efectuadas por los connacionales o empresas de la otra Parte Contratante.”) [Anexo R-249].

⁶⁴³ Ver *CMS Gas Transmission Company v. Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo 12, 2005 (“CMS, Laudo”), numeral 290; *Impregilo S.p.A. v. Republica Islámica de Pakistán*, CIADI Caso No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril, 2005, numeral 264; *MTD*, numerales 190, 196; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, CIADI Caso No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre, 2005 (“Noble Ventures”), numeral 182; *Saluka*, numeral 457; *PSEG* at para 261. La única excepción es el NAFTA, ver, por ejemplo, *S.D. Myers*, Parcial Laudo, numeral 263, que no establece para nada un trato independiente, justo y equitativo; más bien dice “un trato de acuerdo con el derecho internacional, incluyendo el trato justo y equitativo.” Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 17 de diciembre, 1992 (“NAFTA”), Art. 1105(1) [Anexo R-250].

⁶⁴⁴ Rudolph Dolzer y Christoph Shreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* [PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE INVERSIONES] 175 (2008) [Anexo R-251].

⁶⁴⁵ Ver *LG&E* numeral 162 (“[A] pesar de ser injustas e inequitativas, [las medidas] fueron el resultado de una decisión motivada y no de una simple ignorancia del estado de derecho ...”); *Sempra Energy International v. La Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/02/16, Laudo, 28 de setiembre, 2007, numeral 318, *anulado por otros fundamentos*, Decisión de Anulación, 29 de junio, 2010, numeral 229; *CMS*, Laudo, numeral 292.

⁶⁴⁶ Ver *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. La Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto, 2007 (“Vivendi II”), numeral 7.4.7 (indicando que, al interpretar el mismo lenguaje. Que “las disposiciones sugieren que uno . . . tome en cuenta los principios del derecho internacional contemporáneo. . .”).

⁶⁴⁷ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 604.

droit), como una variante de la prohibición de la interferencia arbitraria, más que como un estándar separado.⁶⁴⁸

329. Incluso si La Demandante hubiera establecido la aplicabilidad de dicha prohibición en contra de las medidas arbitrarias y discriminatorias o de abuso de poder, La Demandante hubiera tenido entonces que demostrar (con referencia en la ley internacional) que la Demandada había violado dicha prohibición.

330. Es cierto que no todos los ejercicios de discreción que se originan de la práctica común sin una justificación llegaran al nivel de arbitrariedad prohibida.⁶⁴⁹ Como la Corte Internacional de Justicia explicó en el caso *ELSI*, “[a]rbitrariedad no es algo que se opone mucho a un estado de derecho, como se opone al estado de derecho. . . .” Es “un acto que impresiona, o al menos sorprende, un sentido de comportamiento judicial.”⁶⁵⁰ Además, al incumplirse se necesitará demostrar arbitrariedad internacional, una falta de buena fe,⁶⁵¹ un daño real.⁶⁵²

331. Así mismo, demostrar una conducta discriminatoria en la ley internacional tradicional, no es suficiente para mostrar simplemente que “(i) casos similares son (ii) tratados de manera diferente (iii) y sin justificación razonable.”⁶⁵³ Más bien, la medida discriminatoria

⁶⁴⁸ Ver Todd Grierson-Weiler e Ian A. Laird, *Standards of Treatment* [Normas de trato] en *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* [MANUAL DE OXFORD SOBRE DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES] 259, 284-85 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008) [Anexo R-252].

⁶⁴⁹ Compare Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 577, y *Genin*, numeral 368 (citando a Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES* 61-62 (1995)).

⁶⁵⁰ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (US v. Italia)*, 1989 I.C.J. 15 (20 de julio) (“*ELSI*”), numeral 128 (el subrayado es nuestro); ver también *Siemens A.G. v. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/02/08, Laudo, 6 de febrero, 2007, numeral 318 (“El tribunal considera que la definición en el *ELSI* es la interpretación con mayor autoridad del derecho internacional y se encuentra cercana al significado cotidiano del término enfatizándose la inobservancia deliberada de la ley.”); *Noble Ventures*, numeral 177 (observe que las medidas en cuestión “no pueden verse ni como chocantes ni como sorprendentes según el sentido otorgado por la CIJ en el *ELSI*.”).

⁶⁵¹ Ver Bing Cheng, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* [PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SEGÚN SU APLICACIÓN POR PARTE DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES] 122, 132-34 (1953) [Anexo R-254].

⁶⁵² Ver *Waste Management II*, numeral 98 (señalando que la conducta arbitraria es contraria al estándar consuetudinario mínimo si es “atribuible al Estado y perjudicial para la Demandante”); *RESTATEMENT OF THE LAW (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE ESTADOS UNIDOS* (“*RESTATEMENT*”) § 712, Reporters’ Nota 11 (explaining that “arbitrary” means, *inter alia*, an act that “inflicts serious injury to established rights of foreign nationals”) [Anexo R-253].

⁶⁵³ Compare Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 581 (citando a *Saluka*, numeral 313), y *Genin*, numeral 368 (observe que mientras ‘el derecho internacional por lo general exige que un Estado se abstenga de tratos ‘discriminatorios’ de los extranjeros y de las propiedades de los extranjeros,’ no “exige que el Estado de un trato equitativo a todos los extranjeros (y a las propiedades de los extranjeros)... “y que “[d]e hecho, ‘incluso la distinción injustificable no puede estar sujeta a una acción.’” (cita interna omitida)).

debió haberse tomado con la intención de dañar al inversionista extranjero y debió haber causado un perjuicio real.⁶⁵⁴

332. Finalmente, a pesar de la formulación del estándar no perjudicial, cuando una medida o una distinción refleja “una relación razonable con políticas racionales,” dicha conducta no es ilegalmente arbitraria o discriminatoria.⁶⁵⁵ La viabilidad, además, depende del contexto. En este aspecto, la decisión de *Enron* es particularmente apropiada: porque las medidas adoptadas por Argentina “fueron las que el Gobierno creyó y entendió eran la mejor respuesta [a una] crisis en desarrollo,” y el tribunal declaró que estas medidas no fueron arbitrariamente ilegales.⁶⁵⁶

333. En este caso, los argumentos de discriminación y abuso de poder dla Demandante están estrechamente relacionados con sus acusaciones de conspiración en contra de BNM. Pero, no ha hecho nada para probar esta seria y perjudicial acusación. Teniendo en cuenta los problemas financieros de BNM, no hubo ningún acto arbitrario, discriminatorio o abusivo en la intervención de BNM cuando quebró, o de cómo resolver al banco de acuerdo con la ley para que la Demandada pueda proteger de la mejor manera a los depositantes y acreedores de BNM. Como declararon los señores Clarke y Powell, las acciones regulatorias prudentes fueron más que justas, y estuvieron en conformidad con las mejores prácticas globales.

334. Hasta ahora, La Demandante no ha mostrado ningún acto que este cerca de ofender el sentido del comportamiento judicial, de causar daño real, de arbitrariedad intencional, de mala fe, o la ausencia de una política estatal racional subyacente a las acciones de la Demandada. De este modo, incluso si se consideró que el trato arbitrario o discriminatorio (o abusivo) constituyen un trato injusto y no equitativo en virtud del TBI, la Demandada no ha actuado de manera arbitraria, discriminatoria o abusiva. La Demandada se referirá brevemente líneas abajo como las acusaciones de La Demandante no demuestran acciones arbitrarias, discriminatorias o abusivas por parte de las autoridades peruanas.

⁶⁵⁴ Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES* [TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN] 61-62 (1995) [Anexo R-255]; *Genin*, numeral 369 & n.95 (indicando que “la prueba de discriminación es la intención del gobierno” (cita omitida)).

⁶⁵⁵ *Saluka*, numeral 307; ver también *Lauder v. Republica Checa*, UNCITRAL, Laudo Firme, 03 de setiembre, 2001 (“*Lauder*”), numeral 232 (“la medida era arbitraria porque no se sustentaba en argumentos de hecho o de derecho...”).

⁶⁵⁶ *Enron*, numeral 281.

a. *Prácticas contables usadas durante la intervención de BNM*

335. La acusación de La Demandante de que los métodos contables de la SBS usados durante la intervención de BNM fueron arbitrarios y abusivos se basa en la malinterpretación fundamental de cómo se realiza la auditoría financiera de un banco. Los supuestos métodos contables incorrectos que La Demandante describe son en realidad los pasos típicos que la administración de una empresa toma para finalizar la auditoría externa de los estados financieros de fin de año. La SBS, en el rol de administrador de BNM durante la intervención, fue responsable de ajustar los estados financieros de fin de año de BNM para que mostraran de manera exacta la verdadera condición financiera de BNM, como lo constató PwC durante su auditoría. De esta manera, las acciones por las que La Demandante reclama no fueron ni inusuales ni inapropiadas y mucho menos arbitrarias.

b. *Administración de los activos de BNM durante la intervención*

336. Como se explicó líneas arriba, la reducción del valor de los activos de BNM que La Demandante atribuye a la administración de la SBS de BNM durante la intervención fue en realidad una revaluación del estado financiero de BNM para reflejar la contabilidad incorrecta y los problemas financieros causados por la administración de BNM antes de la intervención. Por otra parte, dado que BNM era insolvente y el valor residual de los activos no hubiera alcanzado a los accionistas, la administración de la SBS de los activos de BNM no hubiera podido causar daño alguno a la Demandante, en cualquier caso.

c. *Solicitud de BNM de un préstamo al BCR*

337. La Demandante afirma que el 5 de diciembre del año 2000 el BCR negó de manera arbitraria a BNM un préstamo mayor a US\$ 1.2 millones para cubrir el balance negativo de la cuenta corriente del banco. Sin embargo, que el BCR haya negado un préstamo de emergencia de US \$10 millones a un banco en quiebra, que no tenía suficiente garantía para asegurar un préstamo no sorprende ni ofende el comportamiento judicial. La decisión del BCR tampoco fue arbitraria porque la ley aplicable a esos préstamos requiere específicamente que el préstamo esté adecuadamente garantizado.

d. *Plan de “rescate” de los accionistas de BNM*

338. La Demandante afirma que las autoridades peruanas actuaron de manera arbitraria al no aprobar el plan de “rescate” propuesto por los ex-accionistas de BNM. Esta acusación no

suporte el escrutinio. Ante todo, fue totalmente razonable – y por lo tanto no arbitrario, discriminatorio, o un abuso de poder – que la Demandada pudiera rechazar un plan que no era legalmente viable, por las razones expresadas en la Sección II.D.5. En segundo lugar, La Demandante no sufrió perjuicio alguno por el hecho de que la Demandada no adoptara el plan. La Demandante tergiversa el plan de “rescate” al sostener que los accionistas de BNM propusieron recapitalizar el banco. De hecho, el plan requirió de considerables inyecciones de fondos de PCSF, los que por ley están condicionados a la liquidación del patrimonio de los accionistas para contrarrestar las pérdidas del banco que está en problemas financieros. La razón de esta condición es que los fondos del gobierno no pueden usarse en primera instancia para rescatar financieramente a los accionistas que realizaron una mala administración.⁶⁵⁷ Por lo tanto, una inyección de fondos de PCSF hubiera eliminado la participación accionaria de los accionistas de BNM. Además, inclusive si el gobierno hubiera contribuido con fondos que no estuvieron sujetos a las condiciones de PCSF, hubiera sido irreal e ilógico para el gobierno recapitalizar a BNM sin diluir o eliminar significativamente la participación accionaria de los accionistas. Debido a que los accionistas no pudieron mantener ninguna participación accionaria en BNM bajo su propio plan de “rescate,” no sufrieron perjuicio en virtud del hecho de que la Demandada no aceptó el plan.

e. Reducción de los activos de los accionistas de BNM

339. La Demandante afirma que la Resolución SBS No. 509-2001, en la cual la SBS publicó la reducción de los activos de BNM a cero, fue arbitraria y abusiva. Sin embargo, debido a que la resolución se basó en el hecho objetivo de la insolvencia de BNM, no fue por lo tanto ni arbitraria ni abusiva. Después de la intervención de BNM (debido a la falta de liquidez), de PwC y la SBS determinaron que BNM también era insolvente. Por lo tanto, el patrimonio de los accionistas de BNM no tenían valor. Luego la SBS publicó oficialmente los resultados de la auditoría de PwC y reconoció la eliminación del patrimonio de los accionistas de BNM en la Resolución SBS No. 509-2001. Considerar a la Demandada responsable de la Resolución SBS No. 509-2001 significaría que la Demandada fue de alguna manera responsable por la pobre administración de BNM, la que llevó a BNM a la quiebra en primera instancia.

⁶⁵⁷ Reglamento Operativo de PCSF, Resolución Ministerial No. 174-2000-EF, Art. 12 [Anexo R-071].

f. *La decisión de la SBS de liquidar a BNM*

340. La Demandante afirma que la decisión de la SBS de no tener esperanza de vender los activos de BNM como un bloque en el PCSF y de liquidar al banco fue arbitraria porque se basó en un informe de valoración incompleto. La Demandante malinterpretó los hechos y la ley relacionada con la decisión de la SBS de liquidar a BNM. Como se explicó en la Sección II.D.4, la SBS no dependió de la valoración de AA para decidir liquidar a BNM. En la Ley General de Banca, una liquidación es requerida legalmente al final de un periodo de intervención, a pesar del valor del banco. Es simplemente el siguiente paso en el proceso de resolución de un banco en quiebra. Por lo tanto, no hay bases de hecho o legales para que La Demandante reclame que la SBS dependió arbitrariamente de una valoración parcial para tomar la decisión de liquidar a BNM.

g. *Rumores sobre BNM*

341. La Demandante afirma que las agencias del estado peruano no desmintieron arbitrariamente los supuestos rumores relacionados con la (in)solvencia de BNM. Sin embargo, la SBS no decidió de manera arbitraria no formular declaraciones públicas para negar los supuestos rumores de BNM. En primer lugar, la SBS no estaba al tanto de dichos rumores hasta después de la intervención. En segundo lugar, aunque la SBS hubiera tenido conocimiento de los rumores, esta institución tiene una política de no comentar públicamente sobre ciertas instituciones, para no causar mayor preocupación e inestabilidad en el público sobre el banco en cuestión. De este modo, no hay base de hecho para las acusaciones de La Demandante de trato arbitrario y discriminatorio.

h. *“Rescates financieros” a otros bancos*

342. La Demandante argumenta que los supuestos rescates financieros del Banco Wiese Sudamaris y Banco Latino fueron discriminatorios vis-à-vis con BNM. La Demandada probará que esta acusación es falsa en la Sección III.C, la que trata directamente la acusación de La Demandante de haber violado la obligación de trato nacional de TBI. En resumen, la Demandada no “rescató financieramente” a los accionistas de algún banco que haya estado en situación similar; por lo tanto, no trató a BNM de manera arbitraria y discriminatoria al no tomar las mismas medidas vis-à-vis con los accionistas de BNM.

i. Disminución de los depósitos públicos

343. La Demandante sostiene que los retiros a mitad del año de 2000 de algunos de los fondos de las empresas estatales de BNM fueron discriminatorios, debido al impacto dispar que tuvieron en BNM. Esto es un hecho incorrecto. Todos los bancos peruanos del sector privado experimentaron una reducción en los depósitos públicos en la segunda mitad del año 2000; el cambio en el flujo de los fondos públicos no estuvo dirigido a BNM, ni afectó a BNM de manera desproporcional. Además, La Demandante no ha demostrado que la quiebra de BNM se debe a la reducción de depósitos públicos. Más bien, la crisis de liquidez de BNM fue causada por los retiros de los depósitos privados. En consecuencia, La Demandante no puede atribuir la quiebra de BNM a esta acción.

j. Reacción de la SBS a las decisiones judiciales

344. La Demandante afirma que la SBS actuó en desacato de las decisiones judiciales peruanas con relación al patrimonio de los accionistas de BNM y con relación a la entrega de información relacionada con el proceso de liquidación, y que estas acciones constituyeron un abuso de poder. Pero esta acusación está fundamentada en una caracterización incorrecta de hecho de las decisiones del poder judicial peruano. La Demandante no entiende que el poder judicial no se opuso a la autoridad de la SBS bajo la Ley General de Banca para determinar el valor real del patrimonio de BNM o para liquidar a BNM. Mientras que el poder judicial reconoció los derechos de los accionistas de BNM a tener una revisión judicial, este declaró que la SBS está autorizada – e inclusive obligada – a disponer de los bienes de BNM en el proceso de liquidación y a determinar si se había dejado cualquier valor residual al final del proceso.⁶⁵⁸ Por tanto, el poder judicial concluyó que la SBS no había abusado de su poder, además encontró que la SBS no había desacatado alguna de las decisiones del mismo.

345. La Demandante continúa acusando a la Demandada de ignorar las órdenes judiciales para producir información acerca del proceso de liquidación de BNM, aun cuando no existen dichas órdenes judiciales. La Demandante se basa en una decisión del tribunal de primera instancia que ya había sido anulada. El tribunal de apelaciones dictaminó que el tribunal de primera instancia no había evaluado de manera adecuada la validez de las razones de

⁶⁵⁸ Ver 63er Juzgado Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, 23 de octubre, 2002, Argumentos 11ro a 14to, páginas 9-12 [Anexo R-093].

la SBS de no producir más documentos (*es decir*, la SBS no podía producir documentos que no tenía físicamente). Además, la SBS ha producido miles de páginas conteniendo información para NMH, así como para la Demandante. Por lo tanto, la Demandada no ha ignorado ninguna decisión judicial o abusado de su poder.

5. El Perú no ha actuado de mala fe o con coerción, amenazante u hostigadora

346. La Demandante afirma que la Demandada actuó con coerción cuando (i) la SBS realizó la inspección de BNM en agosto del año 2000;⁶⁵⁹ (ii) se redujo el patrimonio de los ex-accionistas de BNM a cero;⁶⁶⁰ (iii) se promovió la venta de ciertos bienes de BNM a otro banco;⁶⁶¹ (iv) disolvió a BNM basándose en una valoración incompleta (la que La Demandante también califica un acto de mala fe);⁶⁶² y (v) se presentaron cargos criminales en contra de los ex-accionistas y administradores de BNM (lo que La Demandante también afirma constituye hostigamiento).⁶⁶³

347. Aunque los actos de mala fe, de coerción, las amenazas y el hostigamiento a un inversionista extranjero pueden constituir un trato injusto e inequitativo, dicho descubrimiento dependerá de si La Demandante demuestra que hubo un acto de mala fe y dependerá también de la severidad de la conducta.⁶⁶⁴ En efecto, es la severidad y el “abuso de [] los poderes regulatorios para fines ilegítimos” lo que distingue un acto ilegal del ejercicio legítimo de una autoridad soberana.⁶⁶⁵

348. La Demandante no pudo demostrar estos requerimientos por diversas razones, pero el principal de ellos es el hecho de que no ha podido establecer el acto de mala fe de la Demandada. De hecho, reconoció que no pudo probar ningún acto de mala fe por parte de la

⁶⁵⁹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 618.

⁶⁶⁰ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 619.

⁶⁶¹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 620.

⁶⁶² Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 621.

⁶⁶³ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 622.

⁶⁶⁴ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 616 (“Se configurara el incumplimiento cuando un Estado no actúe de Buena fe y su conducta sea suficientemente grave.”) (cita Newcombe & Paradell, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES, PÁGINA 294).

⁶⁶⁵ *Vivendi II*, numeral 7.4.24; ver también *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, CIADI Caso No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero, 2008 (“*Desert Line*”), numerales 186, 192-93 (se detectó la violación al trato justo y equitativo sobre la base de coacción económica y física).

Demandada; por el contrario, calificó las acciones por las que reclama como que acciones que “pudieron” haber sido provocadas de manera impropia.⁶⁶⁶ Como tal, los argumentos de La Demandante de la existencia una coerción debe fallar a primera vista.

349. Además, está claro que las acciones que La Demandante reclama no constituyen un abuso de poder regulatorio para finales ilegales. En primer lugar, la visita de inspección de la SBS en agosto del año 2000, que La Demandante trata de calificar como coerción, fue obligatorio bajo la Ley General de Banca y se realizó en el mismo periodo del año en que se realizaron las dos inspecciones anuales anteriores a BNM. La visita no fue excepcionalmente larga, ni hubiera causa de preocupación del público ya que todos los bancos del sistema financiero peruano están sujetos a visitas de inspección anuales. Tampoco fue, como afirma la Demandante, la segunda visita de inspección completa del año. Aunque la SBS había conducido una evaluación especial a la cartera de créditos de consumo de BNM en enero/febrero del año 2000 a solicitud de BNM, esa evaluación no fue una visita de inspección completa.

350. En segundo lugar, la resolución de la SBS de reducir el patrimonio de los ex-accionistas de BNM a cero no puede considerarse de ninguna manera como coerción. Como se explicó en la Sección II.D.2.c, BNM ya era insolvente y, por lo tanto, el patrimonio de sus accionistas no tenía valor. El hecho de que la SBS publicara este hecho en la Resolución No. 509-2001 no tuvo un efecto real en el valor del patrimonio de los ex-accionistas de BNM; sólo reconoció lo que ya era una realidad objetiva.

351. En tercer lugar, los esfuerzos de la SBS de transferir los activos y pasivos a otro banco como bloque después de la intervención no fue un acto de coerción y de ninguna manera incorrecto. Estos esfuerzos estuvieron expresamente autorizados por la Ley General de Banca. Una vez que un banco se cierra y es intervenido por la SBS, la venta de sus activos (a través de una venta en bloque o liquidación) es inevitable como materia de la ley peruana. Se autorizó a la SBS a intentar una venta en bloque porque era la mejor manera de recuperar el valor de los activos y pagar a los depositantes y acreedores de BNM.

⁶⁶⁶ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 623. No queda claro cómo conciliar el reconocimiento por parte de La Demandante de que no puede demostrar la mala fe de la Demandada mediante una afirmación infundada y concluyente, salvo su afirmación que la valorización del BNM se hizo de mala fe. Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 621.

352. En cuarto lugar, como se explicó en la Sección II.D.4, la valoración de BNM fue irrelevante para la disolución por mandato legal.

353. En quinto lugar, no fue una acción de coerción que la SBS presente cargos criminales en contra de los directores de los accionistas de BNM, NMH. Las investigaciones de la SBS revelaron serias actividades ilícitas y probables violaciones de las leyes bancarias del Perú por parte de dichas personas. Estas actividades ilícitas, como se explicó anteriormente, minaron la salud financiera de BNM y dañaron a los depositantes y acreedores de BNM. Por lo tanto, la SBS tuvo el deber de iniciar acciones legales en contra de todos los responsables de estas aparentes violaciones criminales de la ley peruana. Además, es difícil pensar en una función del estado que sea más intrínsecamente discriminatoria y menos susceptible de ser revisada en retrospectiva, que la discreción de acusar o no a un individuo de haber cometido delitos criminales sobre la base de buena fe para creer que un crimen ha sido cometido.

354. El informe, contradiciendo directamente las acusaciones no fundamentadas por parte de La Demandante de que la Demandada cometió actos de mala fe, muestra un gran número de ejemplos de los esfuerzos de buena fe de la Demandada para brindar asistencia a BNM para ayudarlo a superar los problemas financieros. Sin embargo, los directores de BNM se aprovecharon de la confianza y tolerancia de la SBS al presentar información financiera engañosa e incorrecta y que ponía en peligro al banco, debido a la canalización de sus recursos a otras empresas relacionadas. Por lo tanto, son los accionistas de BNM los que actuaron de mala fe. Además, los accionistas de BNM se embarcaron en una campaña de diez años de hostigamiento a las autoridades regulatorias y de difamación de los trabajadores del gobierno, quienes simplemente hicieron lo que se les solicitó que hicieran por ley. El daño a la reputación de la Demandada y a la legitimidad causado por la campaña de hostigamiento continúa con este procedimiento.

6. En todo momento el Perú ha garantizado a los ex-accionistas de BNM un debido proceso

355. La Demandante realiza varias acusaciones que califica como violaciones del debido proceso bajo la rúbrica del trato justo y equitativo, de la garantía de protección total y seguridad, así como de abuso de poder. Aunque estas acusaciones son incipientes y de largo alcance, pueden agruparse en términos generales dentro del grupo de procedimientos

administrativos y judiciales. Sin embargo, todos estos argumentos no tienen valor porque la Demandada ha brindado el debido proceso requerido por ley.

a. *El Perú ha garantizado a los ex-accionistas de BNM un debido proceso en cuanto a los procedimientos administrativos y reglamentarios.*

356. La Demandante afirma que la Demandada ha negado a La Demandante el debido proceso en los procedimientos administrativos y reglamentarios como resultado de (i) una supuesta falta de notificación y la oportunidad de formular observaciones antes de que se promulgara el decreto de emergencia para PCSF,⁶⁶⁷ (ii) la supuesta desestimación de la SBS de las decisiones de los tribunales peruanos,⁶⁶⁸ y (iii) la falta de recurso administrativo para impugnar el retiro de los fondos de las empresas estatales de BNM, la administración posterior a la intervención de BNM, y las resoluciones de la SBS con respecto a la intervención, a la reducción del patrimonio de los accionistas, y a la disolución de BNM.⁶⁶⁹ Las acusaciones no tuvieron bases de hecho o legales.

(i) *Promulgación del Decreto de Emergencia que creó el PCSF*

357. A La Demandante no se le negó el debido proceso en los procedimientos administrativos con respecto al decreto de emergencia del gobierno peruano creando el PCSF. No se puede interpretar el TBI como una garantía para que La Demandante pueda tener derecho a participar o comentar por adelantado sobre esa decisión.

358. Las decisiones de arbitraje de tratados de inversión anteriores han demostrado que no hubo falta del debido proceso administrativo. En *Waste Management II*, el tribunal equiparó la falta del debido proceso en procedimientos administrativos con “una completa falta de transparencia y franqueza.”⁶⁷⁰ El tribunal en *Mondev* declaró que los requerimientos procedimentales impuestos por la ley internacional dependen de “estándares generalmente aceptados de la administración de justicia.”⁶⁷¹ Igualmente, el tribunal de *Grand River* con

⁶⁶⁷ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 628-29.

⁶⁶⁸ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 630.

⁶⁶⁹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 606.

⁶⁷⁰ *Waste Management II*, numeral 98.

⁶⁷¹ *Mondev*, numeral 127; ver también *Thunderbird*, numeral 200 (“Los requisitos del debido proceso en sede administrativa son menos exigentes que los previstos en sede judicial.”).

aprobación citó el apoyo del Profesor Brownlie de “no brindar aquellas garantías que son por lo general consideradas indispensables para la correcta administración de justicia” como el estándar correcto.⁶⁷² Nada de lo que La Demandante ha afirmado se acerca a dichos estándares por falta al debido proceso administrativo.

359. El derecho a comentar un decreto de emergencia no es una garantía que está por lo general considerada como indispensable para la adecuada administración de justicia. No existe un requerimiento legal para que se le otorgue a los individuos el derecho a la notificación y la oportunidad de comentar antes que se emite una decisión regulatoria de carácter legislativo, *es decir*, decisiones con respecto a las medidas generalmente aplicables, que no dependen de los hechos específicos de una entidad en particular.⁶⁷³ Esto es particularmente verdadero en situaciones exigentes, como es una crisis económica. Desde luego, ningún estándar del debido proceso generalmente aceptado necesita que todos los inversionistas tengan la oportunidad de asistir a las reuniones del gobierno, y mucho menos a *participar* en la toma de decisiones del gobierno.⁶⁷⁴

360. Los casos como *Metalclad*, *Tecmed*, y *Middle East Cement*, en los que se apoyó La Demandante son infructuosos.⁶⁷⁵ En primer lugar, las acciones administrativas tratadas en esos casos fueron adjudicativas y por tanto dependen de hechos específicos a la inversión, más que al carácter legislativo. En segundo lugar, la decisión en dichas disputas no afectaron

⁶⁷² *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. v. Estados Unidos*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo, 12 de enero, 2011 (“*Grand River*”), numeral 223 (citando a Ian Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 506-07 (6ta ed. 2003)).

⁶⁷³ *Ver, por ejemplo*, Comisión Europea, Principios generales y normas mínimas para la consulta con la Comisión de partes interesadas, COM (2002) 704, 11 de diciembre, 2002 [Anexo R-258]; *United States Code* [Código de los Estados Unidos], Título 5, Sección 553(b) (exonerando las normas propuestas y requisitos comentados bajo la Ley de Procedimientos Administrativos de los US “cuando una entidad del Estado por una causa justificada ... dicha notificación y procedimiento publico del mismo no sea realizable, sea innecesario o sea contrario al interés público”); *id.*, Sec. 553(a) (se exceptúan los asuntos relacionados a la gestión pública y a la propiedad pública) [Anexo R-256]; *ver también* *BLACK’S LAW DICTIONARY* [DICCIONARIO DE DERECHO DE BLACK] 629 (8va ed. 2004) (“Los hechos legislativos usualmente no son específicos a una de las partes en el proceso.”) [Anexo R-257].

⁶⁷⁴ *Ver, por ejemplo*, *Estados Unidos Code* [Código de los Estados Unidos], Título 5, Sección 553(c) (otorgamiento de facultades discrecionales a las dependencias del Estado para hacer presentaciones orales sobre sus comentarios) [Anexo R-256].

⁶⁷⁵ *Ver* Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 624 n. 301, 629 & n.304.

solamente las condiciones generales bajo las cuales las inversiones operaron, pero fueron determinantes para los intereses de propiedad específicos investidos en los inversionistas.⁶⁷⁶

361. Aquí, ni los hechos, ni los derechos particulares de BNM estuvieron en juego en la promulgación de PCSF. De hecho, el decreto de PCSF no impuso ningún requerimiento en ninguna de las instituciones financieras. Simplemente crearon un programa para beneficiar a aquellas instituciones que escogieron participar y que brindaron acceso a los fondos del gobierno para facilitar fusiones voluntarias. Por tanto, el decreto de PCSF no tuvo impacto en los intereses de propiedad investidos en los accionistas de BNM, y ellos no tuvieron derecho a participar o hacer comentarios por adelantados.

(ii) Reacción a las decisiones judiciales

362. La Demandante afirma que la SBS violó los derechos del debido proceso de los accionistas de BNM al desestimar las decisiones judiciales cuando se realizaron las responsabilidades administrativas de la SBS. Este argumento no tiene validez, principalmente porque la SBS nunca desestimó ninguna decisión judicial. Como la Demandada ya ha explicado, los juzgados no invalidaron ninguno de los actos administrativos de la SBS. Es más, los juzgados han desestimado consistentemente los reclamos de los accionistas de BNM como infundados. Y, contrariamente a las acusaciones de la Demandante, la SBS ha participado y cooperado plenamente con cada una de las demandas que los accionistas de BNM han iniciado.

(iii) Disponibilidad de la Evaluación Administrativa

363. La Demandante objeta que la Demandada no dio una oportunidad a los ex-accionistas de BNM para impugnar por procedimientos administrativos el retiro de los fondos de las empresas estatales de BNM, la administración posterior a la intervención de BNM, y las resoluciones de la SBS en relación con la intervención, la reducción del patrimonio de los accionistas y la disolución de BNM. Sin embargo, por lo general no hay una norma aceptada que demande a un Estado a que brinde la revisión administrativa de las acciones administrativas, ni dicha revisión administrativa deberá considerarse como indispensable a la administración de

⁶⁷⁶ Ver *Metalclad*, numeral 91; *Tecmed*, numeral 162; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Republica Árabe de Egipto*, CIADI Caso No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril, 2002 (“*Middle East Cement*”), numeral 143; ver también Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 554 (señalando que los requisitos de notificación del debido proceso y los comentarios se aplican cuando “cambian los términos del derecho adquirido” (cita omitida)).

justicia. El deber del estado bajo la ley internacional es crear un sistema de justicia efectivo,⁶⁷⁷ no establecer cualquier asignación particular de poderes entre los organismos. Es el sistema en general, el que debe proveer los medios para rectificar los agravios.⁶⁷⁸ En el Perú, la disponibilidad de la revisión judicial de una acción administrativa brinda a los inversionistas todas las protecciones necesarias del debido proceso.⁶⁷⁹ Los accionistas de BNM pudieron haber tomado ventaja de varias oportunidades para obtener la revisión de las decisiones administrativas de la SBS e inclusive haber recibido una evaluación de los fondos legales de dichas decisiones. Los juzgados peruanos escucharon los argumentos de los accionistas de BNM, pero no estuvieron de acuerdo con ellos. La Demandante no puede en estos momentos reclamar violación del debido proceso, simplemente porque no está de acuerdo con el resultado de las demandas y hubiera preferido continuar con sus reclamos en un foro administrativo más que en uno judicial.

b. *El Perú ha garantizado a los ex-accionistas de BNM el debido proceso en los procedimientos judiciales y no les ha negado justicia.*

364. La Demandante también sostiene que la Demandada ha negado a los ex-accionistas de BNM el debido proceso en los procedimientos judiciales. Más específicamente, La Demandante califica (i) la disponibilidad y suficiencia de la revisión del retiro de los fondos de las empresas estatales y la administración posterior a la intervención de BNM, y en particular, lo que La Demandante califica como una decisión errada de la Corte Suprema peruana es la ratificación de la liquidación de BNM y la desestimación del argumento de la demanda de los accionistas de BNM por US\$ 280 millones en daños,⁶⁸⁰ y (ii) la supuesta conspiración del Presidente de la República, del Superintendente de la SBS y del Presidente del Congreso de interferir con el proceso judicial y de tener influencias en la decisión de la Corte Suprema.⁶⁸¹ La Demandante argumenta que estos actos y omisiones han negado justicia a los accionistas de BNM en los juzgados peruanos. Sin embargo, cada una de estas demandas se basa en hechos erróneos. Además, como se describió anteriormente, la suficiencia del proceso judicial peruano

⁶⁷⁷ *Grand River*, numeral 223 (citando a Jan Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 36 (2005)).

⁶⁷⁸ *Limited Liability Company Amtó v. Ucrania*, SCC Caso No. 080/2005, Laudo Firme, 26 de marzo, 2008, para 76.

⁶⁷⁹ *Ver Thunderbird*, numeral 201.

⁶⁸⁰ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 606-07, 608-09, 689-90, 693.

⁶⁸¹ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 693.

deberá evaluarse teniendo en cuenta la efectividad del sistema como un todo y los procesos generalmente aceptados del debido proceso. Como se explica a continuación, la revisión judicial que La Demandante ha recibido ha sido más que suficiente para brindar a los accionistas de BNM un debido proceso y demostrar que no se les negó justicia.

(i) Disponibilidad y Suficiencia de la Revisión

365. Los ex-accionistas de BNM no tuvieron restricciones para acceder a una revisión judicial efectiva en el Perú. Y, en efecto, han podido formular (y lo hicieron) ante los juzgados peruanos los mismos argumentos que La Demandante ha incluido en este arbitraje. La Demandante no ha demostrado de alguna manera en que momento se le impidió a los accionistas de BNM elevar estas demandas en los juzgados peruanos. Por lo tanto, es simplemente falso que los accionistas de BNM no hayan tenido acceso a la revisión judicial.

366. En distintos casos nacionales, los ex-accionistas de BNM han recibido una evaluación judicial de los fondos legales de las decisiones administrativas de la SBS. Aparentemente, La Demandante encuentra una falta en el hecho de que sus argumentos de derecho no prevalecieron en los procedimientos judiciales. Sin embargo, la suficiencia de la revisión judicial no puede juzgarse basándose en el resultado. Los ex-accionistas de BNM fueron capaces de formular sus argumentos, presentar evidencia y recibir de manera oportuna la revisión de los fundamentos de las acciones de la SBS. Si los reclamos del debido proceso fueran determinados por un resultado, los inversionistas extranjeros se verían alentados a negociar el arbitraje del tratado de inversión como un proceso de apelación. Pero, los tribunales de inversionistas-estado no son cortes superiores a la que los inversionistas pueden dirigirse para derogar una rutina, inclusive, decisiones erradas de los juzgados nacionales. Hasta al punto de que un tribunal podría considerar de manera apropiada si el inversionista ha experimentado la negación de justicia substantiva (a diferencia del procedimiento), la prueba es si la decisión judicial en cuestión produce un “impacto” o “sorpresa” en el tribunal imparcial que “lleva, a la reflexión, a justificar las preocupaciones así como el comportamiento judicial del resultado”⁶⁸² La sustancia de una decisión judicial puede llevar a encontrar una negación de justicia sólo

⁶⁸² *Mondev*, numeral 127.

“cuando la decisión es claramente arbitraria, injusta o idiosincrática, lo que demuestra mala fe”⁶⁸³ o “como un indicador de falta del debido proceso.”⁶⁸⁴

367. La decisión de los juzgados peruanos han sido enteramente encomiables; ni siquiera se acercan al umbral muy alto de impropiedad. Las decisiones del juzgado han sido lógicas y bien pensadas. Las decisiones han demostrado que los juzgados han tomado de manera seria los argumentos de los accionistas de BNM, aunque los juzgados en última instancia hayan decidido que los argumentos de los accionistas no tenían fundamento. Como un ejemplo, el 26 Juzgado Civil de Lima inicialmente otorgó medidas provisionales a los accionistas de BNM, hasta inclusive llegó a reemplazar de manera temporal a los interventores de la SBS con administradores nombrados judicialmente. Al final, sin embargo, el juzgado rescindió dicha medida y luego rechazó la demanda de los accionistas.

368. Generalmente, las decisiones de los juzgados peruanos demostraron la cuidadosa revisión que las demandas de los accionistas de BNM recibieron y la seriedad con la que los juzgados peruanos consideraron sus derechos legales. En los juzgados, los accionistas de BNM han desestimado las decisiones administrativas de reducir los depósitos públicos, de reducir el patrimonio de los accionistas de BNM y de liquidar a BNM. En cada caso, los accionistas no confirmaron sus acusaciones. Por tanto, en estas circunstancias, no existen bases para que La Demandante reclame que los accionistas de BNM no recibieron el debido proceso o para que se afirme que se le negó justicia en los juzgados peruanos.

369. La Demandante selecciona la decisión de la Corte Suprema ratificando la decisión de la SBS de liquidar a BNM como, desde su punto de vista, una violación particularmente mayúscula del debido proceso, ya que ella afirma que la decisión no fue solamente errónea, sino que estuvo indebidamente influenciada por presiones políticas. Sin embargo, el texto de la decisión muestra que se formuló una opinión totalmente honrada y bien razonada. En primer lugar, la decisión siguió de cerca los requerimientos legales expuestos en la Ley General de Banca. En segundo lugar, el juzgado aseveró las acciones razonables de la SBS, las que fueron totalmente consistentes con las mejores prácticas globales de la regulación

⁶⁸³ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan*, CIADI Caso No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio, 2008, numeral 653.

⁶⁸⁴ *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa*, SCC Arbitraje V (079/2005), Laudo Final, 12 setiembre, 2010 (“*RosInvestCo*”), numeral 279.

bancaria, *es decir*, cerrar un banco que es ilíquido y que no paga sus obligaciones, intentar transferir los activos y pasivos de un banco como un bloque, y eventualmente liquidar y disolver al banco que ya no existe. En tercer lugar, el juzgado interpretó de manera razonable las opiniones tempranas del 26 Juzgado Civil y de la Tercera Cámara de la Corte Superior de que la SBS no había cometido ningún acto ilícito al reconocer formalmente que las grandes pérdidas de BNM habían terminado con el patrimonio de los accionistas del banco. Como una simple cuestión de lógica, es difícil encontrar una falta con una conclusión de establecer que los dueños del banco no tendrían más participación accionaria después de que hicieron que el banco sea insolvente.

370. En la decisión lógica y razonada de la Corte Suprema, simplemente no hay evidencias de que la corte no haya hecho todo lo posible para llegar a alguna de sus conclusiones y ciertamente no evidencia para nada que la decisión fuera el resultado de la presión de la corte para desestimar las demandas de los accionistas de BNM

(ii) Supuesta conspiración e interferencia política

371. La Demandante sostiene que hubo interferencia política por parte del Presidente, del Congreso y de la SBS en ciertos procedimientos en los juzgados peruanos. Este es un cargo extremadamente grave y agresivo, y todavía La Demandante ha logrado introducirla sin ninguna evidencia. La acusación de La Demandante no tiene más pruebas que sólo conjeturas.

372. La Demandante afirma que las declaraciones públicas emitidas por los funcionarios del gobierno a los medios de comunicación influenciaron indebidamente a la Corte Suprema, que estuvo revisando las impugnaciones de los accionistas de BNM para impugnar la liquidación y disolución de BNM. La Demandante también argumenta que el Congreso usó un proyecto de ley que estableció los salarios de los jueces de la Corte Suprema para influenciar las decisiones de la corte en este caso. Al declarar esto, La Demandante impugna la independencia del Poder Judicial del Perú y reitera que sus acusaciones no tienen base o que no puede probarse la conspiración del gobierno en contra de BNM. Sin embargo, no ofrece evidencia real de que la corte estuvo influenciada de alguna manera por esos eventos, o de que los funcionarios o el Congreso intentaron por todos los medios influenciar de manera ilegal a la corte, o de que los funcionarios del gobierno conspiraron entre ellos mismos para realizar dichas acciones. El argumento descabellado de que se negó a los accionistas de BNM la justicia o el debido proceso

por una conspiración que no ha sido probada para ejercer influencias, que aún no han sido probadas, en la Corte Suprema del Perú, simplemente no se puede tolerar.

373. Además de no ser evidentemente compatibles, las acusaciones de La Demandante son inclusive más contradictorias. En otros puntos de su Memoria, se apoya y confía fuertemente en los informes sobre la situación de BNM emitidos por dos subcomités del congreso, los que no pudieron explicar cómo el Congreso del Perú pudo ser parte de la supuesta conspiración con el ejecutivo en contra de BNM y al mismo tiempo estar del lado de BNM para ir en contra del ejecutivo (*es decir*, SBS).

374. Sin evidencia de mala fe o de acción ilícita, las acusaciones de La Demandante en contra del gobierno no se pueden considerar como serias, y sobre todo, La Demandante debería ser censurada por emitir este tipo de acusaciones.

C. EL PERÚ NO TRATÓ DE MANERA MENOS FAVORABLE A BNM QUE A LOS BANCOS NACIONALES EN CIRCUNSTANCIAS SIMILARES

375. La Demandante alega que el Perú violó la obligación del trato nacional contenido en el Artículo 4 del TBI⁶⁸⁵ al concederle un mejor trato a otros bancos (peruanos) financieramente débiles y no a BNM, que es un banco francés. Como reconoce la Demandante, probar la violación de un trato nacional requiere (i) identificar que una firma nacional (o firmas) estaba en circunstancias similares a BNM y (ii) mostrar que BNM recibió un trato menos favorable que sus semejantes nacionales (iii) sin justificación razonable.⁶⁸⁶ La Demandante no ha probado ni una de estas condiciones necesarias, mucho menos todas.

1. BNM no estuvo en situación similar a la del Banco Crédito del Perú, Banco Wiese Sudameris, o Banco Latino, y su trato no fue menos favorable

376. La Demandante argumenta que BNM fue tratado de manera menos favorable por los reguladores de banca del Perú en comparación con algunos bancos nacionales: Banco Crédito del Perú, Banco Wiese Sudameris y Banco Latino. Sin embargo, como punto de partida, BNM no estuvo en circunstancias similares a las que estuvieron estos bancos.

⁶⁸⁵ Según el Artículo 4 del TBI Peru-Francia, “Cada una de las Partes Contratantes reconocerán... a los ciudadanos o empresas de la otra parte en temas relacionados a inversiones y actividades afines a estas inversiones no menos favorables que las que reconoce a sus ciudadanos o empresas...” [Anexo R-019].

⁶⁸⁶ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 637.

377. En oposición a las afirmaciones de la Demandante,⁶⁸⁷ una inversión nacional no se encuentra en las mismas circunstancias que una inversión extranjera simplemente porque ambas empresas se encuentran en la misma industria o son competencia. Es más, dicha determinación requiere de “una evaluación del entorno del hecho”⁶⁸⁸ y de “todas las circunstancias importantes.”⁶⁸⁹ De este modo, los tribunales han mirado regularmente más allá de la existencia de una relación de competitividad entre la inversión de La Demandante y el comparador similar propuesto para encontrar otros factores que perjudican la determinación de que las dos inversiones estaban en circunstancias similares.⁶⁹⁰ Por otra parte, entre los diferentes comparadores potenciales, es la inversión nacional que se parece *más* a la inversión extranjera la que debe servir como elemento de comparación.⁶⁹¹

378. Los tribunales también estudiaron las razones detrás de cualquier trato diferencial para determinar circunstancias similares. Cuando las diferencias de trato entre una inversión nacional e internacional están razonablemente relacionadas con una política racional, se considerará que las inversiones no están en circunstancias similares para los fines de este trato regulatorio particular.⁶⁹² En otras palabras, el tercer elemento tradicional del análisis de trato nacional (*es decir*, la justificación razonable por cualquier trato diferencial) puede de hecho informar al primer elemento (*es decir*, siempre que se considere que las entidades estén en circunstancias similares).

379. Aquí, BNM no estuvo en las mismas circunstancias que el Banco de Crédito del Perú, Banco Wiese Sudameris, o Banco Latino. En primer lugar, estos tres bancos estaban considerados como bancos sistemáticos importantes, cuya quiebra podría causar interrupciones masivas en todo el sistema financiero. El Banco de Crédito y el Banco Wiese Sudameris fueron el primer y segundo banco más grandes del Perú hasta noviembre del año 2000, y, juntos

⁶⁸⁷ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 641.

⁶⁸⁸ *Pope & Talbot Inc. v. Gobiernos de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo sobre el Fondo de la Fase 2, 10 de abril, 2001 (“*Pope & Talbot*, Fase 2”), numeral 75

⁶⁸⁹ *United Parcel Service of América Inc. v. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo, 24 de mayo, 2007 (“*UPS*”), numeral 87.

⁶⁹⁰ Ver, por ejemplo, *Bayindir*, numeral 402; *UPS*, numeral 102; *Champion*, numerales 154-56; *Marvin Feldman v. México*, CIADI Caso No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 diciembre, 2002 (“*Feldman*”), numerales 170-72; *Pope & Talbot*, Fase 2, numerales 87-88.

⁶⁹¹ Ver *Methanex*, pt. IV, ch. B, numeral 17.

⁶⁹² Ver *Pope & Talbot*, Fase 2, numeral 79; *GAMI*, numeral 114.

representaban 44% de los préstamos hechos en el Perú y 51% de todos los depósitos peruanos.⁶⁹³ La importancia sistémica del Banco Latino vino del hecho de que tuvo una red muy grande de depositantes individuales. La quiebra del Banco Latino hubiera afectado a una gran parte del público en general, y por lo tanto hubiera podido minar de manera significativa la confianza pública en la seguridad del sistema bancario, que hubiera podido desencadenar la quiebra de otros bancos.

380. En contraste, BNM representaba sólo alrededor de 4% de todos los préstamos en el sistema financiero y el 2% de los depósitos hasta noviembre del año 2000.⁶⁹⁴ En comparación con el Banco Latino, los depósitos de BNM venían de un número pequeño de depositantes que eran por lo general negocios, otros bancos y empresas estatales, no del público en general. Por lo tanto, la quiebra de BNM no hubiera (y de hecho no lo hizo) desestabilizado al sistema financiero, a tal grado, que el gobierno pensó lo hubiese hecho la quiebra del Banco de Crédito, Banco Wiese, o Banco Latino. De este modo La Demandante no puede establecer que los últimos bancos estuvieron en la misma circunstancia que BNM, para que se hubiera requerido de dicho trato.

381. Críticamente, La Demandante tampoco puede mostrar que BNM fue de hecho tratado de manera diferente o que los resultados para estos otros inversionistas de bancos fuera más favorable que el resultado experimentado por los accionistas de BNM. Así, La Demandante tampoco puede mostrar el segundo argumento de trato nacional – los accionistas de BNM no experimentaron un trato menos favorable que los inversionistas peruanos.

382. Sin embargo, antes de comparar el trato de BNM con el trato de los tres otros bancos identificados por la Demandante, es más relevante bajo la regla de *Methanex* considerar que el trato del banco que fue lo más similar que BNM en el momento, NBK Bank. NBK Bank era de un tamaño similar: era responsable del 3.3% de todos los préstamos en el sistema financiero y del 1.9% de depósitos. El 11 de diciembre de 2000, NBK tampoco pudo pagar sus obligaciones y fue excluido del proceso de compensación de cheques del Perú, así como BNM. De este modo, la SBS estaba obligada a intervenir a NBK Bank, así como se requiere que hacer con BNM. De manera notable, BNM recibió el mismo trato que NBK Bank. Después de la

⁶⁹³ Datos de la SBS sobre clasificación de bancos por tamaño al 30 de noviembre de 2000 [Anexo R-169].

⁶⁹⁴ Datos de la SBS sobre clasificación de bancos por tamaño al 30 de noviembre de 2000 [Anexo R-169].

intervención de NBK, la SBS se entregó a NBK Bank un Régimen Transicional Especial para que otro banco pueda adquirirlo usando el financiamiento de PCSF. Y, cuando el Banco Financiero adquirió en última instancia al NBK Bank usando el PCSF, el patrimonio de los accionistas en NBK Bank fue usado completamente para compensar las pérdidas del banco. Por lo tanto, así como los accionistas de BNM, y NBK Bank perdieron su participación accionaria e inversión en el NBK Bank como resultado de las grandes pérdidas de sus bancos. Sin embargo, a diferencia de BNM, los accionistas del banco NBK no interfirieron con el proceso de intervención y no interpusieron ninguna demanda en contra de la SBS, originando un proceso mucho más viable y eficiente. En resumen, BNM fue tratado de manera tan favorable como se trató al comparador nacional más parecido, NBK Bank.

383. En cuanto a los otros tres bancos, primero, La Demandante argumenta que la SBS y el MEF rechazaron los rumores sobre el Banco de Crédito y Banco Wiese, pero no rechazaron los rumores de BNM. Esto es de hecho incorrecto. Como el Superintendente en el momento, Luis Cortavarría, recuerda, el no hizo declaraciones públicas que desmintieron los rumores acerca de cualquier institutico financiera específica durante este tiempo porque su política era no emitir comentarios. Por el contrario, sólo emitió declaraciones generales acerca del bienestar global del sistema bancario. Esto es totalmente consistente con las prácticas de las regulaciones bancarias mundiales, según Robert Clarke y Donald Powell. Los artículos periodísticos que La Demandante cita de hecho corroboran la recolección de Cortavarría; todas sus declaraciones están relacionadas con el bienestar del sistema bancario, y no se refirieron a los temas financieros del Banco de Crédito o Banco Wiese en particular.⁶⁹⁵ Sin embargo, incluso a modo explicativo, los comentarios de Cortavarría deben ser tratados como respuestas a rumores sobre estos dos bancos en particular (que no fueron en realidad), dichas declaraciones hubieran estado justificadas debido a la importancia sistemática del Banco de Crédito y Banco Wiese.

⁶⁹⁵ Ver “SBS denies rumors of more interventions in the banking system” [Desmiente rumores de intervención bancaria], *Gestión*, 30 de enero, 2001 (según Cortavarría, “El sistema bancario se viene consolidando de manera ordenada y el nivel de morosidad está estable, además creemos que va a continuars en este proceso de estabilidad y consolidación...” [Anexo R-179]; “Ministro Silva Ruete denounces attempts to destabilize the economy” [Ministro Silva Ruete denuncia intentos de desestabilizar la economía], *El Peruano*, 31 de enero 31, 2001 (según el Ministro de Economía y Finanzas, “No existe ningún problema en el sistema financiero nacional.”) [Anexo R-180]; “SBS rules out further interventions” [SBS descarta nuevas intervenciones], *Correo*, 30 de enero, 2001 (“Cortavarría sostuvo luego, en un programa de televisión, que el sistema bancario se encuentra estable y continuará así...” [Anexo R-178].

384. Segundo, La Demandante afirma que el gobierno rescató financieramente al Banco Latino y al Banco Wiese cuando tuvieron problemas financieros, y que no se brindaron los mismos beneficios a BNM. Como se acaba de tratar, el gobierno era responsable de manejar la crisis del Banco Latino y Banco Wiese que fue diferente a la crisis de BNM porque estos ex-bancos fueron sistemáticamente importantes. Sin embargo, inclusive si el Tribunal hiciera la comparación, el trato no fue más favorable que el experimentado por BNM porque, como se señala en la Sección II.C.3. antes mencionada, el gobierno no “rescató financieramente” a los accionistas del Banco Latino o Banco Wiese. Con el Banco Latino, el gobierno comprometió algunos fondos y nacionalizó de manera efectiva al banco; el accionariado fue severamente diluido y eliminado eventualmente. Para el Banco Wiese, el gobierno no terminó pagando ningún fondo público, y en el proceso de dicha fusión, los accionistas del Banco Wiese perdieron control del accionariado en el banco.

385. Considerablemente, si el gobierno hubiera tratado a BNM exactamente como trató al Banco Latino o Banco Wiese, los accionistas de BNM hubieron aún perdido su accionariado y el control del banco. Por lo tanto, La Demandante no puede argumentar que los inversionistas recibieron un trato más favorable que el de los accionistas de BNM, y el argumento de que el gobierno discriminó a BNM deberá desestimarse incluso si esos bancos estuvieran, contrario al hecho, en circunstancias similares a BNM.

2. La Demandante no puede afirmar que el trato a BNM fue diferente al del Banco de Comercio

386. No está claro porque La Demandante afirma que la Demandada violó el Artículo 4 del TBI por el trato que le dio al Banco de Comercio, porque La Demandante no ha expresado como BNM y el Banco de Comercio fueron similares ni se identificaron las formas en las que el Banco de Comercio fue tratado de manera más favorable que BNM por el gobierno. Al parecer La Demandante está tratando de afirmar que aunque el Banco de Comercio haya tenido peores indicadores de liquidez que BNM al momento de la intervención de BNM, la SBS no intervino en el Banco de Comercio como lo hizo en BNM.

387. Si ese es el argumento de la Demandante, el reclamo no procede porque las bases legales para la intervención de los reguladores peruanos no dependen de los indicadores de liquidación de un banco. Simplemente no es importante si los indicadores de liquidez del Banco de Comercio fueron más fuertes, más débiles o iguales a los indicadores de BNM. Sólo

importaba que BNM haya tenido una crisis de liquidez tan severa que no hubieran podido cubrir los cheques emitidos y por tanto no hubiera podido pagar sus obligaciones. Por lo tanto se le pidió a la SBS de manera legal que interviniera en BNM. Si el Banco de Comercio no hubiera pagado sus obligaciones, o hubiera amenazado las otras bases legislativas, entonces la SBS hubiera tenido que intervenir también al Banco de Comercio. Debido a que La Demandante no ha mostrado como el Banco de Comercio tuvo un trato más favorable que BNM,⁶⁹⁶ La Demandante no ha demostrado de manera adecuada que hubo violación del trato nacional con relación a este punto.

D. EL PERU NO EXPROPIO INDIRECTAMENTE LAS INVERSIONES DE LOS EX-ACCIONISTAS DE BNM

388. La Demandante sostiene que la totalidad del tratamiento del Peru con respecto al BNM, comenzando con la visita de inspección de la SBS efectuado en el mes de Agosto del 2000, hasta haber intervenido al BNM en Diciembre del 2000 y su eventual liquidación, constituye una expropiación progresiva de la inversión efectuada por los accionistas del BNM en el banco.⁶⁹⁷ De acuerdo con el Artículo 5(2) del BIT, el estado anfitrión “no adoptará medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto privaría, de manera directa o indirecta, inversiones de personas naturales o empresas de la otra Parte Contratante (colectivamente, “por expropiación”), salvo en caso de un propósito público, de manera no discriminatoria y, a cambio de una pronta y adecuada compensación. Una expropiación puede ocurrir cuando se priva a un inversionista del valor económico de la inversión o de sus derechos en la misma.”⁶⁹⁸

389. Sin embargo, al contradecir una afirmación de la Demandante,⁶⁹⁹ es ampliamente conocido que no toda medida regulatoria con un potencial efecto negativo sobre el valor de una inversión puede considerarse como una expropiación.⁷⁰⁰ Tal como reconoce el mismo

⁶⁹⁶ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 666-70.

⁶⁹⁷ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 709-11.

⁶⁹⁸ Ver, por ejemplo, *Tecmed*, numeral 116.

⁶⁹⁹ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 709.

⁷⁰⁰ Ver, por ejemplo, Úrsula Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State* [Apropiaciones estatales: cómo equilibrar los intereses del inversionista y el estado], 8 J. *WORLD INVESTMENT AND TRADE* [INVERSIÓN Y COMERCIO MUNDIAL] 717, 720-21 (2007) (citando a Ian Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 209 (2003)) [Anexo R-259]; Christoph H. Schreuer, *The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties* [El concepto de expropiación según el ECT y otros tratados para la protección de inversiones] en *INVESTMENT ARBITRATION AND THE ENERGY CHARTER TREATY* [EL

Demandante en otro lugar,⁷⁰¹ se diferencia una regulación no compensable de una expropiación, *inter alia*, por el grado de privación del inversionista a su inversión y la naturaleza de la medida gubernamental.⁷⁰²

390. En este caso, ya que no se privó a los anteriores accionistas del BNM de ninguno de sus derechos o valores económicos en su inversión y *además* porque todas las acciones del Perú fueron un ejercicio legítimo y soberano de sus facultades reglamentarias, no hubo una expropiación. Por lo tanto no existe siquiera la necesidad de definir el criterio correspondiente a la legalidad de una expropiación.

1. Peru No Privó a los Anteriores Accionistas del BNM de su Inversión

391. A fin de determinar una expropiación de acuerdo con el derecho internacional, un acto de gobierno debe imponerle al inversionista, como mínimo, una “privación considerable” de sus derechos de propiedad.⁷⁰³ De hecho, muchos tribunales insisten sobre el hecho de que la medida debe causar una privación total de los derechos del inversionista a fin de considerar el hecho como punible.⁷⁰⁴ Los tribunales internacionales han determinado que los actos de un estado pueden ser considerados como una expropiación “si los activos o derechos sujetos a tal(es) medida(s) se ven afectados de modo tal que . . . se halla neutralizado o destruido el valor económico del uso, usufructo o disposición de los activos o derechos afectados por la acción o decisión administrativa.”⁷⁰⁵ En este caso no ha habido ninguna privación como la antes descrita.

ARBITRAJE DE INVERSIONES Y EL TRATADO SOBRE ENERGÍA] 108, 144 (Clarisse Ribeiro ed., 2006) [Anexo R-260].

⁷⁰¹ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 714, 754, 773-74.

⁷⁰² Catherine Yannaca-Small, “*Indirect Expropriation*” and “*Right to Regulate*” in *International Investment Law* [La “expropiación indirecta” y el “derecho a regular” en el derecho internacional sobre inversión], OECD, *Working Papers on International Investment* [Documentos de trabajo sobre inversión internacional] 2004/4, página 10 [Anexo R-261].

⁷⁰³ *Pope & Talbot Inc. v. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo Interino, 26 de junio, 2000 (“*Pope & Talbot*, Laudo Interino”), numeral 102 (se han omitido las comillas y las citas).

⁷⁰⁴ Ver, por ejemplo, *Total*, numerales 195-96 (conclusiones que una expropiación exige “una privación total sobre el valor de la inversión o una pérdida total del control por parte de los inversionistas de sus inversiones, ambos con vocación de permanencia”); *Tecmed*, numeral 115 (exige que “los activos involucrados hayan perdido su valor económico para su titular”); *Fireman’s Fund Insurance Co. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/02/01, Laudo, 17 de julio, 2006 (“*Fireman’s Fund*”), numeral 176(c) (exige una “privación sustancialmente completa del uso económico y del disfrute de los derechos de propiedad”).

⁷⁰⁵ *Tecmed*, numeral 116.

a. *La Inversión de los Anteriores Accionistas del BNM No Tuvo Valor Económico*

392. La Demandante identifica la disolución del BNM, a partir del 18 de Octubre, 2001, como el momento en el cual las acciones de la Demandada resultaron en una expropiación.⁷⁰⁶ Sin embargo, la inversión de los anteriores accionistas del BNM ya había perdido todo su valor económico – es decir, el banco ya estaba en quiebra – en Junio del 2000, y quizás aún antes, de acuerdo con el análisis del perito evaluador Brent Kaczmarek de la empresa Navigant Consulting. Por lo tanto, aún antes del primer acto de la presunta expropiación mencionada por La Demandante (la visita de inspección de la SBS de agosto del 2000), la inversión reclamada no tenía ningún valor. Por cierto, al momento de la intervención del BNM el 5 de Diciembre del 2000, el banco no era solvente y el BNM tuvo una crisis de liquidez de modo que ya no pudo honrar los cheques que había emitido ni honrar sus pagos de obligaciones a sus clientes. Los Gerentes del BNM decidieron cerrar el banco el 5 de Diciembre del 2000, horas antes de la intervención de la SBS en esa misma fecha. En vista del hecho de que la inversión ya no valía nada, no se le estaba privando de ningún valor económico a los accionistas anteriores del BNM.

393. Es más, el BNM tuvo pérdidas, razón por la cual el banco no tuvo valor dada su mala gestión, la pérdida del valor de la cartera de activos del banco y el aprovechamiento propio de los directores – y no debido a ninguna acción de los reguladores de la banca del Perú. Tal como ha reconocido el tribunal en *Feldman*, “cada problema comercial experimentado por un inversionista extranjero no constituye una expropiación indirecta o progresiva...”⁷⁰⁷ Ya que la responsabilidad por la pérdida de valor del BNM a partir de mediados del 2000 recaía en los gerentes, directores y accionistas del BNM – y no sobre la Demandada – la Demandante no puede afirmar que los actos de los reguladores a fines del 2000 conllevaron a la expropiación de la inversión de los accionistas del BNM.

⁷⁰⁶ Ver Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numeral 711.

⁷⁰⁷ *Feldman*, numeral 112.

b. El Perú No le Privó a los Anteriores Accionistas de Ninguno de sus Derechos Inalienables sobre su Inversión

394. Una demanda por expropiación también puede surgir por la interferencia de un derecho del inversionista a su inversión.⁷⁰⁸ Sin embargo, el derecho internacional solo protege a los derechos de propiedad inalienables. Tal como reconoció el tribunal *Thunderbird*, “cuando se puede determinar que el inversionista o la inversión nunca usufructuó de un derecho otorgado en una actividad empresarial . . . ,” no se le debe compensación.⁷⁰⁹

395. Un derecho inalienable es aquél que es absoluto e incondicional, en lugar de depender de la ocurrencia o no ocurrencia de un evento.⁷¹⁰ En este caso, los anteriores accionistas del BNM no tuvieron derechos inalienables para seguir administrando y controlando el banco. De acuerdo con la ley en el Perú, los derechos relacionados a la propiedad y la administración de una institución financiera necesariamente dependen de la no ocurrencia continua de ciertos eventos, tales como no honrar cheques girados sobre cuentas bancarias.⁷¹¹ La ley del Perú es explícita, por ejemplo, si el banco no tiene liquidez y no cumple sus obligaciones, la gerencia y los accionistas perderán el control del banco a través de una intervención y los activos del banco serán vendidos o liquidados. Estos elementos de la ley del Perú definen y limitan el ámbito de los derechos de propiedad de los anteriores accionistas del BNM en el mismo.

396. La Demandante no puede denunciar las acciones del Gobierno del Perú que legalmente impuso estas limitaciones sobre su propiedad y control del banco, porque los derechos que tenían los accionistas del BNM siempre estuvieron sujetos a dichas limitaciones. Todos los bancos en el Perú estuvieron sujetos al mismo marco legal y los accionistas del BNM tendrían que haber estado bien familiarizados con el mismo durante la vida operativa del BNM. Apenas el BNM no pudo honrar sus obligaciones de pago y se desencadenó una intervención

⁷⁰⁸ Ver, por ejemplo, *Starrett Housing Corp. v. Iran*, Laudo No. 32-24-1, Laudo Interlocutorio, 19 de diciembre, 1983, 4 Iran-U.S. C.T.R. 122, 154 (“*Starrett Housing*”); *Pope & Talbot*, Laudo Temporal, numeral 102.

⁷⁰⁹ *Thunderbird*, numeral 208.

⁷¹⁰ Ver *BLACK’S LAW DICTIONARY* [DICCIONARIO DE DERECHO DE BLACK], página 1595 (definición de “vested” “gozar de”) [Anexo R-257].

⁷¹¹ Ley General de Banca Ley General de Banca, Art. 104 [Anexo R-021]; ver también Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law* [Los límites de la expropiación regulatoria en el derecho internacional], 20 REV CIADI.-F.I.L.J. 1, 21 (2005) (“[L]os derechos de propiedad tienen limitaciones inherentes – nunca son absolutos. La propiedad es una institución social que cumple funciones sociales.”) [Anexo R-262].

obligatoria del SBS, sus accionistas perdieron el derecho de controlar o administrar el BNM. Es de notar, que esto se debió básicamente por el incumplimiento de los requerimientos para la operación continua del BNM; es decir, que la pérdida de control de parte de los accionistas sobre el banco ocurrió como un asunto de derecho de quiebra financiera del banco, y no por cualquier acto de discreción de la Demandada. Dichas “pérdidas que le ocurren al inversionista debido a riesgos comerciales” no están protegidas bajo ningún tratado de inversión.⁷¹² Sin embargo, los accionistas del BNM si retuvieron sus derechos al valor residual del BNM (de haberlas) luego que el BNM haya pagado todas sus obligaciones, y además retiene el derecho a una revisión judicial de las acciones del SBS de acuerdo con la Ley del Perú, y nunca hubo una privación de dichos derechos.

397. En resumen, los derechos de los anteriores accionistas del BNM para seguir administrando y controlando el BNM fueron meramente derechos subordinados y ya que los anteriores accionistas no fueron privados de ningún otro derecho en el BNM, no hubo una expropiación de un derecho de propiedad inalienable y protegido.

398. Al alegar que hubo una expropiación, La Demandante además alega que los anteriores accionistas del BNM esperaron que la Demandada garantizara un crecimiento de plazo largo y un retorno sobre la inversión⁷¹³ y que dichas expectativas definieron aún más los derechos que presuntamente fueron expropiados por la Demandada.⁷¹⁴ Sin embargo, dichas “expectativas” no son razonables o legítimas, y, aún en casi de serlo, “la pérdida de beneficios o expectativas no constituye suficiente criterio para una expropiación, a pesar de ser necesario.”⁷¹⁵ En otras palabras, “en todas partes es un hecho real que las personas pueden sentirse desalentadas al tratar con autoridades públicas,”⁷¹⁶ pero estos desacuerdos con las acciones de los reguladores no convierten a la regulación legítima del sistema financiero de la Demandada en una expropiación de la inversión de la Demandante. En su lugar, el ámbito de los derechos protegidos está *limitado* por los riesgos que un inversionista puede esperar, tales como

⁷¹² *Middle East Cement*, numeral 153.

⁷¹³ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 759-63.

⁷¹⁴ Memorial de los Méritos presentada por La Demandante, numerales 754, 768.

⁷¹⁵ *Waste Management II*, numeral 159.

⁷¹⁶ *Robert Azinian y otros v Los Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 01 noviembre, 1999, numeral 83.

“posibilidades y peligros resultantes de condiciones económicas generales,”⁷¹⁷ un malestar político, social y económico,⁷¹⁸ o la respuesta razonable del gobierno a las condiciones políticas, económicas y sociales cambiantes.⁷¹⁹ El BIT no constituye una garantía de éxito económico – un hecho particularmente importante y que deber recordarse es cuando el inversionista ha incurrido en una mala gestión de su propia inversión.

2. La Ley General de Bancos del Perú es un Ejercicio Legítimo de sus Facultades Regulatorias

399. Aun si los accionistas anteriores del BNM tuvieron derechos inalienables en la administración y operación continua del BNM (lo cual no es cierto), y aún si fueron privados de estos derechos por acciones atribuibles a la Demandada y no por su propio mal manejo (lo cual no es cierto), pudo haber habido una expropiación porque las acciones del Perú fueron un ejercicio legítimo de sus poderes soberanos y tradicionales para regular y garantizar la seguridad del sistema financiero de la Nación.

400. Los tribunales han sostenido reiteradamente que un estado no puede ser responsable por las expropiaciones como resultado del ejercicio legítimo de su poder inherente de regular a fin de proteger, *inter alia*, el bienestar y orden público.⁷²⁰ Por ejemplo, el Tribunal

⁷¹⁷ *Oscar Chinn (U.K. v. Belg.)*, 1934 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 63 (12 de diciembre), numeral 100.

⁷¹⁸ *Ver Starrett Housing*, página 156 (“Los inversionistas en Irán, al igual que los inversionistas en otros países, tienen que asumir el riesgo de que en el país hayan huelgas, cierres patronales, manifestaciones, cambios al sistema económico y político y hasta una revolución.”).

⁷¹⁹ *Ver Feldman*, numeral 112.

⁷²⁰ *Ver, por ejemplo, Chemtura*, numeral 266; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. La Republica de Argentina*, CIADI Caso No. ARB/03/19 and *AWG Group v. La Republica de Argentina*, UNCITRAL, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio, 2010, numeral 139 (“Como se ha señalado en diversos casos, al evaluar cualquier demanda relacionada con una expropiación es importante reconocer el legítimo derecho del Estado a regular y ejercer sus facultades fiscalizadores con un fin de bienestar público y a no confundir las medidas de esta naturaleza con la expropiación.”); *Total*, numeral 197; *Fireman’s Fund*, numeral 176(j); *Methanex*, pt. IV, ch. D, numeral 7 (“[C]omo asunto general de derecho internacional, una norma no discriminatoria para un fin público, que sea aprobada de acuerdo con el debido proceso y que afecta, inter alias, a un inversionista o una inversión extranjera no será considerada una medida expropiatoria y compensable salvo que el gobierno haya asumido compromisos específicos al inversionista extranjero putativo considerando la inversión siempre que el gobierno se abstenga de dicha norma.”); *Feldman*, numeral 103; *CME Republica Checa B.V. v. Republica Checa*, UNCITRAL, Parcial Laudo, 13 de setiembre, 2001 (“CME”), numeral 603 (“Obviamente, la privación de la propiedad y/o los derechos de propiedad debe diferenciarse de las medidas ordinarias que toma el Estado y sus dependencias al hacer cumplir la ley. Las medidas reguladoras son comunes en cualquier tipo de sistema legal y económico con el fin de evitar el uso de la propiedad probada en tal forma que atente contra el bienestar general Estado (anfitrión).”); *RESTATEMENT OF THE LAW (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE ESTADOS UNIDOS* [REFORMULACIÓN DE LA LEY (TERCERO) DE LA LEY DE RELACIONES EXTERIORES DE LOS ESTADOS UNIDOS] § 712, cmt. g [Anexo R-253]; Ian Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* [PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Saluka explicó que “[el] derecho internacional ya ha establecido que los Estados no son responsables por el pago de una compensación a un inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades normativas, adopta de manera no discriminatoria regulaciones *bona fide* cuyo fin es el bienestar público.”⁷²¹ El Tribunal *Tecmed* determinó que “es innegable que el principio del ejercicio de los poderes soberanos de un Estado dentro del marco de su facultad fiscalizadora puede causar daños y perjuicios económicos a aquellas personas sujetas a sus poderes como administrador sin otorgarles el derecho a ninguna compensación de cualquier índole.”⁷²² De igual modo, el Tribunal *Lauder* sostuvo que un estado “no es responsable por los daños económicos que resultan de la regulación *bona fide* dentro de sus facultades fiscalizadoras aceptadas”⁷²³

401. Una vez que el BNM incumplió con el pago de sus obligaciones, la intervención, liquidación y disolución del banco fue de oficio y se llevó a cabo de conformidad con la Ley General de la Banca del Perú.⁷²⁴ De igual modo, las acciones de la Demandada en cuanto al manejo de las dificultades financieras sistémicas del Perú en ese momento y a tratos con las instituciones financieras débiles tales como el BNM también fueron totalmente consistentes con la legislación del Perú y con las mejores prácticas reglamentarias internacionalmente reconocidas. Por lo tanto, solamente se puede considerar que la Demandada es potencialmente responsable por la pérdida del valor económico del BNM y de los derechos subordinados de control y administración de los anteriores accionistas, si el sistema de regulación financiera del Perú y el ejercicio de la discreción de sus autoridades bajo ese sistema reglamentario no fueron un ejercicio *bona fide* de los poderes regulatorios soberanos del Perú.

402. Una de las funciones medulares de un estado moderno es la regulación de su sistema financiero con la finalidad de preservar su solvencia y estabilidad. Todas las principales economías tienen regímenes similares de regulación y supervisión bancaria. El derecho de operar y controlar un banco siempre depende de la satisfacción del regulador con respecto a la adecuada solvencia del banco y que éste pueda recibir depósitos del público; un banco que no

PÚBLICO] 509 (2003) (“Las medidas del Estado, prima facie un ejercicio legítimo de los poderes del Estado, pueden afectar los intereses extranjeros de manera considerable sin llegar a una expropiación.”) [Anexo R-220].

⁷²¹ *Saluka*, numerales 255-57; ver también *id.*, numeral 262.

⁷²² *Tecmed*, numeral 119.

⁷²³ *Lauder*, numeral 198.

⁷²⁴ Ley General de Banca, Arts. 104, 107, 114 [Anexo R-021].

cumple con dicho requerimientos se cierra. Es más, en todo el mundo las regulaciones prudenciales de las instituciones financieras están obligadas a incluir el ejercicio de criterio y una significativa discreción reglamentaria; los reguladores toman decisiones subjetivas necesarias y deben hacerlas rápidamente a fin de proteger el banco contra una corrida y otras influencias desestabilizadoras. Dados estos regímenes reglamentarios comunes, el determinar que las acciones del Perú constituyen una expropiación indirecta podría tener ramificaciones peligrosas y de largo alcance y esto afectaría la capacidad del estado para estabilizar el sistema financiero global interconectado durante tiempos de incertidumbre financiero y riesgo continuo. Bajo estas circunstancias, ninguna de las acciones de la Demandada impugnados por La Demandante pueden ser tratadas como actos de expropiación.

E. CONCLUSIÓN

403. En conclusión, La Demandante no ha establecido que alguna de las acciones de la Demandada viola cualquiera de los Artículos 3, 4 o 5 del BIT. La Demandada ha cumplido cabalmente con sus obligaciones BIT, aún si se alega que La Demandante tiene el derecho *arguyendo* a las protecciones del BIT.

IV. DAÑOS Y PERJUICIOS

A. LAS PRETENSIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS PRESENTADOS POR LA DEMANDANTE NO TIENEN TUNDAMENTO Y SON TOTALMENTE ESPECULATIVOS

404. La pretensión del Demandante por concepto del pago de daños y perjuicios en éste arbitraje es la última de una serie de exigencias crecientes y cada vez más descaradas con el fin de recibir una compensación. Como parte de la incesante campaña de acoso en contra de la Demandada, según el Memorial de la Demandante, el monto reclamado al Perú a sus funcionarios por los accionistas del BNM (actualmente la Demandante) como compensación ha aumentado de US \$280 millones en 2001 a aproximadamente US\$ 7 mil millones.⁷²⁵ Por lo tanto, el valor del banco de Levy en quiebra de alguna manera ha crecido en más de 2,500% desde que los accionistas iniciaron su primera demanda para recibir el primer monto en compensación del Perú.

⁷²⁵ Ver Memorial sobre el Fondo del Demandante, numeral 1077.

405. Este monto de aproximadamente US\$ 7 mil millones, en representación de US \$4.036 mil millones en compensación, sumado a US \$2.935 mil millones por daño moral, es el resultado de una especulación insostenible además de un fundamento de la causa basado en datos sustancialmente incorrectos. Depende de las transacciones hipotéticas, del doble conteo de los mismos montos, de hipótesis lógicamente incoherentes y supuestos que hubieran hecho del BNM, el banco de mayor crecimiento en el Perú, entre otras cosas.

406. Aún si la Demandada fuese imputable ante la Demandante por todas las violaciones del BIT que ella alega (lo cual no es cierto), por las razones expuestas a continuación y según el Informe de Contestación del Experto Brent C. Kaczmarek de la empresa Navigant Consulting, la Demandante no tiene derecho a reclamar ningún daño o perjuicio. Además, aún si la Demandante tuviese el derecho de presentar una demanda por daños y perjuicios (que no lo tiene), los cálculos por daños que ella ha presentado contienen fallas irreparables tanto de hecho como de derecho y no pueden constituir base ninguna para la concesión de una indemnización por daños y perjuicios, mucho menos para los aproximadamente US\$7 mil millones que ella reclama.

1. La Demandante Pretende Injustamente que se le Reconozcan Daños y Perjuicios Remontándose Mas de Cinco Años Antes der Haber Adquirido las Acciones del BNM.

407. La Demandante reconoce que ella no adquirió acciones del BNM ni de ninguna de su empresas holding antes de haber recibido las acciones de su padre en Holding XXI en la fecha Julio 12, 2005.⁷²⁶ Este hecho, por supuesto, da lugar a las objeciones de la Demandada con respecto a la jurisdicción, tal como se expone en su Memorial de Jurisdicción. También crea obstáculos insuperables al esfuerzo de la Demandante para calcular sus daños y perjuicios resultantes de los actos y las omisiones de la Demandada durante entre 2000-2001. La cuantificación de los daños y perjuicios de la Demandante se basa en una hipótesis o proyección al contrario de los hechos “si se hubiera dado el caso” con respecto al desempeño del BNM a desde diciembre de 2000. Esto es legalmente inapropiado y económicamente incoherente.

⁷²⁶ Ver Certificado de Acciones de Holding XXI S.A., 12 de julio, 2000, Endosado a favor de Renée Levy de Levi el 12 de julio, 2005 [Anexo R-100].

408. La Demandante parece aceptar que el quantum de los daños y perjuicios se gobierna por el principio de reparación, una costumbre del derecho internacional, tal como dictaminó el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso ejemplar *Chorzów Factory*.⁷²⁷ Según se articuló en ese caso:

El principio esencial contenido en el concepto actual de un acto ilegal – un principio aparentemente establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de tribunales de arbitraje – dictamina que *la reparación debe, en cuanto sea posible, eliminar toda consecuencia del acto ilegal y restablecer la situación que en toda probabilidad hubiera existido si dicho acto no se hubiera perpetrado*.⁷²⁸

409. Tal como explica el principio del *Chorzów Factory*, los daños y perjuicios que deban reconocerse a la Demandante constituirían el monto necesario para eliminar las consecuencias a ella de cualquier violación al tratado. Sin embargo, aún según su versión de los hechos, la Demandante nunca sufrió las consecuencias de los presuntos actos ilegales de la Demandada. La Demandante no procuró ninguna acción participativa del BNM en el período entre 2000-2001, en ese momento se alegó que las presuntas violaciones al BIT de la Demandada dañaron al banco – y por lo tanto, ella no sufrió ninguna consecuencia negativa en ese momento. Luego, en 2005, las acciones de la Demandante no tuvieron ningún valor cuando ella los adquirió y por lo tanto, una vez más no tuvo nada que perder. Para la Demandante, no hay ninguna consecuencia que debe ser eliminada por medio de conceder una indemnización por daños y perjuicios.

410. De hecho, el error fundamental de los cálculos de la Demandante en cuanto a daños y perjuicios se origina en las mismas razones por las cuales este tribunal no tiene la jurisdicción para admitir la Demanda: la Demandante misma no tuvo ninguna inversión directa o indirecta en el BNM en el momento en lo cuál presuntamente fue dañado el BNM. Dado que la Demandante no fue una inversionista en el BNM hasta Julio del 2005, ella no pudo beneficiarse de una plusvalía ni sostener una pérdida económica del capital social del BNM. Por lo tanto, la Demandante lógicamente no puede sufrir por daños y perjuicios de ninguna de las acciones que presuntamente afectaron al BNM *antes* de que la Demandante tuvo una inversión económica en

⁷²⁷ Ver Memorial sobre el fondo presentada por El Demandante, numerales 988, 991.

⁷²⁸ *Factory at Chorzów (Germ. v. Pol.)*, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (13 de setiembre) (“*Chorzów Factory*”), numeral 125 (el resaltado es nuestro).

el BNM. Hace poco el Tribunal *RosInvestCo.* articuló este principio de daños y perjuicios. En este caso el tribunal estimó la demanda por daños y perjuicios de un demandante que adquirió su inversión a un precio considerablemente menor después de ocurridos los hechos que afectaron el valor de la inversión. Según el tribunal:

El Demandante no tuvo ningún interés económico real propio en las acciones Yukos durante el período de validez de los Acuerdos de Participación y por lo tanto “no tuvo nada que perder.” Por lo tanto, para los propósitos de la valoración de los daños y perjuicios, se debe aplicar la fecha en la cual el riesgo fue asumido por el Demandante al momento de resolver los Acuerdos de Participación.⁷²⁹

411. En este caso, la Demandante se encuentra en una situación similar: ella tampoco tuvo un interés económico en el BNM durante los hechos que presuntamente dañaron al BNM y cuando recibió gratuitamente sus acciones en el NMH, ella tampoco arriesgó nada y por lo tanto no tuvo nada que perder.

412. El principio de daños y perjuicios en *RosInvestCo* restringe la situación hipotética bajo la cual los daños y perjuicios deben ser evaluados (es decir, el escenario “si se hubiera dado el caso”) desde antes de la fecha en la cual la Demandante adquirió un interés económico en la inversión. Si no se respeta esta norma, el estimado de los daños y perjuicios simplemente no tiene lógica. El tribunal en *RosInvestCo* tomó nota de los problemas de este enfoque viciado:

El Informe de [daños y perjuicios] asume que a Yukos le impusieron impuestos, que las acciones de cumplimiento fueron anunciadas y esperadas por los mercados y que el Demandante compró las acciones a un precio en el cual el mercado había tomado en cuenta estos hechos o había sobre estimado el impacto de los mismos sobre el precio. El Informe LECG además asume que posterior a la adquisición de las acciones de parte de la Demandante, no hubieron ocurrido los impuestos, las medidas de cumplimiento ni las subastas. Este enfoque está divorciado de la realidad.⁷³⁰

413. La Demandante y su experto en daños y perjuicios, Neal Beaton de la empresa Grant Thornton LLP, han llevado este mismo enfoque a su conclusión ilógica. El Sr. Beaton ofrece el modelo del desarrollo hipotético del BNM a partir de diciembre de 2000 (bajo el

⁷²⁹ *RosInvestCo*, numeral 672.

⁷³⁰ *RosInvestCo*, numeral 671; ver también *id.*, numerales 45-48, 675-76.

supuesto que no había sido intervenido) a pesar del hecho que la Demandante en sí no adquirió su interés indirecto en BNM hasta julio del 2005, no pagó nada por su interés y nunca tuvo nada en riesgo al momento de la intervención.

2. Aún si se Estiman los Daños y Perjuicios a Partir de Diciembre 2000, el BNM Ya Había Perdido Todo su Valor Económico.

414. Tal como se ha discutido anteriormente, cuando la SBS intervino el BNM no solo le faltaba liquidez, sino además era insolvente. De hecho, el Sr. Kaczmarek ha determinado que el BNM ya había caído en la insolvencia desde por lo menos junio del 2000 – una situación que se ocultó a través de maniobras inapropiadas de contabilidad.⁷³¹ De acuerdo con el Sr. Kaczmarek:

Dados los problemas previsivos y sistémicos del BNM con respecto a sus prácticas contables y los problemas relacionados a su gestión de riesgos, la inspección del SBS y la subsiguiente auditoría independiente del BNM por PwC reveló que en septiembre del 2000 el BNM se encontraba en una situación ser una institución financiera insolvente y con una falta de liquidez. .[Si] el BNM hubiese clasificado sus préstamos de manera adecuada, registrado las disposiciones correspondientes, y efectuado los ajustes apropiados de ciertos rubros, el BNM no hubiera tenido suficiente capital bajo las regulaciones del Perú a fin de ser considerado como un banco solvente. De hecho, . . . el BNM tuvo capital negativo en vez de [el requerido] el capital equivalente al 10 por ciento de sus activos ponderados según el riesgo.

Basados en nuestra propia estimación de los estados financieros del BNM, los informes de inspección de la SBS y la auditoría efectuada por PwC en el 2000 al BNM opinamos que el *BNM hubiera entrado en insolvencia a partir del 30 de junio del 2000 (y posiblemente antes) si hubiera clasificado sus préstamos y reconocido sus pérdidas de manera adecuada.*⁷³²

Consecuentemente, no solo tuvo el BNM capital insuficiente para operar como un banco en cumplimiento con la ley del Perú, en realidad tuvo un capital negativo.⁷³³ En otras palabras, el BNM tuvo un valor de cero o aún un valor negativo para sus propietarios, aún antes de las

⁷³¹ Informe del Experto Kaczmarek, numerales 181-83.

⁷³² Informe del Experto Kaczmarek, numerales 180-81 (cuadro omitido) (resaltado es nuestro).

⁷³³ Ver Informe del Experto Kaczmarek , numeral 180.

primeras acciones de la Demandada, que la Demandante alega han violado el BIT y contribuido a destruir el valor del BNM.

415. Ya que el BNM no tuvo valor económico para sus accionistas antes de diciembre del 2000, aún si los daños y perjuicios fuesen calculados a partir de ese punto, el monto de dichos daños y perjuicios sería cero. En otras palabras, ya que las acciones del BNM no tenían un valor económico durante todo el período pertinente, los anteriores accionistas del BNM no sufrieron ninguna pérdida como consecuencia de los presuntos actos ilícitos de la Demandada. Concordantemente, al aplicar el principio del *Chorzów Factory*, el fin de restaurar el *status quo ante* no se requiere de una compensación financiera.

3. Los Cálculos por Daños y Perjuicios de la Demandante Contienen el Error Fatal de una Falsa Premisa que Sostenía que el BNM era un Banco Saludable.

416. Todos los cálculos efectuados por la Demandante por concepto de daños y perjuicios contienen un error fatal, porque es una premisa falsa que el BNM era un banco saludable y que hubiera crecido y prosperado a partir de esa situación de salud financiera, si no hubiera sido por las presuntas acciones de la Demandada.

417. Tal como ha demostrado la Demandada, el BNM no tenía liquidez y era insolvente antes de la intervención de la SBS en el 5 de diciembre del 2000. Salvo que el BNM y sus accionistas fuesen inmunes tanto a la ley peruana cómo a las leyes de la economía, el BNM ya estaba en quiebra independientemente de cualquier presunta violación al BIT. Se necesitó un cierre.⁷³⁴ Como resultado, no puede haber ninguna proyección financiera del desempeño futuro del banco a ser tomado en cuenta para los fines de la valoración. Dado éste error fundamental a partir del principio, el cálculo de la Demandante no puede representar ningún quantum plausible de los daños y perjuicios.

418. Tal como se discutió a lo largo en la Sección II.A anterior, el BNM puso en práctica una gama amplia de trucos de contabilidad a fin de ocultar su verdadera situación financiera y presentar una imagen falsa de su salud financiera ante las Autoridades del Perú (y ahora, ante este tribunal). La SBS y PwC descubrieron los errores y prácticas inapropiadas de contabilidad que habían inflado los estados financieros del BNM, sin embargo el monto total de

⁷³⁴ Ver Informe del Experto Kaczmarek, numerales 186-87.

las pérdidas del BNM solo se revelaron cuando la PwC efectuó una auditoria detallada de los estados financieros del banco al 31 de Diciembre del 2000. No obstante, el Sr. Beaton utiliza los mismos estados financieros engañosos y no auditados del BNM del 30 noviembre del 2000 como la fundamentación básica de su informe.⁷³⁵ El Sr. Beaton evidentemente ignoró los Informes de Inspección de 1999 y 2000 de la SBS y los informes generados por PwC (aún incluyendo los estados financieros auditados del 2000 del BNM) y procedió a utilizar los estados financieros no ajustados del BNM como si fuesen un registro confiable de la situación financiera del BNM.⁷³⁶ Exclusivamente sobre esta base, el Tribunal debe descartar todo el cálculo por daños y perjuicios efectuado por la Demandante.

4. La Metodología de El Demandante para Calcular los Daños y Perjuicios es Legal y Económicamente Inapropiado

419. Aparte de asumir un premisa fundacional falsa al considerar que el BNM era un banco saludable, se estima que existen varias razones por las cuales el cálculo por los daños y perjuicios efectuado por la Demandante ha utilizado una metodología relacionada a esa premisa que es legalmente inaceptable y económicamente inapropiado. Primero, el BIT y los principios del derecho internacional exigen una valoración de perdida al momento de una presunta violación del tratado, sin embargo la valoración efectuada por el Sr. Beaton se estimó sobre una base *ex post*, a partir del año 2010. Segundo, los cálculos efectuados por el Sr. Beaton son especulativos y metodológicamente erróneos y por lo tanto no son confiables para ser utilizados como una base a fin de calcular cualquier daño o perjuicio. Una vez más, dado que los cálculos efectuados por la Demandante asumen que el banco era saludable en vez de insolvente, estos errores adicionales son básicamente fútiles; la Demandada los aborda aquí únicamente con el propósito de ser exhaustivo.

a. ***Tanto el BIT como las Circunstancias del Caso requieren una valoración ex ante de los daños y perjuicios***

420. La Demandante acepta que la valoración de los daños y perjuicios se gobierna por el estándar de expropiación según el Artículo 5 del BIT.⁷³⁷ Esta disposición proporciona un

⁷³⁵ Ver Informe de Valorización del BNM por Neal Beaton, Grant Thornton LLP, 23 de agosto, 2011 (“Valoración de Beaton”), numerales 38, 42.

⁷³⁶ Ver Informe del Experto Kaczmarek, numeral 186; Beaton Valuation, numeral 42.

⁷³⁷ Ver Memorial sobre el fondo presentada por El Demandante, numerales 984-86; *ver también, por ejemplo, Vivendi II*, numeral 8.2.8 (aplicando la compensación usual para la expropiación a otras violaciones del tratado).

valor “equivalente al valor real de las inversiones afectadas, [que] se determinará basado en una situación económica normal y *antes de cualquier amenaza de expropiación*” (el énfasis se ha añadido). Por lo tanto, el BIT solicita explícitamente un análisis *ex ante*, valorando la inversión expropiada en una fecha anterior a la expropiación basado en información conocida y los hechos, de acuerdo a los razonablemente esperado en ese momento.

421. La Demandante afirma que la única excepción al requerimiento temporal derivado de la expropiación sería el caso de una expropiación “ilícita,” y en cuanto a este punto el BIT no se ha pronunciado aún.⁷³⁸ La Demandante confunde su propio argumento al afirmar que, en estos casos, los daños y perjuicios se determinan con referencia al derecho internacional consuetudinario y los principios generales de la ley, incluyendo la obligación de “pronta” y “adecuada compensación”⁷³⁹ – el mismo requerimiento contenido en el Artículo 5 del Bit sobre la expropiación.

422. Sin embargo, el requerimiento de una valoración temporal *ex ante* es igualmente aplicable, sea que se haya derivado del tratado o del derecho internacional. Por ejemplo, el tribunal en *Santa Elena* aplicó un estándar general del derecho internacional sobre expropiaciones y, rechazando los argumentos presentados por la Demandante para una valoración al presente, insistió que “[la] propiedad expropiada debe ser evaluada a partir de la fecha en la cual la “interferencia” gubernamental le privó al propietario de sus derechos o ha hecho que dichos derechos sean prácticamente inútiles.”⁷⁴⁰ De igual modo, el Tribunal en *CME v. Republica Checa*, al aplicar un BIT cuya disposición para una expropiación fue mudo con respecto a la fecha de la valoración, afirmó que el estándar de la compensación era “el justo valor del mercado de inversión del Demandante tal como estuvo antes de que la Demandada haya violado el tratado.”⁷⁴¹ Por lo tanto, el enfoque de la valoración de la Demandante es

⁷³⁸ Ver Memorial sobre el fondo presentada por El Demandante, numerales 988, 995. El objetivo que persigue El Demandante en este caso salta a la vista con una afirmación tan extraña al señalar que en casos de expropiación ilícita, *Chorzów Factory* se exija el pago de daños punitivos. Memorial sobre el fondo presentada por El Demandante, numeral 988, n.424 (cita *Chorzów Factory*, numeral 125). De hecho, *Chorzów Factory* exige una restitución y compensación, mas no un castigo. El Derecho Internacional no contempla el otorgamiento de daños punitivos. Ver, por ejemplo, James Crawford, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY 243 (2002) (Comentario 5 sobre la Parte II, Capítulo III) (“[E]l otorgamiento de daños punitivos no está reconocido en el derecho internacional . . . [L]a función de los daños es esencialmente compensatoria.”).

⁷³⁹ Memorial sobre el fondo presentada por El Demandante, numerales 989, n.426 & 992.

⁷⁴⁰ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republica de Costa Rica*, CIADI Caso No. ARB/96/1, Laudo firme, 17 de febrero, 2000, numeral 78.

⁷⁴¹ *CME*, numeral 618.

inconsistente con el enfoque de compensación de acuerdo con tanto el BIT como el derecho internacional.

423. La razón por la cual una valoración *ex post* podría ser inconsistente con los tratados de inversión es sencilla: al aplicar una mirada retrospectiva para valorar la inversión – en vez de basar el valor sobre lo que un comprador y un vendedor dispuestos podrían saber y hubieran pagado al BNM al momento de la presunta violación del tratado – pone en riesgo la compensación excesiva a la Demandante. Estas diferencias podrían generar un beneficio imprevisto para la Demandante que podría recibir el valor de la inversión además de un historial de éxito de una década, sin haber tenido que aceptar un riesgo empresarial durante ese periodo. Es más, ahora sabemos que la economía del Perú no sucumbió durante la crisis financiera de 2000/2001. Por lo tanto, la aplicación de una mirada retrospectiva podría afectar el descuento a aplicarse además de las tasas de interés utilizadas a fin de calcular los daños y perjuicios y adscribirle un valor más alto a una inversión en 2010 de lo que realmente valía al momento de la presunta violación en el año 2000, en medio de la crisis financiera.

424. Aún si se dejara al lado los estándares legales que dictaminan el uso de una valoración *ex ante*, el Sr. Kaczmarek explica que el método de una valoración *ex post* del Sr. Beaton es económicamente inapropiada. Los tribunales se han expresado claramente al respecto, solo es apropiado conceder una indemnización por daños y perjuicios basado en cálculos que no son excesivamente especulativos.⁷⁴² De acuerdo con las circunstancias de este caso, el análisis *ex post* del flujo de efectivo de la Demandante es “completamente especulativo.”⁷⁴³

425. La metodología de la Demandante para valorar un BNM imaginario del año 2010 o 2013 revela precisamente cuán especulativa es su valoración. Tal como se explica en mayor detalle a continuación, el Sr. Beaton desarrolla doce escenarios hipotéticos para las operaciones del BNM entre los años 2000 y 2010, cada uno reflejando una combinación distinta de los hechos comerciales. Es de notar que ninguno de los escenarios incluye un shock negativo al sistema financiero global, tal como realmente ocurrió entre los años 2000 y 2010, ni toman en cuenta las prácticas de mal manejo conocidas del BNM. Entonces, al utilizar probabilidades al

⁷⁴² Ver *Metalclad*, numerales 121-22 (rechazando otorgar “completamente especulativo” sobre utilidades futuras); *Occidental*, numeral 210 (rechazando otorgar “daño contingente e indeterminado”); *Wena Hotels*, numeral 123 (declina otorgar compensación por lucro cesante y pérdida de chance basándose en el argumento que “un laudo sobre la base de dichas pretensiones sería demasiado especulativo”).

⁷⁴³ Informe del Experto Kaczmarek, numeral 42.

azar para cada uno de los doce escenarios, el Sr. Beaton corrió 1,000 iteraciones de resultados posibles del valor neto de libros. Al analizar los resultados de sus 1,000 iteraciones al azar generaron posibles valores contables que varían entre S/. 1.35 mil millones (US \$467.1 millones) a S/. 2.61 mil millones (US\$ 901.1 millones), resulta que el Sr. Beaton determinó que el valor neto de libros del BNM era US\$ 810 millones al 31 diciembre del 2010.⁷⁴⁴

426. Tal como explicó el Sr. Kaczmarek, el uso de un análisis *ex post* podría quizás ser apropiado desde una perspectiva económica cuando los datos están disponibles retrospectivamente y éstos pueden facilitar una cuantificación del flujo de efectivo o utilidades más confiable que podría haberse generado desde la fecha del supuesto ilícito. Esto sería posible, si por ejemplo, la inversión continuó operando como una preocupación constante. Sin embargo, en este caso dado que el BNM dejó de operar en diciembre del 2000, una mirada retrospectiva no ayuda a cuantificar los flujos de caja que el BNM hubiera podido generar. El uso de una metodología *ex post* solamente sirve para introducir una mayor incertidumbre a los cálculos.⁷⁴⁵ El Sr. Kaczmarek explica:

La proyección del Sr. Beaton sobre el desarrollo del BNM es un ejemplo de la naturaleza especulativa de su enfoque *ex-post*. Él le asigna probabilidades al azar a varios eventos ocurridos entre el año 2001 y 2010, tales como una o dos ofertas públicas iniciales de las acciones del BNM, el BNM aportaría capital adicional a través de emitir bonos subordinados, y el BNM adquiriría dos bancos peruanos. Este enfoque no está basado en información conocida que ocurrió entre 2001 y 2010. Se basa en planes sobre lo que uno quisiera que suceda desarrollados por una gerencia del BNM en 1999/2000. No se sabe si cualquiera de estos hechos podría haber ocurrido y el hecho de que el Sr. Beaton le haya asignado posibilidades al azar a cada hecho demuestra que él tiene poca o casi nula confianza en la probabilidad de la ocurrencia de dichos hechos. De hecho, la gama de resultados posibles a partir del modelo del Sr. Beaton comprueba que el modelo es altamente especulativo.⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ Ver Informe del Experto Kaczmarek, numeral 55.

⁷⁴⁵ Ver Informe del Experto Kaczmarek, numerales 42-43 (cita omitida).

⁷⁴⁶ Ver Informe del Experto Kaczmarek, numeral 15.

b. *El Modelo de Daños y Perjuicios de la Demandante Contiene Errores Considerables en varios aspectos.*

427. El Sr. Kaczmarek también identifica diversos errores adicionales al modelo del flujo de efectivo *ex post* que generan conclusiones inapropiadas para cuantificar la presunta pérdida de la Demandante, aún si el enfoque *ex post* fuese apropiado y aún si el modelo del Sr. Beaton no se haya construido sobre la falsa premisa de la solidez financiera del BNM. La Demandada ha notado aquí seis de estos errores para los fines de ser exhaustivo, no obstante reitera que el Tribunal no necesita acoger ninguno en particular porque las mismas premisas del modelo contienen tantos errores que anulan cualquier confianza en el mismo.

- (1) El modelo de la Demandante no se ha ajustado para tomar en cuenta que la Demandante adquirió apenas el 16% del capital social del BNM en Julio, 2005, y que por lo tanto, lógicamente, no puede aducir tener derecho al 100% del valor hipotético del BNM.⁷⁴⁷
- (2) Al simular doce diferentes escenarios posibles de cómo el BNM podría haberse desarrollado entre el 2000 y 2010, el modelo incluye escenarios que toman por dado que el BNM hubiera llevado a cabo uno o dos ofrecimientos públicos iniciales (“IPOs”) del accionariado del BNM. No solamente es pura especulación que el BNM hubiera podido llevar a cabo exitosamente aún un solo IPO, sino el análisis no toma en cuenta el hecho que si el BNM cumpliera exitosamente un IPO, las acciones de la Demandante se hubieran diluido aún más.⁷⁴⁸
- (3) El modelo también simula escenarios incluyendo dos emisiones hipotéticas de bonos subordinados. Al igual que los IPOs, la hipótesis acerca de la existencia y los plazos de estas emisiones de bonos es totalmente especulativa.⁷⁴⁹
- (4) El modelo toma por dado que el BNM hubiera adquirido el Banco Financiero en el año 2000 y además un segundo banco hipotético peruano en el año 2008, pero

⁷⁴⁷ Informe del Experto Kaczmarek, numeral 46.

⁷⁴⁸ Informe del Experto Kaczmarek, numeral 47.

⁷⁴⁹ Informe del Experto Kaczmarek, numeral 48.

descuida de explicar las hipótesis subyacentes de esta adquisición teórica y de explicar los términos financieros de la transacción.⁷⁵⁰

(5) El modelo toma por dado que el BNM hubiera alcanzado la tasa de crecimiento más alta de cualquier banco en el Perú. Esta hipótesis carece de base y no incluye factores que hubieran obstaculizado el crecimiento del BNM, por ejemplo, su red limitada de oficinas y el bajo coeficiente costo-de-deposito a activos-totales, o los costos para vencer dichos obstáculos.⁷⁵¹

(6) El modelo calcula el valor hipotético del mercado del BNM a partir de su valor neto en libros hipotético y especulativo utilizando una valoración múltiple del precio-a-valor de libros que se basa en el promedio del valor precio-a-valor de libros contable de otros cuatro banco peruanos, sin un análisis para constatar si estos bancos eran o no comparables con el BNM.⁷⁵²

428. El Sr. Kaczmarek también menciona que la demanda para aproximadamente US\$7 mil millones de la Demandante incluye una doble contabilidad obvia. Tal como él explica, el “valor de la marca” estimado de US\$ 2.935 mil millones utilizado por la Demandante para estimar el monto de la indemnización por daños morales es meramente la diferencia entre el cálculo del valor de libros y el cálculo del valor del mercado del BNM de según el modelo del Sr. Beaton. La Demandante ya está fijando el valor de mercado del BNM. Concordantemente, la demanda de la Demandante en cuanto a los daños y perjuicios por el monto del valor de mercado calculado del BNM y el “valor de marca” calculado del BNM y la familia Levy hace un doble conteo, como el “valor de marca” ya se ha incluido en el valor del mercado calculado.⁷⁵³

5. Conclusión

429. En resumen, cada elemento de los daños y perjuicios contiene errores. Ella busca inapropiadamente una indemnización por concepto de daños y perjuicios que anteceden por una media década a su derecho de propiedad en el BNM. Sin embargo, aún si la Demandante pudiese reclamar el valor del BNM desde el año 2000, el BNM había perdido todo su valor antes

⁷⁵⁰ Informe del Experto Kaczmarek, numeral 49.

⁷⁵¹ Informe del Experto Kaczmarek, numerales 50-53.

⁷⁵² Informe del Experto Kaczmarek, numeral 57.

⁷⁵³ Ver Informe del Experto Kaczmarek, numerales 190-92.

de cualquier presunta violación del tratado por la Demandada. Los cálculos por daños y perjuicios de la Demandante se basan en la premisa tan absurda como fundamental de que el BNM era un banco saludable en noviembre del 2000. Aún si esto se pudiera ignorar, el modelo de la Demandante utiliza una metodología impermisible bajo del BIT y es plenamente especulativa y completamente errónea.

430. En breve, la Demandante no ha aportado una estimación de los daños y perjuicios en la que este Tribunal podría confiar. Sin embargo, dado que el valor de la supuesta inversión es US \$0, no se requiere de ningún cálculo sofisticado para que el Tribunal determine los daños y perjuicios relacionados con el hecho de haber sido privado de dicha inversión. Por otra vez, la respuesta es US \$0.

B. EL TRIBUNAL DEBERÍA FALLAR A FAVOR DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES POR EL DAÑO CAUSADO SOBRE LA DEMANDADA POR EL DEMANDANTE DURANTE EL TRANSCURSO DE ESTE LITIGIO

431. En la anterior Sección II.F, la Demandada ha discutido exhaustivamente los esfuerzos de la Demandante y los principales del BNM durante una década para difamar públicamente la reputación y el buen prestigio internacional de la Demandada. La Demandada también ha mostrado que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento. La demanda de la Demandante ante el tribunal de arbitraje ha exacerbado aún más el daño y perjuicio a la reputación material de la Demandada. Concordamente, la Demandada solicita que el Tribunal la otorgue al pago de indemnización por daños morales a la Demandada – es decir, una compensación independiente de y adicionalmente a la fijación de cualquier costo y costa, por un monto a ser determinado a discreción del Tribunal.

432. Los tribunales han concedido el pago de indemnización por daños morales a un partido cuando ésta ha sufrido un perjuicio sustancial en términos de la pérdida de la credibilidad y de reputación⁷⁵⁴ o cuando las actividades de una parte se han visto perturbados por las medidas adoptadas por el partido contrario y el consiguiente proceso judicial.⁷⁵⁵ En *Desert Line Projects v. Yemen*, la empresa Demandante reclamó un monto por daños morales debido a daños inmateriales extensivos sufridos como resultado de la violación de las obligaciones de la

⁷⁵⁴ Ver *Desert Line*, numeral 290.

⁷⁵⁵ Ver *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, CIADI Caso No. ARB/77/2, Laudo, 8 de agosto 8, 1980 (“*Benvenuti*”), 1 CIADI Rep. 330, 361 [Anexo R-220].

Demandada bajo el BIT de Oman-Yemen, incluyendo “un perjuicio considerable a la credibilidad y reputación [de la Demandante] y la [perdida] de prestigio.”⁷⁵⁶ Al estar de acuerdo con la Demandante, el tribunal determinó que la violación del tratado por la Demandada “fue malintencionado y [] por lo tanto fundamento de una responsabilidad basada en culpa.”⁷⁵⁷ Al determinar que el perjuicio sufrido había sido considerable dado su impacto a la credibilidad y el prestigio de la Demandante, el tribunal le otorgó al Demandante US \$1 millón por daños morales, incluyendo el desprestigio.⁷⁵⁸

433. Al estudiar esta demanda, el tribunal *Desert Line* notó que mientras que los tratados de inversión básicamente se orientaban a proteger la propiedad y los valores económicos, no excluían que una parte podría, en circunstancias excepcionales, solicitar una compensación por daños morales.⁷⁵⁹ Basándose en los casos del *Lusitania* el tribunal acordó que el mero hecho de que los daños inmateriales fueron difíciles de medir o estimar en términos monetarios no disminuyeron la realidad de dichos daños y no contribuyeron ninguna razón por la cual la parte objeto de los daños no debería ser compensada por los mismos.⁷⁶⁰ El tribunal también observó una condición general que podrían otórgale a una persona jurídica una indemnización por daños morales, incluyendo por pérdida de reputación, bajo circunstancias específicas.⁷⁶¹

434. Un estado en tanto persona jurídica también puede ejercer el derecho de percibir una indemnización por daños morales, y varios tribunales ICSID recientes han considerado reclamos por el pago de indemnización por daños morales perpetrados por un estado demandado.⁷⁶² El tribunal en *Cementownia v. Turquía*, por ejemplo, confirma en su análisis de

⁷⁵⁶ *Desert Line*, numeral 286.

⁷⁵⁷ *Desert Line*, numeral 290.

⁷⁵⁸ *Desert Line*, numerales 290-91.

⁷⁵⁹ *Desert Line*, numeral 289.

⁷⁶⁰ *Desert Line*, numeral 289 (citando la *Opinión en el Caos de Lusitania* (US. v. Alemania.), Laudo, 01 de noviembre, 1923, VII R.I.A.A. 32, 42).

⁷⁶¹ *Desert Line*, numeral 289.

⁷⁶² Ver, por ejemplo, *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republica de Turquía*, CIADI Caso No. ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de Agosto 13, 2009, numerales 177-81; *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republica de Turquía*, CIADI Caso No. ARB(AF)/06/2, Laudo, 17 de setiembre, 2009 (“*Cementownia*”), numerales 164-71; ver también *Benvenuti*, numerales 4.120-4.123. Debe tomarse en cuenta el resarcimiento, los recursos tradicionales para dicho danos no solo apreciaban económicamente, pero que monto puede reclamarse al Estado pudiendo también tomar la forma de una compensación económica. Por ejemplo, el Protocolo que crea la Comisión de Reclamos Mixta Ítalo-Venezolana que estipula que: “El Gobierno de Venezuela acuerda pagar al Gobierno de Italia, como

una demanda por daños morales presentado por Turquía que “no existe nada en el Convenio ICSID, las Reglas de Arbitraje y Facilidades Adicionales que impida a un tribunal otorgar daños morales.”⁷⁶³ Mientras que el tribunal de *Cementownia* expresó dudas acerca del fundamento jurídico del principio general de la utilización de un procedimiento inadecuado como base para reconocer que el Gobierno de Turquía sufrió daños morales por dicha controversia, no obstante observó que “[una] compensación simbólica por daños morales puede de hecho tener el propósito de indicar una condena por haber aplicado un procedimiento inadecuado.”⁷⁶⁴

435. La Demandada respetuosamente afirma que el perjuicio malintencionado identificado por el tribunal *Desert Line* como fundamento para otorgar daños morales también existe en este caso. Los anteriores accionistas del BNM (hoy en día, la Demandante) no solo han abusado los procesos administrativos y judiciales disponibles para ellos, sino que han intentado causar daño severo al prestigio de la Demandada y a la legitimidad de su respuesta a la crisis financiera del Perú. A su vez, estas acciones han amenazado con socavar el prestigio internacional de la Demandada y su capacidad de responder a crisis en el futuro.

436. Primero, los accionistas del BNM se aprovecharon de su acceso a los procesos de revisión administrativa y judicial del Perú a fin de presentar seis demandas judiciales en contra de la Demandada en diez años. A pesar del hecho que en cada caso los tribunales desestimaron sus demandas infundadas los accionistas continuaron a arrastrar a las autoridades Peruanas – aún a los funcionarios Peruanos individualmente – hasta los tribunales una y otra vez. Estos procesos judiciales interfirieron y entorpecieron los esfuerzos de las autoridades para cerrar todas las operaciones bancarias de manera eficiente, pero aún más importante, lisa y llanamente pusieron en el entredicho la buena fe del regulador y la legalidad de sus acciones. Los accionistas del BNM también alentaron a sus aliados políticos a iniciar dos investigaciones del Congreso, por lo cual la Demandada tuvo que volver a refutar las mismas acusaciones. Los accionistas del BNM llegaron al colmo de presentar una demanda en contra del Superintendente antiguo de la SBS, no en Perú, sino de una corte federal distrital del Distrito Sureño del Estado de Nueva York en los

resarcimiento de honor, la suma de £5,500 . . . en efectivo o su equivalente . . . Ver Eric Wyler & Alain Papaux, *The Different Forms of Reparation: Satisfaction*, in *THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* 621, 631 (James Crawford, *THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* [LA LEY DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL], 2010) (cita el Protocolo firmado entre Italia y Venezuela, Washington, DC, 13 de febrero, 1903, 10 R.I.A.A. 479, Art II) [Anexo R-243].

⁷⁶³ *Cementownia*, numeral 169.

⁷⁶⁴ *Cementownia*, numerales 170-71.

US. Esto también fue desestimado. Durante todos estos procesos judiciales, los accionistas han distribuido acusaciones innumerables, reclamos infundados y teorías descabelladas de una gran conspiración del gobierno para eliminar el BNM.

437. Ahora, la Demandante continúa acosando a los accionistas del BNM con este proceso judicial. Su Memorial repite el letanía de acusaciones de los accionistas del BNM acerca de presuntos actos lesivos de la Demandada y sus funcionarios, sin presentar ninguna prueba. La Demandante denuncia casi cualquier acción que el gobierno haya emprendido, y sus acusaciones infundadas alcanzan cada rama del gobierno: por ejemplo, ella ha acusado al Presidente del Perú y del Congreso de haber interferido con el sistema de justicia en el Perú al ejercer presión sobre la Corte Suprema para fallar en contra de los accionistas del BNM cuando impugnaron la liquidación del BNM y también ha acusado a la Corte Suprema de ceder ante esa presión política. Adicionalmente, según afirma la Demandante, la SBS, el MEF, y el BCR han aunados sus esfuerzos para lograr un propósito en común: destruir el BNM – por ninguna razón aparente. La Demandante y los accionistas del BNM nunca han presentado evidencia de una conspiración como la antes mencionada (porque no la hubo) y sus reclamos se fundamentan únicamente en la conjetura y la especulación. No obstante, el prestigio de la Demandada ha sostenido daño.

438. Segundo, los accionistas del BNM también han participado en una campaña mediática sin tregua a fin de socavar la credibilidad de la Demandada e impugnar la reputación de los funcionarios quienes estuvieron involucrados en la intervención del BNM. Han habido citas incendiarias en artículos de prensa, entrevistas lacerantes televisadas y aún un libro entero escrito por Jacques Levy. En cada uno de estos ataques de los medios los accionistas del BNM aducen que la Demandada participó en una conspiración para “robarle” a los Levys de su banco. La campaña mediática ha transcurrido más de diez años y sigue dañando la reputación y legitimidad de la Demandada.

439. Tercero, la Demandante en sí ha lanzado una campaña de cabildeo o ejercer influencia (“*lobbying*”) que dañaba la reputación internacional del Perú. La Demandante se identifica como un inversionista Americana en el Perú, obtuvo el apoyo de miembros del Congreso de los Estados Unidos con el intento de trabar al aprobación de los Estados Unidos del Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos sobre la base de quejas acerca del

tratamiento de otros intereses de la familia Levy en el Perú. De este modo, la Demandante no solo montó un ataque internacional sobre la reputación del Perú como destino para la inversión extranjera sino que intentó dañar las relaciones comerciales y de inversión con los Estados Unidos.

440. Finalmente, los accionistas antiguos del BNM han intentado fabricar una jurisdicción a fin de acomodar esta demanda al tratado, evidentemente con la esperanza de llamar la atención a sus demandas una vez más. Este acto culminante de acoso presenta un verdadero peligro para el Perú. Diversos y demorados casos del tratado de inversión pueden tener un impacto negativo sobre el clima de inversiones y la reputación del país anfitrión.⁷⁶⁵ Mientras que en este caso, la Demandante tiene una pretensión frívola o presentado en mala fe, el estado Demandado sufre un daño inútil e injustificable a su buen nombre y reputación invertaria, además de las pérdidas financieras que resultan de una retracción de la inversión extranjera. Dicho daño no puede ser adecuadamente remediado con un aludo que ordene el otorgar el pago de indemnización que únicamente intenta compensar a una parte por los honorarios legales desembolsados. Al otorgarle daños morales a la Demandada, el Tribunal podría efectivamente disuadir a las partes que – al igual que la Demandante – intenten utilizar el proceso arbitraje del tratado de inversiones como un vehículo para acosar y perjudicar al partido contrario.

V. CONCLUSIÓN

441. Por todas las razones anteriormente elaboradas, la Demandada respetuosamente solicita:

- (a) que el Tribunal desestime las demandas de la Demandante por falta de jurisdicción;
- o, en caso de que el Tribunal determine jurisdicción,
- (b) que el Tribunal desestime las demandas de la Demandante por falta de mérito; y

⁷⁶⁵ Ver, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *INVESTOR-STATE DISPUTES: PREVENTION AND ALTERNATIVES TO ARBITRATION* [DISPUTAS ENTRE INVERSIONISTA Y ESTADO: PREVENCIÓN Y ALTERNATIVAS AL ARBITRAJE], disponible en http://www.unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf [Anexo R-206].

(c) que el Tribunal otorgue daños morales a la Demandada por el monto que el Tribunal considere apropiado.

442. La Demandada además solicita respetuosamente que se le otorgue una indemnización por sus costes, incluyendo honorarios de abogados en que se haya tenido que incurrir durante el transcurso de este proceso judicial.

Presentado con todo respeto,

Stanimir A. Alexandrov
Abogado de la Demandada