

ANTE EL
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES

Renée Rose Levy de Levi,
Demandante

contra

La República del Perú,
Demandada

Caso No. ARB/10/17

MEMORIAL DE LA DEMANDADA SOBRE JURISDICCIÓN

25 de agosto de 2011

Abogados de la Demandada:

Juan Pazos
Ricardo Puccio
Francisco Navarro Grau

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

Stanimir A. Alexandrov
Jennifer Haworth McCandless
Marinn Carlson
James Mendenhall

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

TABLA DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	1
II. DECLARACIÓN DE HECHOS	6
A. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS LEYES Y REGLAMENTOS BANCARIOS DEL PERÚ	7
1. Superintendencia de Banca y Seguros	8
2. Banco Central de Reserva del Perú.....	12
B. PROBLEMAS DE SOLVENCIA Y LIQUIDEZ DEL BNM	17
1. Problemas financieros del BNM en 1999	19
a. Crédito mercantil [Goodwill credit].....	20
b. Participación del BNM en el Programa de Canje de la Cartera de Créditos del Gobierno.....	24
2. Problemas financieros del BNM durante el segundo semestre de 2000.....	26
3. Rápido deterioro del BNM en noviembre y diciembre de 2000.....	30
C. LA INTERVENCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL BNM.....	34
1. Suspensión de pagos, exclusión de la Cámara de Compensación e intervención del BNM.....	35
2. Resolución de la SBS para reducir el capital accionario durante la intervención	43
3. Esfuerzo de la SBS por recuperar el valor máximo para BNM bajo el Régimen Especial Transitorio.....	46
4. La disolución y liquidación del BNM procedió de conformidad con la ley ...	51
D. SBS TRATÓ AL BNM DE MANERA NO MENOS FAVORABLE QUE A OTROS BANCOS EN SITUACIONES SIMILARES	55
III. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA TOMAR CONOCIMIENTO DE ESTA DISPUTA.....	58
A. LA DEMANDANTE NO ERA UN INVERSIONISTA PROTEGIDO EN LA FECHA EN QUE OCURRIERON LOS SUCESOS	60

B. INCLUSO EN LA ACTUALIDAD, LA DEMANDANTE NO TIENE UNA INVERSIÓN AL AMPARO DEL TBI PERÚ-FRANCIA.....	66
C. LA DEMANDANTE NO TIENE UNA INVERSIÓN ACOGIDA AL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 25 DEL CONVENIO DEL CIADI.....	69
1. La Demandante no efectuó un aporte financiero, y mucho menos un aporte sustancial.....	71
2. La Demandante no asumió riesgo alguno.....	75
3. La participación indirecta de la Demandante en BNM carece de duración debido a que BNM había cesado de existir cuando la Demandante adquirió una participación en el Banco	76
4. La participación indirecta de la Demandante en BNM no contribuye al desarrollo económico del Perú.....	77
5. La participación de la Demandante carece de las características necesarias de una inversión según el Convenio del CIADI.....	78
D. LA RECEPCIÓN DE LAS ACCIONES DE HOLDING XXI POR LA DEMANDANTE NO CONSTITUYE UNA INVERSIÓN DE BUENA FE	78
E. LAS ALEGACIONES DE LA DEMANDANTE DE VIOLACIONES DEL TRATADO SON INADMISIBLES PORQUE EXIGIRÍAN QUE EL TRIBUNAL CUESTIONARA A POSTERIORI LAS MEDIDAS PRUDENCIALES DEL PERÚ	81
IV. CONCLUSIÓN	84

I. INTRODUCCIÓN

1. La presente disputa fue iniciada por una persona, Renée Rose Levy de Levi (“Demandante”), quien, casi cinco años después de que hubieran sucedido los hechos que sustentan sus pretensiones, recibió una participación en un banco sin ningún valor, que se había declarado en quiebra debido a una combinación de malas condiciones económicas globales y mala administración. Actualmente, mucho después de los hechos, ella exige pago por daños y perjuicios al banco que según alega fueron ocasionados por las acciones de las autoridades reguladoras peruanas, acciones que fueron no sólo prescritas por la legislación peruana sino que fueron necesarias para evitar la profundización de una crisis financiera en el país. La Demandante pide que el Tribunal encuentre jurisdicción para sus pretensiones a pesar del hecho de que (a) ella no era un inversionista al momento de los hechos que dieron lugar a la disputa; (b) el banco en cuestión ya no existía al momento en que ella recibió una participación indirecta en el mismo; y (c) las acciones de las autoridades reguladoras no sólo eran coherentes con las normas globales de supervisión bancaria prudencial sino que estaban prescritas por la ley y debían haber sido conocidas por cualquier banco acreditado que operara en el país. Por las razones que se explican a continuación, el Tribunal carece de jurisdicción para tomar conocimiento de esta disputa.

2. La disputa se deriva de la quiebra de un banco, Banco Nuevo Mundo (“BNM”), el cual tuvo dificultad en afrontar la inestabilidad económica y política del Perú a fines de la década de 1990. Estas dificultades, afligieron a muchos bancos en el Perú, fueron exacerbadas por la incapacidad de los dueños del BNM de administrar correctamente las operaciones del banco. Ya para noviembre del 2000, BNM comenzó a perder fondos y, al disminuir la liquidez del banco, sus clientes preocupados comenzaron a retirar sus depósitos. La situación llegó a un punto de ruptura el 5 diciembre 2000, cuando BNM ya no pudo respaldar sus cheques y denegó a los depositantes acceso a su dinero. En ese punto, el banco cerró sus puertas al público y cesó de operar. Al enterarse de que BNM no podía pagar

a sus depositantes ni respaldar sus cheques, el organismo regulador bancario del Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros (“SBS”), intervino inmediatamente al BNM, de conformidad con lo requerido por la ley.¹ Después de la intervención, SBS colocó al BNM en liquidación, nuevamente de conformidad con lo requerido por la ley.² Al menos desde ese punto en adelante, el banco dejó de tener valor alguno.

3. En ningún momento durante estos sucesos, la Demandante estuvo involucrada de ninguna manera en el banco. Ella no tenía participación patrimonial ni participación administrativa, ni ningún otro control directo o indirecto sobre el banco. No fue hasta casi cinco años después, en 2005, que ella adquirió una participación minoritaria en la entidad en quiebra, y transcurrió otro plazo de cinco años hasta que, en 2010, ella inició este procedimiento de arbitraje. Ella ahora pide que el Tribunal haga caso omiso de estos hechos. Ella pide que el Tribunal pretenda que ella tenía una participación en el banco en 2000; pretenda que, al recibir una participación en una propiedad sin valor y sin haber pagado contraprestación alguna, ella ha efectuado una inversión en el Perú; y que pretenda que el Perú estaba bajo una obligación legal ante posibles inversionistas *futuros* de rescatar al banco después de que a éste se le agotaran los recursos, comenzará a escribir cheques sin fondos, y enfrentar a la insolvencia debido al desmoronamiento de las valoraciones artificialmente infladas de sus activos. En resumen, espera recibir nada menos que una ganancia inesperada. El banco no valía nada cuando ella recibió una participación en el mismo, y no vale nada en la actualidad. Sin embargo, ella reclama daños y perjuicios por valor de US\$ 2,000 millones.

4. Incluso ahora, la Demandante no es una accionista del banco. Su presunta participación minoritaria está en una sociedad de control panameña que se encuentra separada del banco al menos en

¹ Véase Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702, 6 de diciembre de 1996, Art. 104 (“Ley General de Banca”) [Anexo R-021].

² Véase Ley General de Banca, Art. 105 [Anexo R-021].

dos niveles. La naturaleza y la cronología de la adquisición de la participación indirecta de la Demandante en BNM sugiere que la operación mediante la cual ella recibió acciones en la sociedad de control tuvo como objeto único manufacturar la jurisdicción sobre esta disputa.

5. Como se explica en la Sección III siguiente, la Demandada formula cuatro objeciones respecto de la jurisdicción del Tribunal sobre esta disputa y una objeción a la admisibilidad de la disputa. Aquí resumimos estas objeciones, en virtud tanto del Convenio entre el gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República Federal de Francia para la Promoción y Protección de Inversiones Recíprocas (“TBI Perú-Francia” o “TBI”)³ como del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio del CIADI”).

6. En primer lugar, la demandante no era un “inversionista” protegido al momento de los hechos que dieron lugar a su pretensión. Ella reclama por hechos que sucedieron en el 2000, pero adquirió presuntamente una participación minoritaria indirecta en BNM recién el 12 de julio de 2005, después de que el banco hubiera estado en liquidación durante casi cinco años. Como la propia Demandante admite en su Solicitud de Arbitraje, ella no tenía participación alguna en el banco en la fecha de la intervención o en ningún momento antes de dicha fecha. El TBI no impone obligación alguna al Perú respecto a inversionistas futuros. Por lo tanto, la Demandante no era un inversionista protegido cuando ocurrieron las presuntas violaciones del tratado y no puede invocar ahora la protección del TBI.

7. En segundo lugar, la Demandante no realizó ninguna “inversión” en virtud del TBI. El TBI define el término “inversión” en el sentido de incluir solamente “activos”. Para satisfacer la

³ Véase Convenio entre el gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República Federal de Francia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI Perú-Francia”), 6 de octubre de 1993 [Anexo R-019]

condición de activo, el banco debe tener valor. La Demandante no pagó nada por su participación en el banco liquidado, lo cual era correcto dado que el banco no valía nada cuando ella presuntamente “invirtió” en el mismo, y no vale nada ahora. De hecho, en la fecha en que ella presuntamente realizó la “inversión”, el banco había estado en condiciones de iliquidez e insolvencia *durante casi cinco años*. El banco no puede, en virtud de ninguna interpretación razonable, satisfacer las condiciones de “activo”, y, por lo tanto, no constituye una “inversión” protegida por el TBI.

8. Tercero, la participación indirecta de la Demandante en BNM no reúne las condiciones de “inversión” de conformidad con la Convenio del CIADI y, por lo tanto, no existe una disputa “que surja directamente” de la inversión de la Demandante tal como lo exige el artículo 25(1) de la Convenio del CIADI. Los tribunales de arbitraje han identificado ciertas características de una “inversión”, ninguna de las cuales se encuentran en este caso. Toda inversión requiere una contribución financiera, pero la Demandante recibió una participación en el banco de manera gratuita. Toda inversión conlleva la asunción de riesgo, pero la Demandante no ha asumido ningún riesgo ni responsabilidad. Toda inversión debe tener una duración razonable, pero, como cuestión práctica, la presunta “inversión” de la Demandante nunca existió, excepto en papel, dado que carecía de valor cuando ella la recibió. Toda inversión debe contribuir al desarrollo económico de un Estado, pero, desde que la Demandante realizó su “inversión”, el banco nunca realizó operaciones ni contribuyó en nada al desarrollo del Perú. De hecho, durante su existencia, el banco había estado tan mal administrado que, si no hubiera sido abordado por las autoridades reguladoras, sólo habría contribuido a la vertiginosa crisis económica del Perú. Por lo tanto, la participación de la Demandante en BNM carece de las características más importantes de una inversión, que han sido reconocidas como esenciales para la jurisdicción del CIADI.

9. Cuarto, la operación que presuntamente dio lugar a que en la Demandante obtuviera una participación indirecta en el banco parece no ser nada más que una maniobra para inventar dicha jurisdicción. En realidad, no existió ninguna razón concebible para que se diera a la Demandante una

participación en un banco sin valor, excepto para crear la apariencia artificial de que se habían satisfecho los requisitos para establecer jurisdicción. El inicio de este arbitraje que constituye, por tanto, un abuso del proceso y no debe permitirse que el caso prosiga.

10. Por último, esta reclamación es inadmisibles, dado que concierne a asuntos reguladores extraordinariamente complejos y sensibles que exceden el alcance previsto de la autoridad del Tribunal. Las acciones de los organismos reguladores del Perú fueron no sólo medidas prudenciales *de buena fe* diseñadas para preservar la integridad del sistema financiero del Perú, sino que fueron acciones prescritas por la ley peruana. Por lo tanto, una constatación en el sentido de que las acciones del Perú constituyen una violación del TBI sería equivalente a decir que las leyes del Perú son *de jure* impermisibles y que violan el derecho internacional. Dicha conclusión sería problemática dado que la ley del Perú sigue el modelo de las leyes y regulaciones de supervisión bancaria de los sistemas financieros más sofisticados del mundo, incluidos los de los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido. En vista de las catastróficas condiciones financiera global es de los últimos tres años, y de la importancia crítica de preservar la capacidad de los organismos reguladores financieros de supervisar y salvaguardar la operación de los mercados financieros, el Tribunal iría demasiado lejos si constatará que tiene la autoridad de intervenir y cuestionar a posteriori las normas aceptadas y aplicadas por los organismos reguladores financieros de todo el mundo.

11. Por estas razones, el Tribunal debería desestimar la disputa por falta de jurisdicción y, aparte, concluir que las pretensiones de la Demandante son inadmisibles.

12. En la Sección II del presente Memorial sobre Jurisdicción, la Demandada presenta un resumen de los hechos en este caso, que se centra en el colapso financiero del BNM y en las acciones prescritas legalmente que adoptó la SBS para proteger a los depositantes del BNM y a la estabilidad del

sistema bancario. En la Sección III, la Demandada presentan sus objeciones a la jurisdicción y sus objeciones a la admisibilidad de la pretensión.

II. DECLARACIÓN DE HECHOS

13. BNM cerró sus puertas el 5 de diciembre de 2000. Lo hizo por la simple razón de que se había quedado sin fondos y había comenzado a extender cheques que no estaba en capacidad de respaldar. La ley bancaria del Perú, al igual que las leyes de supervisión financiera de países alrededor del mundo, exigen que, en dichas circunstancias, el banco sea intervenido y liquidado. Para explicar las razones de estos hechos, la Demandada presenta en la Sección II.A una descripción general de las leyes y regulaciones clave así como de las entidades gubernamentales relevantes que garanticen la seguridad y la solidez del sistema bancario del Perú. Específicamente, la Demandada describe las dos entidades involucradas en los eventos en cuestión en esta disputa: la SBS, el organismo regulador de la banca del Perú, y el Banco Central de Reserva del Perú (“BCR”), el Banco Central del Perú.

14. En la Sección II.B, la Demandada analiza los problemas financieros del BNM de 1999 a 2000, en el contexto de la severa crisis económica y política que afectó a la economía del Perú durante ese periodo. A medida que se profundizaban los problemas financieros del BNM, el banco aprovechó una serie de programas y beneficios ofrecidos por el gobierno a los efectos de estabilizar a los bancos que se encontraban en dificultades. Sin embargo, BNM en última instancia no pudo (o no quiso) adoptar las medidas necesarias para estabilizar el banco. Ya para noviembre del 2000, BNM enfrentaba una aguda crisis de liquidez.

15. En la Sección II.C, la Demandada describe los eventos que condujeron a la incapacidad del BNM de pagar sus obligaciones de deuda, y a la subsiguiente intervención, disolución y liquidación del BNM por parte de la SBS. Por último, en la Sección II.D, la Demandada describe cómo las medidas

adoptadas por el gobierno para con BNM de ninguna manera fueron menos favorables que el tratamiento que había otorgado a otros bancos en situaciones similares.

A. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS LEYES Y REGLAMENTOS BANCARIOS DEL PERÚ

16. La Demandada presenta a continuación una descripción general de las dos entidades clave en la presente disputa: la SBS, el organismo regulador de la banca del Perú que intervino al BNM, y el BCR, la entidad que vigiló la capacidad del BNM de pagar sus obligaciones de deuda e informó a la SBS sobre la falta de liquidez del banco. Como se analiza más adelante, estas dos entidades operaron dentro del marco normativo legal del Perú para supervisar y vigilar bancos, así como intervenirlos cuando fracasan. Las crisis pueden desarrollarse muy rápidamente en los mercados financieros – y de hecho lo hacen – y el incumplimiento de las obligaciones de un banco puede rápidamente escalar y transformarse en el hundimiento financiero de todo un país. Para impedir que esto ocurra, y para mantener la estabilidad y la integridad del sistema bancario, la ley exige que la SBS y el BCR adopten medidas muy específicas dentro de un marco temporal estricto para lidiar con un banco en problemas.

17. La quiebra de un banco no es similar a la bancarrota de otras entidades comerciales. La quiebra de un banco tiene un efecto sistémico sobre todo el sistema bancario y la economía de un país. De hecho, la historia está repleta de ejemplos de crisis bancarias que se salieron de control, disparando depresiones económicas y profundizando recesiones.⁴ Adoptar medidas rápidas, precisas y eficaces es crítico para proteger a los depositantes y preservar la confianza en los sistemas bancarios. Y es aún más

⁴ Véase, por ejemplo, Federal Deposit Insurance Corporation, “Resolutions Handbook,” págs. 68-69, *disponible en* <http://www.fdic.gov/bank/historical/reshandbook/> (último acceso el 9 de junio de 2011) [Anexo R-111]. Durante la Gran Depresión, la incapacidad de los organismos reguladores bancarios de resolver eficazmente las quiebras bancarias motivo a los depositantes a retirar sus depósitos de otros bancos, lo cual produjo la reacción en cadena de pánico bancario y más quiebras bancarias. Los economistas han concluido que el colapso del sistema bancario fue una de las causas principales de la larga duración y gravedad de la Gran Depresión en los Estados Unidos.

importante hacerlo cuando un país ya se encuentra en medio de una crisis bancaria, como la que ocurrió en Perú cuando BNM fue intervenido.

18. El principal objetivo de las autoridades de supervisión bancaria es crear un marco legal de regulación prudencial a fin de permitir que los bancos progresen y proteger a los depositantes y los intereses públicos contra las quiebras bancarias. Contrariamente a las alegaciones de la Demandante en su Solicitud de Arbitraje, el objetivo del organismo regulador no es, y no lo fue en este caso, eliminar bancos del sistema financiero,⁵ así como tampoco es responsabilidad del organismo regulador dirigir los bancos. Los propios bancos llevan consigo la responsabilidad primaria por sus operaciones cotidianas. BNM no logró sortear la crisis, no debido a las medidas de los organismos reguladores, sino porque sus administradores y accionistas no pudieron (o no quisieron) adoptar las medidas necesarias para mejorar la salud financiera del banco. Ningún banco, como BNM, puede seguir operando cuando ha perdido su liquidez y extiende cheques sin fondo - permitir que BNM siguiera operando en dichas condiciones habría puesto en peligro a todo el sistema bancario y amenazado la estabilidad de la economía. En vista de la situación financiera del BNM, la SBS se vio obligada por ley a intervenir a fin de proteger al resto del sistema bancario y, por tanto, a los depositantes y a los intereses públicos. Las medidas adoptadas por los organismos reguladores de Perú fueron legales, razonables, necesarias y acostumbradas. La Demandada explica a continuación las responsabilidades de los organismos reguladores peruanos clave, pertinentes al presente caso.

1. Superintendencia de Banca y Seguros

19. La SBS es responsable de regular y vigilar todos los bancos comerciales y su bienestar financiero y hacer cumplir las normas prudenciales del Perú a fin de garantizar la estabilidad del sector

⁵ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, 18 de junio de 2010, apartado 3 (“Solicitud de Arbitraje de la Demandante”).

bancario de conformidad con la Ley General de Banca del Perú, Ley No. 26702.⁶ En particular, la SBS supervisa y vigila bancos, interpreta y aplica las leyes y el reglamento bancario del Perú, y adopta medidas inmediatas para proteger a los depositantes y la integridad del sistema bancario en caso de una quiebra bancaria o de una violación grave de la ley por parte de un banco.⁷ La obligación de la SBS es proteger al público y a los depositantes.⁸ La Ley General de Banca del Perú especifica las medidas que debe adoptar la SBS frente a una quiebra bancaria. Las medidas adoptadas por la SBS en este caso, *es decir*, la intervención del BNM y los pasos subsiguientes a la intervención, fueron congruentes con la ley, y de hecho exigidos por ésta.

20. Las leyes bancarias del Perú obligan a la SBS de manera específica a intervenir a los bancos en quiebra.⁹ “Intervención” es un término técnico que se refiere a la acción que realiza la SBS cuando cierra un banco y asume el control del mismo a los efectos de disponer de los activos y los pasivos del banco de la manera más eficaz y efectiva posible con el fin de proteger a los depositantes y al sistema bancario.¹⁰ La ley identifica cuatro circunstancias que automáticamente dan lugar a una intervención: (1) suspensión de las obligaciones de pago del banco; (2) incumplimiento del banco durante el procedimiento de vigilancia;¹¹ (3) los activos del banco ponderados en función del riesgo crediticio y de mercado superan 25 veces el capital que el banco está obligado a tener de conformidad

⁶ Véase Ley General de Banca [Anexo R-021].

⁷ Véase Ley General de Banca, Arts. 104-105 [Anexo R-021].

⁸ Véase Declaración Testimonial de Jorge Mogrovejo, 24 de agosto de 2011, apartado 7 (“Declaración Testimonial de Mogrovejo”) [Anexo RWS-001].

⁹ Véase Ley General de Banca, Art. 104 [Anexo R-021].

¹⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 8 [Anexo RWS-001].

¹¹ Todas las compañías del sistema financiero en Perú están sujetas a la supervisión de la SBS cuando, entre otras cosas, dicha compañía se niega a presentar datos exactos a la SBS en respuesta a un sus pedidos de dicha información. Véase Ley General de Banca, Art. 95 [Anexo R-021].

con la ley o con las reglas (denominado “capital reglamentario”);¹² o (4) pérdida o reducción de más del 50% del capital reglamentario del banco.¹³ Si ocurre uno cualquiera de estos sucesos, la SBS debe intervenir.

21. La ley establece los pasos principales de toda intervención. Como se analizará a continuación, la SBS siguió cada paso tal como lo prescribe la ley respecto al BNM. Primero, la SBS determina el capital del banco intervenido y compensa sus pérdidas aplicando el capital que se ha guardado en las reservas y, si fuere necesario, el capital que es considerado patrimonio neto.¹⁴ Segundo, la SBS procura transferir el activo y el pasivo del banco en forma total o parcial a otra entidad.¹⁵ La SBS está encargada de completar dicha transferencia y puede hacerlo sin el consentimiento de ningún deudor o acreedor.¹⁶ Si la SBS logra encontrar un comprador dispuesto, las cuentas de depósito del banco intervenido se transfieren al otro banco. De este modo se preservan los depósitos de los clientes aún cuando los depositantes son ahora clientes del banco adquirente en vez del banco intervenido.¹⁷

22. Países alrededor del mundo imponen obligaciones similares a los organismos reguladores de bancos para intervenir cuando un banco no cumple sus obligaciones de pago. Una regla

¹² Al aplicar ponderaciones de riesgo a los activos, el organismo regulador de la banca puede identificar la cantidad de riesgo que enfrenta el banco y, por lo tanto, determinar la cantidad de capital que debe tener como protección contra sus activos de riesgo. Los activos en riesgo, como el efectivo o los depósitos tenidos en el Banco Central, tienen una ponderación de 0%, mientras que los activos de mayor riesgo, como las hipotecas residenciales, tienen una ponderación de 50%. Los activos de mayor riesgo reciben una ponderación de 100%. A fin de calcular el valor ponderado por riesgo de los activos de un banco, se multiplica el valor de un activo particular por su ponderación de riesgo. Así es que, por ejemplo, si una hipoteca residencial vale US \$100,000, su valor ponderado por riesgo sería US \$50,000 (es decir, US \$100,000 x .50). Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 8, n. 5 [Anexo RWS-001]; Ley General de Banca, Arts. 188-196 [Anexo R-021].

¹³ Véase Ley General de Banca, Art. 104 [Anexo R-021].

¹⁴ Véase Ley General de Banca, Art. 107(1) [Anexo R-021]. “Patrimonio neto” es el monto por el cual el activo supera al pasivo.

¹⁵ Véase Ley General de Banca, Art. 107(3) [Anexo R-021].

¹⁶ Véase Ley General de Banca, Art. 106 [Anexo R-021].

¹⁷ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 57 [Anexo RWS-001].

fundamental de la regulación bancaria de cualquier país es que el organismo regulador debe prevenir la pérdida de la confianza pública en el sistema bancario resolviendo rápidamente la situación de los bancos en quiebra. Existen regímenes virtualmente idénticos en todas las grandes economías, como los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido, para nombrar tan sólo algunas:

- Estados Unidos: las leyes bancarias exigen que el organismo regulador coloque al banco en sindicatura cuando es probable que el banco “no pueda pagar sus obligaciones o satisfacer las demandas de sus depositantes durante el giro normal de sus negocios”.¹⁸
- Canadá: las leyes bancarias exigen que el organismo regulador asuma el control del banco cuando “el banco no ha cumplido el pago de sus obligaciones o... no podrá pagar sus obligaciones en las fechas de vencimiento y exigibilidad”.¹⁹
- Reino Unido: las leyes bancarias exigen que el organismo regulador de la banca asuma control de la administración de un banco, transfiera el libro de cuentas del banco a otro banco, o coloque al banco en liquidación si considera que no le será posible pagar sus obligaciones.²⁰

Por tanto, al igual que en el Perú, las leyes de bancada de las grandes economías mundiales reconocen que la inhabilidad de un banco de pagar sus obligaciones constituye un problema muy serio que debe ser atendido inmediatamente por el organismo regulador del sistema bancario.

23. Después de la intervención, la SBS está obligada a ordenar la disolución y liquidación del banco para disponer de los activos restantes y extinguir formalmente al banco como entidad legal.²¹ La liquidación es el proceso mediante el cual un liquidador (elegido por la SBS) enajena los activos que no haya podido transferir durante la intervención. La liquidación es obligatoria después de la

¹⁸ Ley de la Federal Deposit Insurance Corporation, Título 12 del Código de los Estados Unidos (U.S.C.) § 1821(c)(5)(F) [Anexo R-120].

¹⁹ Ley Bancaria, S.C. 1991, c. 46, § 648(1.1)(a) (Canadá) [Anexo R-117].

²⁰ Véase Ley de Banca de 2009, Parte I, § 7 (condiciones para ejercer poderes para “estabilizar” un banco en quiebra); Parte II, § 96 (condiciones para la solicitud de una orden de insolvencia y liquidación del banco); Parte III, § 143 (condiciones para la solicitud de toma de control de la administración del banco) (RU) [Anexo R-116].

²¹ Véase Ley General de Banca, Arts. 105.114 (de conformidad con estas cláusulas, independientemente del resultado de intervención, la SBS debe disolver y liquidar el banco intervenido) [Anexo R-021].

intervención debido a que un banco intervenido no está autorizado para reanudar operaciones, ciertamente no con los mismos propietarios y administradores.²²

2. Banco Central de Reserva del Perú

24. El BCR es el prestamista de última instancia en el sistema bancario y mantiene facilidades de crédito para otorgar créditos de emergencia a los bancos. BNM buscó obtener dichos créditos en el segundo semestre del 2000 cuando comenzó a deshacerse financieramente. El BCR también alerta a la SBS sobre la falta de liquidez de un banco, como hizo el BCR en este caso.

25. En general, el papel del BCR en el sistema financiero consiste en preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones, como se definen en la Constitución del Perú y en la Ley Orgánica del BCR, incluyen regular el dinero y el crédito en el sistema financiero, administrando las reservas internacionales, emitiendo billetes y monedas, e informando al público sobre los indicadores macroeconómicos importantes de la economía peruana, tal como el PIB, la balanza de pagos, el nivel global de ahorro y crédito, las tasas de interés y los niveles de la reserva.²³ A disputa de la SBS, el BCR no es responsable de vigilar y supervisar los bancos del Perú. En cambio, interactúa con los bancos implementando la política monetaria y actuando como prestamista de última instancia. Por ejemplo, el BCR establece los requisitos de encaje de los bancos, que es un mecanismo que tiene el BCR para controlar la oferta monetaria en la economía - *es decir*, el BCR puede afectar la cantidad de dinero disponible en la economía al aumentar o disminuir la cantidad requerida de activos líquidos que debe mantener un banco ya sea en su propia bóveda o en la “cuenta corriente” de dicho banco en el BCR, la cual es un tipo de cuenta que el BCR puede acreditar y debitar en cualquier momento. A fin

²² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 57 [Anexo RWS-001].

²³ Véase en general Constitución Política del Perú, Capítulo V, 29 de diciembre de 1993, Arts. 83-87 [Anexo R-020]; La Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Ley No. 26123, 30 de diciembre de 1992, Art. 2 [Anexo R-016]; Declaración Testimonial de Juan Ramírez, 25 de agosto de 2011, apartados 6-7 (“Declaración Testimonial de Ramírez”) [Anexo RWS-002].

de determinar si un banco está cumpliendo o no con los requisitos de encaje, el BCR toma en consideración, además del efectivo en la bóveda del banco, el promedio mensual de saldos diarios en la cuenta corriente que tiene el banco en el BCR.²⁴

26. Como prestamista de última instancia, el BCR también provee facilidades (o programas) de crédito a los bancos para darles acceso a liquidez a corto plazo en el caso de que sufran merma de liquidez.²⁵ BNM intentó acceder a dos de estas facilidades de crédito a fin de superar los crecientes problemas de liquidez que eventualmente condujeron a su intervención: (i) créditos a corto plazo garantizados mediante arrendamientos financieros;²⁶ y (ii) créditos *overnight*.²⁷

27. La primera facilidad de crédito - créditos a corto plazo con garantía - permite que los bancos obtengan créditos en efectivo a cambio de activos de alta calidad, pero menos líquidos, que los bancos tengan en su haber. Los créditos eran por un período limitado, *es decir*, no mayor de 30 días. Durante un lapso temporal de tiempo (incluyendo el último trimestre del 2000), el BCR permitió que los bancos utilizaran como garantía ciertos arrendamientos financieros de alta calidad y de bajo riesgo.²⁸ Sin embargo, los arrendamientos financieros podían utilizarse solamente como garantía si tenían una calificación de alta calidad, no tenían acciones judiciales pendientes ni quejas presentadas en su contra, y no estaban vinculados a empresas estuvieran relacionadas con el banco que solicitaba el

²⁴ Véase Requisito de Encaje en Moneda Nacional, Circular No. 027-2000-EF/90, 18 de agosto de 2000, Sec. I(2) [Anexo R-057]; Requisitos de Encaje en Divisas, Circular No. 028-2000-EF/90, 18 de agosto de 2000, Sec. I(2) [Anexo R-058], *modificado por la* Circular No. 038-2000-EF/90, 24 de noviembre de 2000 [Anexo R-066].

²⁵ Véase Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Ley No. 26123, 30 de diciembre de 1992, Arts. 53, 58-59 [Anexo R-016]; Declaración Testimonial de Ramirez, apartado 22 [Anexo RWS-002].

²⁶ Véase Regulación que autoriza el uso de ciertos activos de arrendamiento garantía, Circular No. 040-2000-EF/90, 29 de noviembre de 2000 [Anexo R-069]; Declaración Testimonial de Ramirez, apartado 22 [Anexo RWS-002].

²⁷ Véase Regulación sobre créditos a corto plazo con garantía utilizando garantía tradicional, Circular No. 034-99-EF/90, 30 de Diciembre de 1999, Art. 1.2 [Anexo R-047].

²⁸ Véase Regulación que autoriza el uso de ciertos activos de arrendamiento como garantía, Circular No. 040-2000-EF/90, 29 de noviembre de 2000 [Anexo R-069].

créditos o con sus funcionarios.²⁹ BNM intentó acceder a esa facilidad de crédito para satisfacer sus necesidades de liquidez, pero su garantía no fue suficiente, y por lo tanto, por ley, el BCR no pudo ofrecer este tipo de asistencia.

28. La segunda facilidad de crédito - créditos *overnight* - provee a los bancos un crédito al término del horario comercial de un día con el fin exclusivo de cubrir el requisito de encaje del banco.³⁰ El crédito debe reintegrarse al comienzo del día hábil siguiente.³¹ Los créditos *overnight* son útiles para contribuir a garantizar que los bancos satisfagan sus requisitos mínimos de encaje. Como se explicó anteriormente, las reservas de un banco consisten en los fondos que tiene el banco en su cuenta corriente en el BCR y/o los activos líquidos que tienen en su propia bóveda. Un crédito *overnight* permite que el banco pueda satisfacer el requisito de encaje al incrementar el saldo mensual promedio del banco en su cuenta corriente en el BCR. Si, por ejemplo, un banco tiene un saldo cero o negativo en su cuenta corriente en el BCR al final del día, un crédito *overnight* puede garantizar un saldo positivo durante el día y, por lo tanto, incrementar el saldo mensual promedio.

29. Los créditos *overnight* no pueden, sin embargo, utilizarse para asistir a un banco con sus necesidades de liquidez en general (por ejemplo satisfacer sus obligaciones de pago) - el crédito simplemente se mantiene en durante la noche en la cuenta corriente del banco en el BCR para que su cuenta tenga un saldo positivo. Como resultado de esto, aun cuando BNM aprovechó los créditos

²⁹ Véase Regulación que autoriza el uso de ciertos activos de arrendamiento como garantía, Circular No. 040-EF/90, 29 de noviembre de 2000, Art. 2 [Anexo R-069].

³⁰ Véase Regulación sobre créditos a corto plazo con garantía utilizando garantía tradicional, Circular No. 034-99-EF/90, 30 de Diciembre de 1999, Art. 1.2 [Anexo R-047].

³¹ Véase Regulación sobre créditos a corto plazo con garantía utilizando garantía tradicional, Circular No. 034-99-EF/90, 30 de Diciembre de 1999, Art. 1.2 (dispone que el BCR puede otorgar créditos a corto plazo a bancos con el fin de cubrir déficit de reserva legal) [Anexo R-047]. En el caso de estos créditos, el BCR y el banco prestatario acordaban, mediante contrato, que los fondos se reintegrarían en la primera operación del día hábil siguiente. Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 23 [Anexo RWS-002].

overnight varias veces en noviembre y diciembre del 2000, dichos créditos no lograron sanear sus significativos problemas de liquidez.

30. Además de proveer facilidades de crédito, el BCR es responsable de informar a la SBS cuando los problemas de liquidez de un banco le impiden satisfacer sus obligaciones de pago. El BCR Puede cumplir este papel en virtud de su rol como organismo regulador del sistema de pagos nacional - *es decir*, el procesador de operaciones entre bancos.³² Al tener acceso a la información de pago, el BCR puede vigilar los problemas de liquidez de los bancos peruanos. Fue el BCR, por lo tanto, el que informó a la SBS acerca de los problemas de liquidez del BNM que le impedían satisfacer sus obligaciones de pago.

31. El sistema de pago conlleva tanto la recopilación, como el procesamiento de la información de operaciones realizadas entre bancos y la compensación de dichas operaciones. El BCR es responsable de autorizar y regular las cámaras de compensación, que son entidades que recopilan y procesan la información sobre operaciones realizadas en el sistema financiero. El BCR es también responsable de compensar los pagos entre bancos.³³

32. Una operación de compensación común que se procesa a través del sistema a de pagos nacional es la extensión de cheques y el depósito de cheques por los clientes de los bancos peruanos. Un banco también puede extender cheques por su propia cuenta, *por ejemplo*, para satisfacer el pedido de cierre de cuenta de un cliente que luego se deposita en una nueva cuenta del cliente en otro banco. Toda vez que el cheque de un banco se deposita en otro banco, es necesario debitar el monto del cheque

³² Véase Reglamento General de los Servicios de Canje y Compensación, Circular No. 022-2000-EF/90, 14 de julio de 2000 [Anexo R-055].

³³ Véase *en general* Reglamento General de los Servicios de Canje y Compensación, Circular No. 022-2000-EF/90, 14 de julio de 2000 [Anexo R-055]; véase *también* Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 8 [Anexo RWS-002].

del primer banco y acreditar el monto del cheque del segundo banco a fin de completar la operación.³⁴

El proceso de recopilación de la información de los cheques que se extienden y depositan cada día, y de compensar luego en las operaciones, se llama proceso de “canje de cheques.”³⁵ El canje de cheques se realiza una vez por día de modo que los pagos puedan efectuarse y recibirse rápidamente.³⁶ El segundo paso es el proceso de “compensación” - *es decir*, acreditar o debilitar la cuenta corriente del banco en el BCR por el monto de la operación.

33. Anteriormente, el BCR actuaba como cámara de compensación de cheques - *es decir*, la entidad que recopila información de cheques extendidos y depositados, y calcula el saldo neto de cada banco como resultado de las operaciones - y como banco de compensación, *es decir*, la entidad que acredite y debilita fondos en las cuentas bancarias para completarla las operaciones financieras. Sin embargo, el 14 julio 2000, en el BCR aprobó una regulación que permitía que entidades privadas realizarán el proceso de canje de cheques.³⁷ El 2 noviembre 2000, el BCR autorizó a la Cámara de Compensación Electrónica (“CCE”), una entidad privada de propiedad de todos los bancos (incluido BNM) en Perú, para que actuara como la cámara de compensación nacional.³⁸ Con la creación de la CCE, el proceso de canje de cheques se tornó completamente automatizado. El proceso de canje de cheques ahora sigue un horario preciso y fijo establecido mediante regulación.

³⁴ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 9 [Anexo RWS-002].

³⁵ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000 [Anexo R-056].

³⁶ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Apéndice 1 (dispone en un calendario para el proceso de compensación de cheques) [Anexo R-056].

³⁷ Véase Reglamento General de los Servicios de Canje y Compensación, Circular No. 022-2000-EF/90, 14 de julio de 2000 [Anexo R-055].

³⁸ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Art. 1 [Anexo R-064]; Registro Público de Compañía Pública de Responsabilidad Limitada: Cámara de Compensación Electrónica S.A., Registro No. 11180376, oficina de registros de Lima y Callao, Perú, 7 de abril de 2000, p. 1 [Anexo R-050].

34. Aun cuando el BCR delegó el proceso de canje a la CCE, retuvo el control del proceso de compensación.³⁹ A fin de facilitar la compensación de las operaciones, el BCR exige que la cuenta corriente de cada banco en el BCR contenga fondos suficientes para cumplir con sus obligaciones diarias resultantes del proceso de canje y compensación de cheques.⁴⁰ El BCR utiliza las cuentas corrientes para debitar y acreditar directamente las operaciones de compensación que se registran cada día.⁴¹ Un banco incumple el pago de sus obligaciones si no tiene fondos suficientes en su cuenta corriente en el BCR para satisfacer sus obligaciones resultantes de las operaciones registradas durante ese día.⁴² Si un banco no cumple con sus obligaciones de pago, entonces la SBS está obligada a intervenir.⁴³

35. En el caso del BNM, el 5 de diciembre de 2000, el proceso de canje de cheques prosiguió de la manera normal - siguiendo el horario preciso establecido por el reglamento. En la Sección II.C.1, describimos el proceso por pasos con respecto al BNM y a los sucesos que condujeron a su incumplimiento de pago de obligaciones y su subsiguiente intervención.

B. PROBLEMAS DE SOLVENCIA Y LIQUIDEZ DEL BNM

36. Los problemas de liquidez y solvencia del BNM que culminaron en su intervención se debieron en parte a la grave crisis económica y política de fines de la década de 1990 hasta el 2000, que

³⁹ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 11 [Anexo RWS-002].

⁴⁰ Véase Reglamento General de los Servicios de Canje y Compensación, Circular No. 022-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 7, Apéndice 1 (la definición de “Sistema de Liquidación Bruta en Tiempo Real” indica que los saldos de los bancos son ajustados mediante los procedimientos de acreditar/debitar las cuentas corrientes que mantienen en el BCR) [Anexo R-055]; Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 11 [Anexo R-056]; Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 13 [Anexo RWS-002].

⁴¹ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 12 [Anexo RWS-002]; Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Arts. 9-12 [Anexo R-056].

⁴² Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 13 [Anexo R-056].

⁴³ Véase Ley General de Banca, Art. 104 [Anexo R-021].

desestabilizó el sistema bancario del Perú. Pero en última instancia fueron las malas decisiones administrativas del BNM las causantes últimas de su quiebra. Específicamente, los administradores y los accionistas del banco aplicaron soluciones a corto plazo para sus problemas de solvencia y liquidez en vez de adoptar las medidas necesarias para mejorar efectivamente la salud financiera del BNM. Los problemas derivados de los pasos en falso de los administradores fueron exacerbados por una confluencia de sucesos nacionales e internacionales que afectaron negativamente a la economía del Perú. A nivel nacional, el fenómeno meteorológico el Niño afectó los sectores económicos clave del Perú, como la agricultura y la acuicultura, y arrastró el crecimiento económico de 7.2% en 1997 a tan solo 0.7% en 1998.⁴⁴ Aproximadamente al mismo tiempo, las crisis de las economías emergentes en Asia, Rusia y Brasil ocasionaron disturbios en el sistema financiero internacional.⁴⁵

37. La depresión económica dificultó a los prestatarios peruanos el repago de sus créditos, y la inversión extranjera desapareció debido a que los inversionistas perdieron confianza en las economías emergentes y retiraron abruptamente grandes cantidades de divisas.⁴⁶ Los bancos peruanos se habían acostumbrado a depender de créditos y líneas de crédito de instituciones extranjeras, y cuando se cortaron estos fondos el sistema bancario del Perú se encontró en condiciones extraordinariamente tensas. Al deteriorarse sus carteras de créditos, los bancos registraron pérdidas más altas, lo cual puso en peligro su solvencia. Al mismo tiempo, la pérdida de divisas afectó duramente las posiciones de liquidez de los bancos.

⁴⁴ Véase HISTORIA DE LA SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN FINANCIERA EN EL PERÚ, Mayo 2006, p. 148 (“HISTORIA DE LA SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN FINANCIERA EN EL PERÚ”) [Anexo R-103]. La HISTORIA DE LA SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN FINANCIERA EN EL PERÚ es un libro escrito por la SBS en celebración de su 75^{to} aniversario y narra la historia de la SBS y del sistema bancario peruano. El capítulo sobre la inestabilidad económica y política del Perú de 1998-2001 presenta un resumen de los sucesos que lanzaron la inestabilidad y el impacto que esto tuvo sobre los indicadores económicos del Perú y la salud de sus bancos.

⁴⁵ Véase HISTORIA DE LA SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN FINANCIERA EN EL PERÚ, pp. 148-51 [Anexo R-103]. Véase también Comisión Económica para América Latina (CEPAL), *Estudio económico de América Latina y el Caribe 1999-2000: Perú*, Diciembre 2000, pp. 273, 277-78 [Anexo R-070].

⁴⁶ Véase HISTORIA DE LA SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN FINANCIERA EN EL PERÚ, pp. 152-53 [Anexo R-103].

38. La crisis bancaria fue exacerbada por la crisis política del Perú que se inició con una serie de acusaciones de corrupción en contra del entonces presidente Alberto Fujimori y sus principales asesores.⁴⁷ En noviembre del 2000, el Presidente Fujimori renunció y huyó del país.⁴⁸ La incertidumbre política en torno a la dirección que tomaría el nuevo gobierno socavó la confianza de los depositantes peruanos y de los inversionistas internacionales, lo cual exacerbó la crisis financiera.⁴⁹ El gobierno del Perú hacía todo lo posible, particularmente durante 1999 a 2000, para estabilizar el sistema bancario y evitar un colapso completo.⁵⁰

39. BNM fue considerablemente afectado por estos sucesos. BNM participó en algunos programas gubernamentales que se concibieron a fin de ganar tiempo para que los bancos en dificultades pudieran mejorar su salud financiera. Sin embargo, a disputa de muchos otros bancos, BNM no logró sobrellevar la crisis, debido a que no utilizó ese tiempo para adoptar las medidas necesarias para mejorar su solvencia y resolver sus problemas de liquidez. A continuación analizamos los crecientes problemas financieros del BNM en 1999 y 2000 y la incapacidad de los administradores y los accionistas de dicho banco para adoptar las medidas necesarias para evitar el colapso.

1. Problemas financieros del BNM en 1999

40. En el último trimestre de 1999, BNM se fusionó con otras tres entidades: Banco del País, un banco pequeño con una cartera de créditos integrada mayormente por créditos al consumidor, Nuevo Mundo Leasing y Coordinadora Primavera, ambas de propiedad absoluta de los accionistas del

⁴⁷ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 12 [Anexo RWS-001].

⁴⁸ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 12 [Anexo RWS-001].

⁴⁹ Véase HISTORIA DE LA SUPERVISION Y REGULACIÓN FINANCIERA EN EL PERÚ, p. 155 [Anexo R-103].

⁵⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 12 [Anexo RWS-001].

BNM.⁵¹ La fusión fue estructurada de tal modo que BNM absorbiera el activo y el pasivo de cada entidad sin pagar un precio de compra en efectivo. A cambio, BNM emitió acciones en la nueva entidad consolidada en proporción al valor de los activos adquiridos.⁵² Después de que la SBS verificará que la fusión no violaba ninguna de las leyes y reglamentos bancarios del Perú sustentada en la información presentada por BNM, la SBS aprobó la fusión en agosto de 1999.⁵³

41. Durante la fusión, o poco tiempo después, BNM procuró obtener y recibió beneficios de programas gubernamentales diseñados para estabilizar la salud financiera de los bancos. Por ejemplo, BNM pudo aprovechar un concepto contable denominado “crédito mercantil” [*goodwill credit*] (se describe a continuación). También pudo aprovechar el Programa de Canje de Carteras de Créditos del gobierno que se analiza en la Sección II.B.1.b. Sin embargo, en ambos casos, los administradores y accionistas del BNM no aprovecharon la oportunidad presentada por estos programas para mejorar el capital y la posición de liquidez del BNM. En cambio, ellos decidieron arriesgar su capacidad de sobrevivir a la crisis al no aumentar el capital que el banco desesperadamente necesitaba.

a. Crédito mercantil [*Goodwill credit*]

42. Como resultado de la fusión, BNM logró aprovechar un concepto contable de denominado “crédito mercantil.”⁵⁴ El crédito mercantil refleja el beneficio intangible que equivale al valor del beneficio adicional previsto de la fusión, superior al valor contable real de los activos de la

⁵¹ Véase Actas de la Junta General de Accionistas de BMM, 28 de mayo de 1999 (donde se presenta una lista de accionistas de Nuevo Mundo Leasing y de Coordinadora Primavera antes de la fusión se los caracteriza como accionistas del BNM) [Anexo R-029].

⁵² Véase Informe sobre la Solicitud de Autorización de El Crédito Comercial del BNM, Informe No. 123-OT/99, 3 de agosto de 1999, p. 1 [Anexo R-033].

⁵³ Véase Resolución de la SBS de Aprobación de la Fusión entre BNM, Banco del País, Nuevo Mundo Leasing y Coordinadora Primavera, Resolución de la SBS No. 0718-99, 6 de agosto de 1999 [Anexo R-036]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 15 [Anexo RWS-001].

⁵⁴ Véase Resolución de la SBS Autorizando Crédito Mercantil de la Fusión para BNM, Resolución de la SBS No. 0715-99, 6 de Agosto de 1999 [Anexo R-035]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 17 [Anexo RWS-001].

entidad adquirida. Ese beneficio intangible refleja a su vez la expectativa de la entidad adquirente de que la fusión incrementará su capacidad de generar ganancias. BNM, por ejemplo, adquirió Banco del País, un banco con una cartera de créditos al consumidor que BNM quería desarrollar. BNM esperaba que esta nueva cartera de créditos se utilizaría para generar ganancias después de la fusión que serían mayores de las que Banco del País producía antes de la fusión.⁵⁵

43. La entidad adquirente espera capitalizar las utilidades que genere y, con el tiempo, incrementar el valor de la nueva entidad resultante de la fusión.⁵⁶ Sin embargo, en vez de esperar hasta que efectivamente se realice el incremento de las utilidades para aumentar su capital, una empresa adquirente puede optar por reconocer el valor de la fusión inmediatamente al completar dicha operación mediante un incremento del capital en sus libros contables para reflejar su expectativa de ganancias mayores en el futuro.⁵⁷ El incremento de valor previsto se registra en el balance de la compañía como activo intangible: “crédito mercantil”. Cada año, a medida que la compañía adquirente realiza utilidades más altas, el monto del crédito mercantil se va reduciendo. Al final de un cierto período de tiempo, el crédito mercantil quedará completamente reemplazado por activos reales.⁵⁸ El crédito mercantil resulta útil en una depresión económica, porque permite que una entidad adquirente se beneficie de la función inmediatamente aun cuando el incremento de las utilidades pueda llevar varios años hasta realizarse plenamente. En el caso de los bancos, el crédito mercantil incrementó su capital reglamentario sin exigirles que capten nuevo capital.⁵⁹

⁵⁵ Véase Informe sobre la Solicitud de Autorización de Crédito Comercial del BNM, Informe No. 123-OT/99, 3 de agosto de 1999, p. 1 [Anexo R-033].

⁵⁶ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 17 [Anexo RWS-001].

⁵⁷ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 18 [Anexo RWS-001].

⁵⁸ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 18 [Anexo RWS-001].

⁵⁹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 19 [Anexo RWS-001].

44. En 1999, los bancos sólo podían aprovechar el crédito mercantil si la SBS los autorizaba específicamente.⁶⁰ Una vez que la SBS y el banco adquirente acordaban el monto del crédito mercantil que debía autorizarse,⁶¹ la SBS impondría entonces un plazo dentro del cual el banco tenía que retirar el crédito mercantil de su balance.⁶² Debido a que el crédito mercantil es un activo intangible que refleja la *expectativa* de utilidades, el crédito mercantil no puede permanecer permanentemente en el balance de un banco. Asimismo, el monto del crédito mercantil debe reducirse cada año, independientemente de que el banco materialice o no sus ganancias previstas.

45. Si, por ejemplo, las utilidades del banco no incrementaron conforme a lo previsto, el banco igualmente deberá retirar una parte del crédito mercantil de su balance cada año, lo cual resultaría en un gasto equivalente al monto del crédito mercantil que se ha retirado. Entonces, si el crédito mercantil de un banco dura cinco años, el banco debe incurrir en gastos equivalentes 1/5 el crédito o mercantil cada año, independientemente de las ganancias que haya podido materializar. Sin embargo, si resulta obvio (por ejemplo, mediante una auditoría externa) que el banco no tiene probabilidades de realizar las ganancias predichas a partir de la fusión, el banco deberá retirar el crédito mercantil inmediatamente, e incurrir en el gasto correspondiente, y todo esto en un solo año en lugar de ir reduciéndolo gradualmente a lo largo de cinco años.⁶³

46. Si bien el crédito mercantil es una herramienta legítima y de amplia aceptación, es importante reconocer su limitado propósito. Sólo debe utilizarse como valor de tasación de los activos

⁶⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 19 [Anexo RWS-001].

⁶¹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 19 [Anexo RWS-001]; Véase también Informe sobre la Solicitud de Autorización de Crédito Comercial del BNM, Informe No. 123-OT/99, 3 de agosto de 1999, p. 2 [Anexo R-033].

⁶² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 19 [Anexo RWS-001]; Véase también Informe sobre la Solicitud del BNM Autorización de Crédito Mercantil, Informe No 123-OT/99, 3 de agosto de 1999, p. 1 [Anexo R-033].

⁶³ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 19 [Anexo RWS-001].

de la continuación de actividades después de una fusión. Sin embargo, no refleja el valor de una entidad si dicha entidad estuviere destinada a ser liquidada. Una vez que una entidad se ha declarado en quiebra, las sinergias subyacentes en la expectativa de incremento de las ganancias desaparecen totalmente. Asimismo, dado que el crédito mercantil no es un activo tangible, no se le puede utilizar para reintegrar a los acreedores. Por tanto, el crédito mercantil no se puede incluir en el valor de una entidad liquidada.

47. En el caso del BNM, la SBS autorizó al BNM la edición de S/. 45 millones o US \$12.6 a su cuenta de capital en concepto de crédito mercantil con un plazo de cinco años en un esfuerzo por contribuir a facilitar la fusión del BNM.⁶⁴ En otras palabras, BNM esperaba que podría incrementar sus ganancias en el monto de S/. 45 millones o US \$12.6 durante los cinco años subsiguientes a la fusión como resultado de la explotación de la cartera de créditos al consumidor del Banco del País. Independientemente de que BNM pudiera generar o no esas ganancias en el plazo de cinco años, BNM estaba obligado a retirar una quinta parte de su crédito mercantil cada año durante cinco años.

48. Poco después de la aprobación de la fusión, resultó obvio que la cartera de créditos del Banco del País no daba los resultados previstos y, por lo tanto, BNM había sobrevalorado al Banco del País a los efectos de la fusión.⁶⁵ De hecho, el capital del Banco del País valía S/. 10 millones (US \$2.9 millones) menos de lo que Banco del País había declarado al BNM durante la fusión. Por tanto, en lugar de adquirir una entidad con un capital de S/. 22.9 millones o US \$6.5 millones, BNM adquirió una entidad con un capital de S/. 12.8 millones o US \$3.6 millones.⁶⁶ En vista de la sobrevaloración de la cartera de créditos del Banco del País, BNM no se encontraba en una posición que le permitiera

⁶⁴ Véase Informe sobre la Solicitud de Autorización de Crédito Comercial del BNM, Informe No. 123-OT/99, 3 de agosto de 1999 [Anexo R-033]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 20 [Anexo RWS-001].

⁶⁵ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 23 [Anexo RWS-001]

⁶⁶ Véase Resolución de la SBS de autorización de la reducción del capital accionario del Banco del País, Resolución de la SBS No. 0895-99, 29 septiembre de 1999 [Anexo R-039].

materializar las ganancias que había previsto inicialmente de la fusión. Y lo más importante es que cuando BNM fue intervenido, la SBS no podía contar el crédito mercantil en su evaluación del valor del BNM, debido a que los activos intangibles son meramente expectativas de valor futuro, no de valor presente. En otras palabras, sin tener en cuenta el crédito mercantil, el valor del BNM se había deteriorado considerablemente como consecuencia de la fusión.

b. *Participación del BNM en el Programa de Canje de la Cartera de Créditos del Gobierno*

49. BNM también participó en un programa administrado por la SBS y por el Ministerio de Economía y Finanzas para ayudar a los bancos con cartera de créditos morosos, llamado Programa de Canje de Carteras de Créditos.⁶⁷ El gobierno creó el programa el 18 junio 1999 para ayudar a los bancos en dificultades con una cartera de créditos en vías de deterioro debido a la crisis económica.⁶⁸ Fue uno de varios programas de emergencia destinados a aliviar las presiones que sufrían los bancos. El Programa de Canje de Cartera de Créditos ayudó a los bancos a mejorar su solvencia al retirar temporariamente los créditos morosos de sus balances y distribuir las pérdidas de la carretera a lo largo de un período de tiempo más extenso (por ejemplo, durante el transcurso de cinco años).⁶⁹

50. Bajo este programa, los bancos retiraban temporariamente de sus balances los créditos morosos y, a cambio, recibían bonos del Tesoro de valor equivalente.⁷⁰ Sin embargo, el programa no pretendían aliviar a los bancos completamente de sus créditos de alto riesgo. Dado que los bancos

⁶⁷ Véase Informe de Evaluación de la Viabilidad del Plan de Participación del BNM en el Programa de Canje de Cartera de Créditos y Bonos del Tesoro, Informe No. 218-99, p. 6 [Anexo R-044].

⁶⁸ Véase Decreto de Institución del Programa de Canje de Cartera de Créditos y Bonos del Tesoro, Decreto Supremo No. 099-99-EF, 18 de junio de 1999 [Anexo R-030]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 24 [Anexo RWS-001].

⁶⁹ Véase Decreto de Institución del Programa de Canje de Cartera de Créditos y Bonos del Tesoro, Decreto Supremo No. 099-99-EF, 18 de junio de 1999 [Anexo R-030]; Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *estudio económico de América Latina y el Caribe - 1999-2000: Perú*, Diciembre 2000, pp. 273.277-78 [Anexo R-070]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 25 [Anexo RWS-001].

⁷⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartados 24-26 [Anexo RWS-001].

habían adoptado voluntariamente la decisión comercial de celebrar dichos créditos, ellos eran los únicos responsables de las consecuencias. El programa tenía como fin solamente aportar un alivio corto plazo a fin de permitir que los bancos tuvieran tiempo para adoptar las medidas necesarias para preparar sus cuentas de modo que, a largo plazo, pudiera satisfacer sus obligaciones sin declararse en quiebra. Sin embargo, correspondía a los bancos, no a las entidades reguladoras, adoptar esas medidas.

51. Dos aspectos del programa demuestran que se había concebido solamente para ofrecer un espacio de alivio a corto plazo, no para sustraer a los bancos de sus compromisos. Primero, los bonos del Tesoro no eran activos reales. Como se estipuló en el reglamento que regía el programa en aquella oportunidad, los bonos del Tesoro no tenían tasas de interés, y los bancos no podían venderlos a terceros.⁷¹ Los bancos usaban los bonos del Tesoro solamente como indicadores de activos sin riesgo en sus balances por el período de tiempo durante el cual el banco hubiera retirado una parte de su cartera de créditos de alto riesgo.⁷²

52. Segundo, los bancos se comprometieron a reintegrar los créditos a sus balances después de un determinado período de tiempo.⁷³ Mientras tanto, los bancos podían demorar el registro de pérdidas de créditos morosos, lo cual le daba tiempo para mejorar su solvencia. Sin embargo, el beneficio era temporal, y los bancos tenían plena conciencia de que programa no alteraba el valor real del banco. Por lo tanto, al igual que el crédito mercantil, los beneficios del Programa de Canje de Cartera de Créditos no podían incluirse en el valor de liquidación de la entidad. Dado que el banco era

⁷¹ Véase Decreto de Institución del Programa de Canje de Cartera de Créditos y Bonos del Tesoro, Decreto Supremo No. 099-99-EF, 18 de junio de 1999 Art. 1 [Anexo R-030]; Reglamento sobre las Características de los Bonos del Tesoro Canjeados de Conformidad con el Decreto Supremo 099-99-EF, Resolución Ministerial No. 134-99-EF-77, 19 junio 1999, Art. 2 [Anexo R-031]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 25 [Anexo RWS-001].

⁷² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 25-27 [Anexo RWS-001].

⁷³ Véase Decreto de Institución del Programa de Canje de Cartera de Créditos y Bonos del Tesoro, Decreto Supremo No. 099-99-EF, 18 de junio de 1999 Art. 4 [Anexo R-030]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 26 [Anexo RWS-001].

en última instancia responsable de su cartera de créditos, el valor de liquidación del banco tenía que incluir el valor de la cartera y no el valor de los bonos del Tesoro.

53. El 24 noviembre 1999, BNM sometió a consideración de la SBS su plan para participar en el Programa de Canje de Cartera de Créditos. De conformidad con el plan, BNM recibiría bonos del Tesoro por valor de US \$34.5 millones a cambio de retirar un valor equivalente de créditos de alto riesgo de su balance.⁷⁴ El 15 diciembre 1999, la SBS aprobó el plan.⁷⁵

54. El Programa de Canje de Cartera de Créditos permitió al BNM canjear millones de dólares en créditos morosos por un monto equivalente de bonos del Tesoro.⁷⁶ Sin embargo, aun cuando el programa le dio tiempo al BNM para mejorar su capital, los accionistas del BNM no lograron aprovechar la oportunidad para reforzar la salud financiera del banco. Por lo tanto, los beneficios para BNM del Programa de Canje de Cartera de Créditos quedaron en papel solamente, y el valor subyacente del BNM se mantuvo inalterado. Cuando BNM fue intervenido, los créditos morosos tuvieron que restituirse a los libros del banco.

2. Problemas financieros del BNM durante el segundo semestre de 2000

55. La SBS está obligada por ley a realizar una inspección de cada banco o al menos una vez por año.⁷⁷ La visita de inspección regular de la SBS al BNM en agosto del 2000 reveló que BNM exageraba la calidad de sus créditos y ocultaba posibles pérdidas en su balance. El Superintendente

⁷⁴ Véase plan de Desarrollo del BNM para 1999-2004, 24 noviembre 1999 [Anexo R-041]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 28 [Anexo RWS-001].

⁷⁵ Véase Contrato entre Corporación Financiera de Desarrollo y BNM Para la Transferencia Temporal de Bonos a Cambio de Créditos y su Recaudación y Garantías en un Fideicomiso, el 15 diciembre 1999 (provee bonos por valor de US \$33.7 millones) [Anexo R-045]; Véase también Carta de la SBS a la Corporación Financiera de Desarrollo, Oficio No. 13214-99, 15 de diciembre de 1999 [Anexo R-046].

⁷⁶ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 23 [Anexo RWS-001]; Informe de Evaluación de la Viabilidad del Plan de Participación del BNM en el Programa de Canje de Cartera de Créditos y Bonos del Tesoro, Informe No. 218-99, pp. 1, 6 [Anexo R-044].

⁷⁷ Véase Ley General de Banca, Art. 357 [Anexo R-021].

Adjunto de Riesgos Jorge Mogrovejo, que era en ese entonces Jefe de la Supervisión de Banca y jefe del departamento que era directamente responsable de vigilar al BNM, supervisó un equipo de examinadores de la SBS que realizaron la visita de inspección.⁷⁸ Los examinadores prepararon un informe de inspección que el señor Mogrovejo revisó y firmó al 22 de noviembre de 2000.⁷⁹ En la visita de inspección, la SBS descubrió riesgos importantes de solvencia que enfrentaba BNM, como por ejemplo el deterioro de la cartera de créditos, identificó problemas preocupantes en torno a la liquidez del BNM. La SBS emitió varias recomendaciones para ayudar al BNM a abordar estos problemas, pero BNM no las cumplió.

56. Como se detalla a en el informe de inspección del BNM, la SBS determinó que BNM había clasificado incorrectamente el nivel de riesgo de su cartera de créditos. Los créditos del BNM eran, en realidad, mucho más riesgosos de lo que había declarado BNM.⁸⁰ Es crítico que un banco cumpla con el reglamento de la SBS en lo concerniente a la clasificación de riesgos, debido a que el nivel global de riesgo de la cartera de créditos de un banco se emplea para determinar el nivel de las reservas legales que debe mantener el banco.⁸¹ Como consecuencia de constantemente informar de manera incompleta sobre los créditos de alto riesgo, las reservas por riesgo de incobrabilidad del BNM no eran suficientes para cubrir las pérdidas previstas de su cartera de créditos.⁸² Por lo tanto, después de reclasificar sus créditos de conformidad con las normas de la SBS, BNM necesitó incrementar

⁷⁸ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 30 [Anexo RWS-001].

⁷⁹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 30 [Anexo RWS-001]; Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000 [Anexo R-065].

⁸⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 33 [Anexo RWS-001].

⁸¹ Véase Norma de Liquidez para los Bancos del Sistema Financiero, Resolución de la SBS No. 0622-98, Normas para la Gestión de la Liquidez, 30 junio de 1998 [Anexo R-024], *modificada por* la Resolución de la SBS No. 0744-99, el 10 agosto 1999 [Anexo R-037].

⁸² Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, pp. 1-2 [Anexo R-065]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 33 [Anexo RWS-001].

considerablemente sus reservas por riesgo de incobrabilidad por valor de S/. 66.5 millones, o US \$19 millones, a fin de cubrir el déficit de S/. 79.2 millones, o US \$22.4 millones, de las reservas por riesgo de incobrabilidad que la SBS observó durante la visita de inspección.⁸³

57. La SBS también descubrió que los depósitos del BNM habían bajado en un 8.46% entre agosto y octubre del 2000.⁸⁴ Si bien el tamaño de la reducción no era de por sí significativo, los examinadores de la SBS observaron que era preocupante, porque BNM tenían una sobreconcentración de depósitos. La sobreconcentración (*es decir*, demasiados depósitos procedentes de un número limitado de fuentes) crea el real riesgo de que la pérdida de tan sólo un depositante pudiera tener un impacto inmediato y dramático sobre la liquidez y la salud financiera del banco.⁸⁵ Por lo tanto, retiros por parte de un solo depositante tendría el potencial de socavar considerablemente la liquidez del BNM.⁸⁶ Los examinadores de la SBS también observaron que BNM dependía de los créditos interbancarios, *es decir*, créditos a corto plazo de otros bancos del sistema financiero, como fuente de

⁸³ Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, p. 6 (Recomendación No. 2), p. 7 (Conclusiones) (La cifra de S/. 66.5 millones tiene en cuenta el incremento en las reservas por riesgo de incobrabilidad proyectadas por BNM para septiembre de 2000 en la cartera de créditos comerciales. S/. 66.5 millones en la suma de S/. 52.9 millones (para la cartera de créditos comerciales), S/. 13 Millones (para los créditos transferidos bajo del Programa de Canje de Cartera de Créditos), y S/. 454,000 (para la cartera de créditos al consumidor).) [Anexo R-065]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 33 [Anexo RWS-001]. Los montos en dólares estadounidenses se calcularon utilizando la tasa de cambio de noviembre del 2000: 3.53 Nuevos Soles por 1 Dólar de EE. UU. Véase Tasas de Cambio Publicadas por la SBS [Anexo R-095].

⁸⁴ Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, p. 17 [Anexo R-065]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 34 [Anexo RWS-001].

⁸⁵ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 32 [Anexo RWS-001].

⁸⁶ Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, p. 18 [Anexo R-065]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 32 [Anexo RWS-001].

liquidez en octubre y noviembre de 2000.⁸⁷ El uso repetido de créditos interbancarios indicaba que BNM tenía dificultades en cubrir sus obligaciones de corto plazo con sus propios recursos.⁸⁸

58. BNM también había solicitado créditos *overnight* del BCR durante noviembre de 2000 a fin de cubrir sus requisitos de encaje.⁸⁹ Según el BCR, BNM recibió US \$67.3 millones y S/. 97.5 millones en créditos *overnight* en noviembre de 2000.⁹⁰ El uso de créditos *overnight* indicaba a la SBS que BNM tenía dificultades para satisfacer el requisito de encaje con sus propios recursos o mediante el uso de créditos interbancarios, lo cual indicaba un posible problema de liquidez.⁹¹

59. Después de la visita de inspección, la SBS emitió las siguientes recomendaciones para que BNM arreglará los problemas identificados en el Informe de Visita de Inspección.

- La SBS recomendó que BNM reclasificara a sus créditos a fin de que se atuvieran al nivel de riesgo identificado por la SBS Durante su inspección.
- La SBS recomendó que BNM incrementara sus reservas por riesgo de incobrabilidad a S/. 79.2 millones, o US \$22.4 millones, para responder del mayor nivel de riesgo comprobado por la SBS en la cartera de créditos del BNM.
- La SBS recomendó que BNM diversificara sus fuentes de depósitos para evitar la sobreconcentración.

La SBS solicitó al BNM presentar informes a la SBS sobre los cambios realizados para cumplir con las recomendaciones del Informe de Visita de Inspección⁹² y que BNM reportara a SBS sobre los avances

⁸⁷ Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, p. 19 [Anexo R-065]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 34 [Anexo RWS-001].

⁸⁸ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 34 [Anexo RWS-001].

⁸⁹ Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, p. 19 [Anexo R-065]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 34 [Anexo RWS-001].

⁹⁰ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 24 [Anexo RWS-002].

⁹¹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 34 [Anexo RWS-001].

⁹² Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, pp. 5-6 [Anexo R-065]; Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 36 [Anexo RWS-001].

del banco en materia de implementación de las recomendaciones de SBS en un plazo de 15 días.⁹³

BNM no cumplió con las recomendaciones de la SBS.⁹⁴

60. De conformidad con el Informe de la Visita de Inspección, la SBS concluyó que BNM tenía problemas de solvencia y liquidez preocupantes que lo hacían particularmente vulnerable a los problemas que experimentaba todo el sistema financiero del Perú. La visita de inspección también reveló que BNM no estaba debidamente administrado. Ocultaba información importante sobre su salud financiera, recurría a procedimientos contables impropios, y no gestionaba riesgos que debían haber sido obvios para los administradores del banco.

3. Rápido deterioro del BNM en noviembre y diciembre de 2000

61. A mediados de noviembre de 2000, los administradores del BNM debían haber tenido conocimiento de la precaria posición de liquidez del banco. Los indicadores que se describen a continuación muestran claramente un banco que se desarticulaba rápidamente. Sin embargo, la administración del BNM no hacía nada para abordar las necesidades de liquidez del banco. Los problemas del BNM se complicaron cuando se intensificó la crisis política del Perú después de la repentina renuncia del Presidente Fujimori en medio de acusaciones de corrupción durante la segunda

⁹³ Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, pp. 5-7 [Anexo R-065]; Carta de la SBS a BNM relacionada con el Informe de Visita de Inspección, Oficio No. 12187-2000, 27 noviembre de 2000 [Anexo R-067].

⁹⁴ Véase Informe de la Visita de Inspección de la SBS para BNM, Informe de Visita de Inspección No. DESF “A”-168-VI/2000, 22 de noviembre de 2000, pp. 5-7 [Anexo R-065]; Carta de la SBS a BNM relacionada con el Informe de Visita de Inspección, Oficio No. 12187-2000, 27 noviembre de 2000 [Anexo R-067].

quincena de noviembre.⁹⁵ La confianza del público en el sistema bancario había sufrido una fuerte sacudida, y los clientes de los bancos, incluido BNM, se abalanzaron a retirar sus depósitos.⁹⁶

62. En un esfuerzo por ayudar al BNM a evitar una crisis de liquidez catastrófica, la SBS se reunió en numerosas ocasiones con los funcionarios del BNM en noviembre de 2000 para instarlos a recapitalizar el banco.⁹⁷ En una de estas reuniones, la SBS se reunió con el presidente del BNM, Jacques Levy, y con el gerente general, José Armando Hopkins.⁹⁸ La SBS les informó que BNM necesitaba un inmediato influjo de capital en efectivo de US \$20 millones como mínimo. La pérdida de liquidez, si no se arreglaba mediante una infusión inmediata de efectivo, corría el riesgo de provocar un pánico bancario. Jacques Levy respondió que no estaba en condiciones de proporcionar esa suma en efectivo pero ofreció aportar varias de sus propiedades como contribución de capital. La SBS insistió en que la aportación de capital debía ser en forma de efectivo dado que las propiedades no eran suficientemente líquidas como para arreglar los problemas de liquidez del BNM.⁹⁹ Asimismo, los terrenos que ofrecía Jacques Levy estaban gravados y ya se estaban utilizando como garantía de sus obligaciones para con el banco en calidad de accionista.¹⁰⁰

63. Los indicadores claves del BNM - datos reportados por el propio BNM a la SBS - muestran el rápido deterioro del banco durante el segundo semestre del 2000, y en particular, en

⁹⁵ Véase Informe de la SBS Sobre la Evolución de los Depósitos del BNM y su Liquidez, Informe No. DESF “A”-105/OT-2001, 29 octubre de 2001, p. 5 [Anexo R-091]. Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 42 [Anexo RWS-001].

⁹⁶ Véase Informe de la SBS Sobre la Evolución de los Depósitos del BNM y su Liquidez, Informe No. DESF “A”-105/OT-2001, 29 octubre de 2001, p. 5 [Anexo R-091]. Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 42 [Anexo RWS-001].

⁹⁷ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 42 [Anexo RWS-001].

⁹⁸ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 42 [Anexo RWS-001].

⁹⁹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 42 [Anexo RWS-001].

¹⁰⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 42 [Anexo RWS-001].

noviembre del 2000.¹⁰¹ El cuadro siguiente se ha tomado de un informe generado por la SBS después de la intervención del BNM a raíz de su crisis de liquidez y muestra a la aceleración de los retiros de depósitos por parte de entidades privadas y de particulares.¹⁰²

DEPÓSITOS DE BANCO NUEVO MUNDO						
(En miles de dólares)						
Variación mensual	Ago-00	Sep-00	Oct-00	Nov-00	5 Dic-00	Dic-00/Jul-00
Total Depósitos	-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 del Sector Privado	-8,974	-25,162	12,037	-60,015	-27,013	-109,127

64. Como se indica en el cuadro, el nivel de depósitos del BNM bajó notoriamente entre octubre de 2000 y noviembre de 2000. La mayoría de la pérdida de los depósitos del BNM se debió a retiros de entidades privadas.¹⁰³ Desde el 1 agosto 2000 hasta el 5 diciembre 2000, BNM perdió US \$122.5 millones en depósitos, lo cual equivalía al 32% del total de sus depósitos.¹⁰⁴ En el mes de noviembre solamente, BNM perdió US \$67.7 millones en depósitos, de los cuales US \$60 millones se debieron a retiros de entidades privadas.¹⁰⁵ La pronunciada disminución de los depósitos era un reflejo directo de la pérdida de confianza del público en BNM.

¹⁰¹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartados 38-41 [Anexo RWS-001].

¹⁰² Véase Informe de la SBS Sobre la Evolución de los Depósitos del BNM y su Liquidez, Informe No. DESF "A"-105/OT-2001, 29 octubre de 2001, p. 5 [Anexo R-091]. Los datos subyacentes fueron reportados a la SBS semanalmente por fax. Los datos se utilizarán posteriormente para producir Este informe. Véase Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 37 [Anexo RWS-001].

¹⁰³ Véase Informe de la SBS Sobre la Evolución de los Depósitos del BNM y su Liquidez, Informe No. DESF "A"-105/OT-2001, 29 octubre de 2001, p. 5 [Anexo R-091].

¹⁰⁴ Véase Informe de la SBS Sobre la Evolución de los Depósitos del BNM y su Liquidez, Informe No. DESF "A"-105/OT-2001, 29 octubre de 2001, p. 5 [Anexo R-091].

¹⁰⁵ Véase Informe de la SVS Sobre la Evolución de los Depósitos del BNM y su Liquidez, Informe No. DESF "A"-105/OT-2001, 29 octubre de 2001, p. 5 [Anexo R-091].

65. En vista del rápido deterioro del BNM, la SBS había estado monitoreando los indicadores financieros clave del BNM a diario a fines de noviembre de 2000.¹⁰⁶ Uno de estos indicadores era el ratio de liquidez del BNM, que era calculado por el banco y reportado a SBS cada día.¹⁰⁷ El ratio de liquidez de un banco es la relación entre sus activos líquidos y sus obligaciones a corto plazo. El ratio de liquidez de un banco indica si el banco tiene suficientes activos líquidos para cubrir sus obligaciones inmediatas de pago.¹⁰⁸ En el Perú, los bancos están obligados por ley a mantener activos líquidos en moneda local equivalentes al 8 por ciento de sus obligaciones a corto plazo denominadas en moneda local y activos líquidos en moneda extranjera equivalentes al 20 por ciento de sus obligaciones a corto plazo denominadas en moneda extranjera.¹⁰⁹

66. Un indicador aun más útil es el ratio de liquidez “ajustado” que calcula la SBS al excluir de los activos líquidos de un banco todos los créditos a corto plazo, como los créditos interbancarios y los de las facilidades de crédito del BCR. El ratio de liquidez ajustado ayuda a la SBS a identificar el nivel real de liquidez de un banco y todo problema de liquidez significativo. Debido a que las opciones de emergencia de créditos a corto plazo, como los créditos intermediarios y del BCR, pueden ocultar los verdaderos problemas de liquidez del banco, la SBS siempre tiene en cuenta el ratio ajustado, aun cuando no exista el requisito legal específico de mantener un ratio de liquidez ajustado.¹¹⁰

67. En el caso del BNM, su ratio de liquidez ajustado cayó significativamente entre noviembre y diciembre de 2000. El ratio de liquidez promedio mensual del BNM en noviembre era

¹⁰⁶ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 42 [Anexo RWS-001].

¹⁰⁷ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 39 [Anexo RWS-001].

¹⁰⁸ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 39 [Anexo RWS-001].

¹⁰⁹ Véase Norma de Liquidez para los Bancos del Sistema Financiero, Resolución de la SBS No. 622-98, Normas para la Gestión de la Liquidez, 30 junio de 1998 [Anexo R-024]; Resolución de la SBS de Modificación de la Norma de Liquidez para Bancos en el Sistema Financiero, Resolución de la SBS No. 0744-99, 10 de agosto de [Anexo R-037].

¹¹⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 40 [Anexo RWS-001].

6.5% en moneda local y 9.2% en moneda extranjera. El 1.º de diciembre de 2000, el ratio de liquidez ajustado del BNM bajó a 1.89% en moneda local y 6.01% en moneda extranjera. El 4 de diciembre de 2000, el ratio de liquidez ajustado del BNM se mantuvo preocupantemente bajo: 2.56% en moneda local y 4.08% en moneda extranjera.¹¹¹ La SBS estaba sumamente preocupada por los ratios de liquidez ajustados del BNM, porque indicaban que BNM iba perdiendo su activo líquido para cumplir con sus obligaciones a corto plazo, y que sus problemas de liquidez iban empeorando. Sin ninguna tipo de acción por parte de los administradores o los accionistas del BNM para recapitalizar el banco, BNM se encaminaba rápidamente hacia una crisis de liquidez.

C. LA INTERVENCIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL BNM

68. Los problemas de liquidez del BNM culminaron a fines de noviembre y comienzos de diciembre de 2000. Al 5 de diciembre de 2000, BNM había agotado completamente su activo líquido y, por tanto, ya o podía pagar sus obligaciones de deuda. A esta altura, de conformidad con la ley peruana (y congruentemente con las leyes bancarias de todo el mundo), la SBS intervino al BNM. Durante la intervención, la SBS hizo todo lo posible por recuperar el valor remanente del banco. Y, de conformidad con la ley bancaria del Perú, la SBS disolvió y liquidó BMN después de la intervención. Las actuaciones de la SBS no sólo fueron coherentes con las leyes bancarias peruanas, sino que fueron también razonables y necesarias en vista de la crisis económica del Perú y el frágil estado del sistema bancario en esos momentos. A continuación se analizan los detalles de la crisis de liquidez del BNM y la subsiguiente intervención, disolución y liquidación de este banco.

¹¹¹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 39 [Anexo RWS-001]. Véase Datos Financieros Diarios del BNM Presentados a la SBS por el Año 2000, Apéndice 15A1 [Anexo R-115]. El promedio de los ratios de liquidez diarios del BNM en noviembre de 2000 se encuentran en las celdas I:255 (moneda nacional) y J:255 (moneda extranjera); los ratios de liquidez ajustados promedio para noviembre se encuentran en las celdas O:255 (moneda nacional) y J:255 (moneda extranjera). Los ratios de liquidez al 1.º de diciembre de 2000 se encuentran en las celdas I:235 (moneda nacional) y J:235 (moneda extranjera) y los ratios de liquidez ajustados en las celdas O:235 (moneda nacional) y P:235 (moneda extranjera). Los ratios de liquidez al 4 de diciembre de 2000 se encuentran en las celdas I:236 (moneda nacional) y J:236 (moneda extranjera) y los ratios de liquidez ajustados en las celdas O:236 (moneda nacional) y P:236 (moneda extranjera).

1. Suspensión de pagos, exclusión de la Cámara de Compensación e intervención del BNM

69. En los primeros días de diciembre de 2000, la crisis de liquidez del BNM dio lugar a una corrida bancaria y sus clientes comenzaron a retirar sus depósitos a una velocidad alarmante.¹¹² Al principio, BNM pudo devolver dinero a sus clientes a medida que retiraban sus depósitos. Sin embargo, eventualmente se le agotaron los fondos al BNM y comenzó a emitir cheques a sus clientes en lugar de efectivo.¹¹³ El 5 diciembre de 2000, resultó obvio que BNM ya no podía pagar los cheques que había emitido a sus clientes, porque se le habían agotado completamente los fondos.

70. En la tarde del 5 diciembre 2000, el BCR envió una notificación oficial a la SBS de que BNM ya no tenía fondos suficientes para respaldar los cheques girados contra las cuentas del banco que se habían depositado el 4 diciembre 2000.¹¹⁴ Como consecuencia de esto, el BCR estaba obligado por ley a excluir al BNM del proceso de canje por incumplimiento de sus obligaciones de pago.¹¹⁵

71. Para apreciar plenamente el significado de lo que ocurrió con respecto al BNM, es importante explicar detalladamente el proceso de canje de cheques. El proceso de canje de cheques opera muy rápidamente a fin de funcionar como sistema de pago en tiempo real. El proceso es completamente automatizado - no existen elementos de discreción. Los bancos que participan en el proceso conocen plenamente las reglas y los horarios del proceso, establecido por reglamento.¹¹⁶ Los

¹¹² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 43 [Anexo RWS-001].

¹¹³ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 44 [Anexo RWS-001].

¹¹⁴ Declaración Testimonial de Ramirez, apartado 30 [Anexo RWS-002]; Carta del BCR a la SBS concerniente a la exclusión del BNM del Proceso de Compensación de Cheques, Oficio No. 226-2000-PRES, 5 diciembre de 2000 [Anexo R-072].

¹¹⁵ Véase Carta del BCR a la SBS concerniente a la exclusión del BNM del Proceso de Compensación de Cheques, Oficio No. 226-2000-PRES, 5 diciembre de 2000 [Anexo R-072]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 44 [Anexo RWS-001].

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000 [Anexo R-056]; Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara

bancos entienden que el sistema funciona solamente cuando cada banco tiene los fondos que necesita cada día para reconocer las operaciones que ocurren y pagar sus obligaciones a los demás bancos. También saben que si incumple con el requisito de tener fondos suficientes, serán excluidos del proceso de canje y serán intervenidos por la SBS. Debido a la velocidad del proceso de canje de cheques, un banco debe garantizar que va a tener fondos suficientes para cubrir sus obligaciones. Si un banco no logra tener fondos suficientes, deberá cesar en sus operaciones para minimizar el daño a la economía.

72. A continuación describimos detalladamente los pasos del proceso de canje de cheques y lo que le sucedió al BNM los días 4 y 5 de diciembre de 2000, cuando no cumplió con sus obligaciones de pago y, por tanto, se vio obligado a ser intervenido por la SBS. El 4 diciembre 2000, BNM ya no podía entregar efectivo a sus clientes cuando venían al banco a retirar sus depósitos, y BNM extendió cheques en lugar de efectivo. Los clientes del BNM depositaron entonces esos cheques en sus nuevas cuentas en otros bancos. De conformidad con sus compromisos en calidad de participantes en el proceso de canje de cheques, BNM y el resto de los bancos del sistema de canje de cheques mantenían la información electrónica a acerca de cada cheque que era extendido por uno de sus clientes y cada cheque era depositado en una de sus cuentas.¹¹⁷

73. Entre las 9:15 hrs. y las 24:00 hrs. 4 de diciembre de 2000, todos los bancos enviaron a la CCE información detallada acerca de cada cheque que fue depositado en su banco el 4 de diciembre de 2000, como lo hacen cada día.¹¹⁸ Luego, entre las 00:00 hrs. y las 1:00 hrs., el 5 de diciembre de 2000, el sistema informático de la CCE calculó las obligaciones de cada banco que participaba en el

de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 037-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000 [Anexo R-064].

¹¹⁷ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 45 [Anexo R-056].

¹¹⁸ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

proceso de canje de cheques respecto a cada uno de los otros bancos en el sistema y determinó el monto que debía cada banco (saldo negativo) o que le era debido (saldo positivo) por otros bancos del sistema como consecuencia de las operaciones que ocurrieron el 4 diciembre de 2000.¹¹⁹ Entre las 1:00 hrs. y las 2:00 hrs. el 5 de diciembre de 2000, esta información fue enviada automáticamente al BCR en forma de archivo electrónico.¹²⁰ La información fue transmitida simultáneamente a los bancos que participaban en el proceso de compensación de cheques.¹²¹

74. Desde las 8:30 hrs. hasta las 10:00 hrs. el 5 de diciembre de 2000, las computadoras del BCR procesaron el archivo electrónico de la CCE que presentaba un saldo negativo o positivo para cada banco.¹²² Si un banco tuvo un saldo negativo (*es decir*, debe dinero a otros bancos porque sus clientes extendieron cheques que fueron depositados el 4 de diciembre de 2000 por un monto que fue superior al de los cheques que recibieron y depositaron en el banco el 4 de diciembre de 2000), las computadoras del BCR automáticamente verificaron el saldo negativo contra los fondos del banco en su cuenta corriente en el BCR.¹²³ Si la cuenta corriente de un banco en el BCR no tenía fondos suficientes para cubrir el saldo negativo, el BCR recibe una notificación de alerta del sistema informático de que el proceso de canje no se pudo completar debido a que un banco no pudo satisfacer sus obligaciones de

¹¹⁹ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

¹²⁰ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

¹²¹ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

¹²² Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

¹²³ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 16 [Anexo RWS-002].

pago.¹²⁴ En la práctica, tan pronto como los bancos inician sus operaciones diarias, verifican los fondos disponibles en su cuenta corriente en el BCR en su computadora y comparan ese monto con la información de saldo que recibieron de la CCE a eso de las 2:00 hrs.¹²⁵

75. El 5 de diciembre de 2000, a eso de las 10:00 hrs., las computadoras del BCR indicaron que BNM no tenía fondos suficientes en su cuenta corriente en el BCR para cubrir su saldo negativo del 4 de diciembre de 2000.¹²⁶ Efectivamente, la cuenta corriente del BNM sólo tenía S/. 1.8 millones en moneda local y US \$0.1 millón en moneda extranjera, mientras que su saldo negativo era S/. 4.1 millones y US \$9.2 millones.¹²⁷ El proceso computacional reveló que la cuenta corriente del BNM en el BCR tenía un déficit de S/. 2.3 millones y US \$9.1 millones, ascendiendo en total a aproximadamente US \$9.75 millones.¹²⁸

76. Un banco que no tenga fondos suficientes en su cuenta corriente en el BCR deberán reabastecer su cuenta para cubrir sus obligaciones antes de las 13:15 hrs. ese mismo día, hora en la cual el BCR debe terminar el proceso de compensación.¹²⁹ Un banco puede o bien agregar más efectivo a su cuenta, u obtener un créditos de otro banco (un “créditos interbancario”). Sin embargo, si otros bancos del sistema financiero no están dispuestos a otorgar un créditos al banco, o a otorgar un créditos al

¹²⁴ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 16 [Anexo RWS-002].

¹²⁵ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 (“recepción de archivos de compensación de cheques”)[Anexo R-064].

¹²⁶ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 25 [Anexo RWS-002].

¹²⁷ Véase Carta del BCR a la SBS concerniente al Saldo de la Cuenta Corriente del BNM en el BCR, Oficio No. 225-2000-PRES, 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-123].

¹²⁸ Véase Carta del BCR a la SBS concerniente a la exclusión del BNM del Proceso de Compensación de Cheques, Oficio No. 226-2000-PRES, 5 diciembre de 2000 [Anexo R-072]; Declaración Testimonial de Ramirez, apartado 26 [Anexo RWS-002].

¹²⁹ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000 [Anexo R-056]; Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 037-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000 [Anexo R-064]; Declaración Testimonial de Ramirez, apartado 19 [Anexo RWS-002].

banco en condiciones aceptables, el último recurso del banco es tratar de usar uno de los diversos métodos del BCR de proporcionar a los bancos liquidez de emergencia, tal como un créditos a corto plazo con respaldo de una garantía.¹³⁰ Pero, para obtener un créditos del BCR a corto plazo con respaldo de una garantía, el banco debe tener suficientes activos de alta calidad para cubrir el saldo del créditos.¹³¹

77. Al final de la mañana del 5 de diciembre de 2000, Juan Ramírez, el funcionario del BCR a cargo de monitorear la cuenta corriente del BNM en el BCR, se comunicó con BNM para hablar del saldo negativo del banco, su insuficiencia de fondos en la cuenta corriente en el BCR, y sus expectativas de encontrar fondos para reponer su cuenta corriente en BCR a fin de cubrir sus obligaciones de pago.¹³² A las 12:00 hrs., BNM todavía no había encontrado los fondos que necesitaba para pagar su saldo negativo.

78. Al mismo tiempo que el BCR determinaba si los bancos tenían fondos suficientes en sus cuentas corrientes en el BCR para cubrir saldos negativos resultante de operaciones ocurridas el 4 diciembre 2000, los bancos revisaban todos los cheques depositados en su cuenta de clientes en esa fecha para determinar la presencia de errores, fraude y otros problemas que hubiera requerido que los bancos devolvieran los cheques.¹³³ Este proceso de validación puede dar lugar a un ajuste de la posición neta del banco si alguno de los cheques deben devolverse y dichas operaciones deben revertirse.¹³⁴ A

¹³⁰ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartados 17, 22 [Anexo RWS-002].

¹³¹ Véase Regulación sobre créditos a corto plazo con garantía utilizando garantía tradicional, Circular No. 034-99-EF/90, 30 de Diciembre de 1999 [Anexo R-047].

¹³² Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 26 [Anexo RWS-002].

¹³³ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 8 [Anexo R-056].

¹³⁴ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 8 [Anexo R-056]. Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

las 12:00 hrs. del 5 de diciembre de 2000, se completó este proceso y el BCR tuvo conocimiento del saldo final negativo o positivo de cada banco como resultado del proceso de canje de cheques del 4 de diciembre de 2000.¹³⁵

79. La última oportunidad que tuvo BNM de reabastecer su cuenta corriente en el BCR fue entre las 12:00 hrs. y las 13:15 hrs. el 5 diciembre 2000, después de que hubiera concluido el proceso de verificación de cheques de los bancos pero antes de que el BCR tuviera que terminar el proceso de compensación.¹³⁶ El BCR se mantuvo en contacto con BNM durante este tiempo para determinar si el banco reunía las condiciones para un créditos a corto plazo con respaldo de una garantía.¹³⁷ Sin embargo, el BCR descubrió que BNM no tenía activos suficientes que pudieran servir de garantía para cubrir el saldo del créditos - BNM tenía solamente US \$1.2 millón en garantía habilitante mientras que necesitaba US \$9.75 millones.¹³⁸ Por lo tanto, a las 13:15 hrs., BNM no logro poner suficientes fondos en su cuenta corriente en el BCR para satisfacer sus obligaciones de pago. A esta altura, el BCR está obligado por ley a notificar a la CCE que BNM debía quedar excluido del proceso de canje de cheques.¹³⁹

80. Al recibir al de la notificación de que BNM estaba excluido del proceso de canje de cheques, la CCE tuvo que revertir los cálculos de canje de cheques realizados el 4 de diciembre de 2000

¹³⁵ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

¹³⁶ Véase Regulaciones para la Cámara de Compensaciones y la Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000 [Anexo R-056].

¹³⁷ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 26 [Anexo RWS-002]; Véase Carta del BCR a la SBS concerniente al Saldo de la Cuenta Corriente del BNM en el BCR, Oficio No. 225-2000-PRES, 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-123].

¹³⁸ Véase Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 26 [Anexo RWS-002].

¹³⁹ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 14 [Anexo R-056]; Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 27 [Anexo RWS-002].

y recalcularlos, sin incluir las operaciones desde y hacia BNM.¹⁴⁰ La CCE envió los cálculos al BCR entre las 13:45 hrs. y las 14:15 hrs. el 5 de diciembre de 2000 a efectos de la compensación.¹⁴¹

81. Una vez que el BCR notificó a la CCE que BNM debía ser excluido del proceso de canje, el BCR inmediatamente notificó a la SBS.¹⁴² Debido a que la SBS está obligada por ley a intervenir inmediatamente cuando un banco no logra cumplir con sus obligaciones de pago, la SBS declaró que iba a intervenir al BNM ese mismo día.¹⁴³

82. Cuando el equipo de la SBS llegó al local del BNM alrededor de las 15:00 hrs. el 5 de diciembre de 2000 para notificar a los funcionarios del banco que BNM había sido intervenido y para cerrar el banco, descubrieron que BNM había cerrado sus puertas voluntariamente varias horas antes.¹⁴⁴ BNM lo hizo presuntamente porque ya no podía satisfacer los retiros directos, y porque es ilegal que un banco continúe permitiendo que se extiendan cheques cuando ya no tiene fondos para respaldarlos.¹⁴⁵ El hecho de que BNM decidiera cerrar sus propias puertas antes de ser intervenido por la SBS refleja el hecho de que el propio BNM sabía que su liquidez era insuficiente para mantener las operaciones del

¹⁴⁰ Véase Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular No. 023-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 12 [Anexo R-056].

¹⁴¹ Véase Regulación que autoriza a la CCE como Compañía de Cámara de Compensaciones Electrónicas y modifica el calendario del proceso de compensaciones, Circular No. 37-2000-EF/90, 2 de noviembre de 2000, Apéndice 2 [Anexo R-064].

¹⁴² Véase Regulaciones General de los Servicios de Canje y Compensación, Circular No. 022-2000-EF/90, 14 de julio de 2000, Art. 8 [Anexo R-055]; Carta del BCR a la SBS concerniente a la exclusión del BNM del Proceso de Compensación de Cheques, Oficio No. 226-2000-PRES, 5 diciembre de 2000 [Anexo R-072]; Declaración Testimonial de Ramírez, apartado 28 [Anexo RWS-002].

¹⁴³ Véase Resolución de la SBS de declaración de intervención en BNM, Resolución SBS No. 885-2000, 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-073]; Véase también Ley General de Banca, Art. 104 [Anexo R-021].

¹⁴⁴ Véase “Banco Nuevo Mundo Sujeto a Intervención Ayer por la SBS”, Gestión, 6 de diciembre de 2000 [Anexo R-074]; “Banco Nuevo Mundo Sujeto a Intervención por la SBS Como Consecuencia de Crisis de Liquidez Aguda,” Liberación, 6 de diciembre de 2000, p. 3 [Anexo R-075]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 53 [Anexo RWS-001].

¹⁴⁵ Véase Código Penal del Perú, Art. 215 Cobro y Emisión Ilegal de Papel Comercial,” 4 de agosto de 1991 [Anexo R-122]; Ley de Títulos Valores, Ley No. 27287, 6 e junio de 2000, Art. 173., “Condición precedente para extender cheques,” Art. 183, “Cierre de cuenta corriente por extender cheques sin fondos” [Anexo R-121].

banco. Así es que horas antes de que la SBS interviniera efectivamente al BNM, los funcionarios del banco reconocieron que no podía seguir funcionando.

83. Dado el posible impacto sistémico de una quiebra bancaria, que no sólo razonable sino esencial que la ley bancaria peruana otorgue a la SBS claras instrucciones para intervenir cuando un banco no cumple con sus obligaciones de pago.¹⁴⁶ Una vez que un banco ha disparado una de las causas de intervención, como el incumplimiento de pago de sus obligaciones en el proceso de canje, otros factores resultan irrelevantes desde la perspectiva del organismo regulador. Por ejemplo, la SBS no requiere considerar como llegó el banco a esa situación o si ciertos aspectos de los balances del banco son más fuertes que los de otros bancos en el sector financiero. La única consideración de interés para el organismo regulador es si el banco ha suspendido el pago de sus obligaciones. Si lo ha hecho, como fue el caso con BNM, la SBS debe intervenir.¹⁴⁷

84. Todos los pasos involucrados en la intervención son prescritos por la ley, como se describe en la Sección II.A. Al exigir la adopción de medidas específicas en el caso de una quiebra bancaria, la ley misma provee estabilidad al sistema bancario. Los bancos, depositantes, acreedores, y el público conocen las medidas que se adoptarán y cuándo tendrán lugar. Esto ciertamente aporta seguridad y estabilidad, y preserva la confianza en el sistema global. Como se explicó anteriormente, este es un objetivo fundamental de supervisión prudencial de la banca y no es exclusivo del Perú. Las facultades de un organismo regulador de la banca de cerrar un banco, asumir el control, y decidir cómo enajenar de la mejor manera el activo y el pasivo del banco en caso de quiebra son universales.¹⁴⁸ Por lo tanto, si bien la Demandante ataca las acciones de la SBS, en realidad, la intervención del BNM por la

¹⁴⁶ Véase Ley General de Banca, Art. 104 [Anexo R-021].

¹⁴⁷ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 56 [Anexo RWS-001].

¹⁴⁸ Véase sección II.A.1; Véase también Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 55 [Anexo RWS-001].

SBS fue razonable, necesaria, mandada por ley, y no es más ni menos de lo que he hubiera hecho cualquier organismo regulador en cualquier mercado financiero sofisticado.

2. Resolución de la SBS para reducir el capital accionario durante la intervención

85. Las medidas que adoptó la SBS cuando intervino al BNM también estaban prescritas por la ley. Una vez que BNM estuvo intervenido, la SBS inició el proceso de tratar de transferir el activo y el pasivo del BNM a otro banco. A fin de facilitar esta transferencia, la SBS ejerció su autoridad al amparo de la Ley General de Banca para evaluar el verdadero activo y pasivo del BNM y, como cuestión contable, volver a determinar el valor del capital remanente en vista de las pérdidas del banco.¹⁴⁹ Según el artículo 107(1) de la Ley General de Banca, la SBS estaba autorizada para compensar las pérdidas del BNM imputando las reservas del BNM y, si fuere necesario, el patrimonio neto del BNM.¹⁵⁰

86. Por las razones explicadas anteriormente, la SBS tenía que determinar el valor real del capital del BNM desestimando todo beneficio intangible que BNM hubiera ganado mediante los programas ofrecidos por el gobierno para proporcionar alivio temporal durante la crisis económica, incluido el crédito mercantil y los beneficios obtenidos a través del Programa de Canje de Cartera de Créditos.¹⁵¹ Esto no pudo haber sido una sorpresa para los dueños del BNM. BNM aprovechó estos programas con pleno conocimiento de que no lograrían modificar el valor del banco. Solamente sirvieron para que BNM ganara tiempo para mejorar la salud financiera del banco, lo cual no fue logrado por los administradores del BNM.

¹⁴⁹ Véase Ley General de Banca, Art. 107 [Anexo R-021]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 60 [Anexo RWS-001].

¹⁵⁰ Véase Ley General de Banca, Art. 107 [Anexo R-021], Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 63 [Anexo RWS-001].

¹⁵¹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 61 [Anexo RWS-001].

87. Por tanto, la SBS evaluó los balances del BNM sin contar el crédito mercantil que había obtenido el banco durante su fusión con Banco del País, Nuevo Mundo Leasing y Coordinadora Primavera.¹⁵² La SBS comprobó que S/. 35.6 millones o US \$10 millones,¹⁵³ *es decir*, aproximadamente 4/5 del crédito mercantil que había quedado en libros del BNM, no se podía contar como parte del verdadero valor del BNM. Asimismo, la SBS incluyó en el valor del BNM los créditos morosos del banco que habían sido retirados temporalmente de los libros del BNM bajo el Programa de Canje de Cartera de Créditos.¹⁵⁴ El efecto de volver a incluir los créditos más riesgosos en los balances del BNM fue un incremento en las pérdidas por créditos morosos del BNM en S/. 40.5 millones o US \$11.4 millones.¹⁵⁵

88. Como resultado de deshacerse de los beneficios que había aprovechado BNM cuando todavía operaba, a saber - el crédito mercantil y el programa de Reservas por Pérdidas- resultó obvio que BNM no mejoró su posición de solvencia en 1999-2000. De hecho, ocurrió exactamente lo opuesto. Cuando la SBS determinó el valor del BNM, comprobó que el banco era, en realidad, insolvente.¹⁵⁶

¹⁵² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 60 [Anexo RWS-001].

¹⁵³ Véase Informe sobre el Valor del Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 de junio de 2001, p. 2 (“Amortización de crédito mercantil” se declara como “-35,632”) [Anexo R-088]. La diferencia entre el monto inicial del crédito mercantil, S/. 45 millones, y al renglón que figura en el informe de auditoría, S/. 35,632, refleja el hecho de que BNM ya había retirado una quinta parte del crédito mercantil, o aproximadamente S/. 9.4 millones, en el primer año.

¹⁵⁴ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 61 [Anexo RWS-001].

¹⁵⁵ Véase Informe sobre el Valor del Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 de junio de 2001, p. 2 (Para calcular las pérdidas de los créditos sustraídos temporalmente del balance del BNM bajo el Programa de Canje de Cartera de Créditos (de conformidad con el Decreto Supremo 099-99-EF), sustrajo las pérdidas de las “reservas por créditos incobrables” al 5 diciembre 2000, equivalentes a S/. 24.5 millones, de las pérdidas de las “reservas por créditos incobrables (inclusive del D.S. 099-99),” al 31 diciembre de 2000, equivalentes a S/. 65 millones. Por tanto, la cantidad de pérdida de reservas por créditos incobrables que provenían de créditos sustraídos bajo el Programa de Canje de Cartera de Créditos equivale a S/. 40.5 millones (es decir, S/. 65 millones menos S/. 24.5 millones).) [Anexo R-088].

¹⁵⁶ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 63 [Anexo RWS-001].

89. Asimismo, la SBS comprobó que BNM había sufrido otras pérdidas que se revelaron por primera vez durante una auditoría externa de PricewaterhouseCoopers, una firma contratada por los accionistas del BNM para realizar la auditoría correspondiente al ejercicio que terminaba el 31 de diciembre de 2000.¹⁵⁷ Si PricewaterhouseCoopers no hubiera realizado la auditoría, esas pérdidas podrían no haberse descubierto nunca. La auditoría comprobó que al 31 diciembre 2000, las pérdidas del BNM superaban los S/. 328 millones o US \$92 millones.¹⁵⁸ El pasivo total de los balances del BNM superaba al activo en S/. 82.28 millones (US \$23 millones).¹⁵⁹ Consecuentemente, las pérdidas del BNM arrasaron con todo su capital, dejando al banco insolvente. Esto incluía todos los fondos separados en calidad de reservas así como el valor del patrimonio neto. Por lo tanto, era necesario que la SBS redujera el patrimonio neto del BNM para dar cuenta de las pérdidas vigentes del BNM.¹⁶⁰ Debido a la magnitud de las pérdidas del BNM, esta medida redujo el patrimonio neto del BNM a cero.¹⁶¹ Por supuesto, en el improbable caso de que los liquidadores pudieran recuperar algún valor del activo del BNM que excediera a el pasivo del BNM, ese valor residual se devolvería a los

¹⁵⁷ Véase Auditoría Financiera del BNM por PricewaterhouseCoopers, 31 de diciembre de 2000 y 31 de diciembre de 1999, con fecha del 5 de marzo de 2001 [Anexo R-080]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 62 [Anexo RWS-001]; Informe sobre el Valor del Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 de junio de 2001 [Anexo R-088]. Los auditores externos del BNM, que fueron contratados antes de la intervención de la SBS, fueron autorizados a completar su trabajo después de la puesta en marcha de la intervención. PricewaterhouseCoopers completó la auditoría el 5 de marzo de 2001.

¹⁵⁸ Véase Resolución SBS de Reducción del Patrimonio Neto del BNM, Resolución SBS No. 509-2001, 28 de junio de 2001 (donde se indica que los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2000 fueron auditados por una firma de auditoría independiente) [Anexo R-089]; véase también Informe sobre el Valor del Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 junio de 2001 (donde se cita la auditoría externa) [Anexo R-088]; Auditoría Financiera del BNM por PricewaterhouseCoopers, 31 diciembre de 2000, y 31 diciembre de 1999, con fecha del 5 marzo de 2001 (Estado de Resultados) [Anexo R-080]. Los montos en dólares estadounidenses se calcularon utilizando la tasa de cambio de diciembre del 2000: 3.53 Nuevos Soles por 1 Dólar de EE. UU. Véase Tasas de Cambio Publicadas por la SBS [Anexo R-095].

¹⁵⁹ Véase Informe sobre el Valor del Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 de junio de 2001, p. 2 [Anexo R-088]; véase también Resolución SBS de Reducción del Patrimonio Neto del BNM, Resolución SBS 509-2001, 28 de junio de 2001 [Anexo R-089].

¹⁶⁰ Véase Resolución SBS de Reducción del Patrimonio Neto del BNM, Resolución SBS 509-2001, 28 de junio de 2001 [Anexo R-089].

¹⁶¹ Véase Resolución SBS de Reducción del Patrimonio Neto del BNM, Resolución SBS 509-2001, 28 de junio de 2001 [Anexo R-089].

accionistas.¹⁶² La práctica del Perú de pagar a los acreedores mientras se dejan los activos residuales para los accionistas es una práctica común en la disposición de los activos de una empresa en quiebra.¹⁶³

3. Esfuerzo de la SBS por recuperar el valor máximo para BNM bajo el Régimen Especial Transitorio

90. De conformidad con las leyes bancarias del Perú, la SBS dedicó considerable tiempo y esfuerzo a tratar de recuperar el mayor valor posible remanente en BNM al transferir su activo y pasivo a otro banco. El proceso de explorar la posibilidad de transferencia del activo y pasivo del BNM a otro banco llevó aproximadamente seis meses.¹⁶⁴ La intervención se amplió inicialmente a 45 días el 18 de enero de 2001,¹⁶⁵ y una vez más el 2 de marzo de 2001.¹⁶⁶ Luego de estas ampliaciones, la SBS sometió BNM a un programa especial que había creado el gobierno del Perú para contribuir a facilitar la transferencia del activo y el pasivo de los bancos intervenidos a otros bancos.¹⁶⁷

91. El gobierno inicialmente creó un programa llamado Programa de Consolidación del Sistema Financiero (“PCSF”) para contribuir a facilitar la fusión de los bancos sanos con los bancos más débiles a fin de proteger a los depositantes y mejorar la confianza del público en el sistema bancario durante un período plagado de preocupaciones sobre solvencia y problemas de liquidez que

¹⁶² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 63 [Anexo RWS-001].

¹⁶³ Véase Barron’s FINANCE & INVESTMENT HANDBOOK 550 (6° ed. 2003) (donde se describe el proceso de liquidación como “desmantelamiento de una empresa, cancelación de deudas en orden de prioridad, y distribución de los activos restantes en efectivo a los dueños”) [Anexo R-118].

¹⁶⁴ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 59 [Anexo RWS-001].

¹⁶⁵ Véase Resolución de la SBS que Amplía el Régimen de Intervención del BNM, Resolución SBS No. 034-2001, 18 de enero de 2001 [Anexo R-078].

¹⁶⁶ Véase Resolución de la SBS que Amplía el Régimen de Intervención del BNM y Banco NBK, Resolución SBS No. 172-2001, 2 de marzo de 2001 [Anexo R-079].

¹⁶⁷ Véase Resolución de la SBS De Declaración de Régimen Especial Transitorio para BNM, Resolución SBS No. 284-2001, 18 de abril de 2001 [Anexo R-083].

amenazaba con desestabilizar el sistema bancario.¹⁶⁸ Al amparo del programa, si un banco más fuerte adquiría un banco más débil, el gobierno se comprometía a proporcionar fondos a través del Fondo de Seguro de Depósitos y del Ministerio de Economía y Finanzas para cubrir toda pérdida posible.¹⁶⁹

92. En enero de 2001, el gobierno decidió ampliar el programa de modo de incluir a bancos que habían sido intervenidos a fin de brindar garantías a los depositantes de los bancos intervenidos de que sus fondos estarían asegurados así como para reforzar la confianza del público en la estabilidad del sistema bancario.¹⁷⁰ Esta modificación al PCSF, creó un nuevo programa llamado “Régimen Especial Transitorio”, bajo el cual los bancos intervenidos podían fusionarse con bancos más fuertes aprovechando el beneficio de los fondos disponibles en el programa PCSF.¹⁷¹

93. Al ampliar bajo el programa PCSF el acceso a los fondos a los bancos intervenidos, el Régimen Especial Transitorio logró que resultara financieramente más viable que otro banco absorbiera el activo y el pasivo de un banco intervenido. Cuando la SBS transfiere la totalidad (o casi la totalidad) del activo y el pasivo de un banco intervenido a otro banco, se encuentra en una posición más favorable para recuperar el valor del banco intervenido.¹⁷² Cuanto más valor de un banco intervenido pueda recuperar la SBS, tanto mayor protección puede ofrecer a los depositantes y acreedores del banco.

94. Bajo el PCSF (y el Régimen Especial Transitorio), el banco adquiriente absorbería todo el pasivo y virtualmente todo el activo del banco más débil. A fin de lograr que el programa resultara

¹⁶⁸ Véase Decreto de Emergencia de Promulgación del Programa de Consolidación del Sistema Financiero, Decreto de Urgencia No. 108-2000, 27 de noviembre de 2000 [Anexo R-068].

¹⁶⁹ Véase Reglamento Operativo del PCSF, Resolución Ministerial No. 174-2000-EF, 3 de diciembre de 2000, Arts. 8, 10 [Anexo R-071].

¹⁷⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 68 [Anexo RWS-001].

¹⁷¹ Véase Decreto de Emergencia de Institución del Régimen Especial Transitorio, Decreto de Urgencia No. 044-2001, 11 de abril de 2001 [Anexo R-081].

¹⁷² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 68 [Anexo RWS-001].

viable, los bancos cuyas pérdidas sobrepasaran 1.5 (o, en casos excepcionales, hasta el triple) del valor del patrimonio neto (según se lo haya determinado en el mes previo a la intervención) no eran aptos para participar en el PCSF.¹⁷³ Estas restricciones se aplicaron también al Régimen Especial Transitorio.¹⁷⁴

95. El 18 abril 2001, la SBS sometió al BNM al Régimen Especial Transitorio con la esperanza de transferir su activo y pasivo a otro banco.¹⁷⁵ La comisión gubernamental establecida para administrar el PCSF, la Comisión Especial para la Promoción de la Reorganización Empresarial (“CEPRE”) ya había identificado al Banco Interamericano de Finanzas (“BIF”) como un posible adquirente del activo y el pasivo del BNM.¹⁷⁶

96. El 30 de mayo de 2001, BNM (representada por la SBS) y BIF firmaron un convenio para explorar la posibilidad de transferir el activo y el pasivo del BNM a BIF en bloque, utilizando fondos del PCSF para cubrir toda pérdida posible que pudiera sufrir BIF por la adquisición. De conformidad con el convenio, BNM se sometería a una valoración realizada por Medina, Zaldivar y Asociados (Arthur Andersen), la cual determinaría el precio que pagaría BIF para adquirir el activo y el

¹⁷³ Véase Reglamento Operativo del PCSF, Resolución Ministerial No. 174-2000-EF, 3 de diciembre de 2000, Art. 8 [Anexo R-071]; Reglamento Operativo del PCSF, Art. 8, Resolución Ministerial 179-2000-EF, 12 de diciembre de 2000 (modificación del Art. 8 de un límite excepcional del “doble” al “triple” del patrimonio neto) [Anexo R-119]; Resolución de la de Declaración de la Disolución e Intervención del BNM, Resolución SBS No. 775-2001, 18 de octubre de 2001, p. 2 (Se hace notar que el límite puede ampliarse hasta el triple del valor del activo por adquirir con permiso del Ministerio de Economía y Finanzas) [Anexo R-090].

¹⁷⁴ Véase Incorporación y Modificación del Reglamento Operativo del PCSF, Resolución Ministerial No. 124-2001-EF-10, 12 de abril de 2001, Art. 1(g) [Anexo R-082].

¹⁷⁵ Véase Resolución de la SBS De Declaración de Régimen de Transición Especial para BNM, Resolución SBS No. 284-2001, 18 de abril de 2001 [Anexo R-083].

¹⁷⁶ Véase Resolución de la SBS de Declaración de Régimen Especial Transitorio para BNM, Resolución SBS No. 284-2001, 18 de abril de 2001, p. 1 [Anexo R-083].

pasivo del BNM.¹⁷⁷ Una vez que el BIF adquiriere el activo y el pasivo del BNM, entonces podría procurar obtener fondos del gobierno para compensar toda pérdida que hubiera sufrido de la adquisición, siempre que las pérdidas del BNM no superaran el límite legal de fondos disponibles para cubrir las pérdidas del BNM (*es decir*, 1.5 veces el valor del activo del BNM que el BIF se comprometió a adquirir o, en circunstancias excepcionales, hasta el triple del valor del activo objeto de la adquisición).¹⁷⁸

97. En el caso del BNM, la valoración realizada por Medina, Zaldivar y Asociados (Arthur Andersen) demostró que las pérdidas del BNM superaban incluso el límite excepcional especial del triple del activo objeto de adquisición.¹⁷⁹ Por lo tanto, BNM no reunió las condiciones para participar en el PCSF/Régimen Especial Transitorio.

98. Aun cuando BNM fuese admisible para participar en el PCSF/Régimen Especial Transitorio, y, por tanto, transfiriese su activo y pasivo a BIF, BNM no habría reanudado sus operaciones. Después de dicha transferencia, el paso siguiente habría sido someter al BNM al procedimiento de liquidación a fin de disponer del activo remanente y consumir la defunción del banco. Asimismo, no fue casual que los accionistas pudieran haber recuperado el valor de su patrimonio a través del programa PCSF dado que el patrimonio neto se habría castigado antes de la transferencia a fin de satisfacer las obligaciones de deuda pendientes de pago.

¹⁷⁷ Véase El acuerdo entre el Banco Interamericano de Finanzas y BNM acerca del Proceso de Reorganización Empresarial entre ambas empresas en virtud del Régimen Especial Transitorio, 30 de mayo de 2001, Sec. 3 [Anexo R-086].

¹⁷⁸ Véase El acuerdo entre el Banco Interamericano de Finanzas y BNM acerca del Proceso de Reorganización Empresarial entre ambas empresas en virtud del Régimen Especial Transitorio, 30 de mayo de 2001, Sec. 7-8 [Anexo R-086].

¹⁷⁹ Véase Resolución de la de Declaración de la Disolución e Intervención del BNM, Resolución SBS No. 775-2001, 18 de octubre de 2001, p. 2 [Anexo R-090]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 70 [Anexo RWS-001].

99. Debido a que el BIF no pudo adquirir al BNM utilizando los fondos del PCSF para cubrir las pérdidas inherentes en dicha adquisición, no quedaba nada más que hacer en el Régimen Especial Transitorio.¹⁸⁰ Tampoco había algo más que podría hacerse en la intervención a esa altura: la SBS había evaluado el activo y el pasivo del BNM, había reducido lo más posible las pérdidas, y había procurado transferir el activo del BNM a otro banco.

100. A esta altura, lo único que le quedaba por hacer a la SBS era disolver el banco. La SBS había hecho todo lo posible para ayudar al BNM desde el comienzo de sus problemas de solvencia y liquidez hasta la conclusión de la intervención del BNM. Dado que el Perú se encontraba en medio de una crisis bancaria, lo último que quería la SBS era la quiebra de otro banco, ya que esto socavaría aun más la confianza del público en la estabilidad del sistema financiero. Entonces, la SBS, junto con el Ministerio de Economía y Finanzas y el BCR - recurrieron a varios programas de emergencia detallados anteriormente para ayudar al BNM a mantenerse a flote, y se comunicaron frecuentemente con BNM para brindar orientación sobre la manera de capear la tormenta política y económica que estaba afectando a tantos bancos en el Perú.¹⁸¹ Los organismos reguladores de la banca peruana no pudieron hacer mucho, sin embargo, en vista del hecho de que los accionistas del banco no pudieron (o no quisieron) recapitalizarlo. El 18 octubre 2001, la SBS concluyó el período de intervención y declaró la disolución y liquidación del BNM conforme lo requerido por la ley.¹⁸²

¹⁸⁰ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 72 [Anexo RWS-001].

¹⁸¹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 36 (La SBS presentó recomendaciones a BNM después de la visita de inspección en su Informe emitido el 22 de noviembre de 2000); apartado 42 (la SBS se reúne con funcionarios y gerentes del BNM en noviembre de 2000 para considerar la recapitalización del BNM) [Anexo RWS-001].

¹⁸² Véase Resolución de la SBS de Declaración de Disolución e Intervención del BNM, Resolución SBS No. 775-2001, 18 de octubre de 2001 [Anexo R-090]. Véase también Ley General de Banca, Art. 105 (“Una vez expirado el período [de intervención], se emitirá la resolución correspondiente, ordenando la disolución de la empresa y el comienzo del proceso de liquidación pertinente.”) [Anexo R-021].

4. La disolución y liquidación del BNM procedió de conformidad con la ley

101. Luego de la conclusión de la intervención, la SBS adoptó la medida final del proceso requerido por la Ley General de Banca para iniciar la disolución y liquidación del BNM. La SBS fue responsable de seleccionar una empresa calificada para que actuara en calidad del liquidador del BNM.¹⁸³ La SBS realizó la selección mediante un proceso de licitación pública, en el cual solicitó información de la experiencia, personal técnico, e infraestructura de cada proponente, necesarios para llegar a cabo la liquidación.¹⁸⁴ Como parte de su licitación, los proponentes tuvieron que presentar una propuesta técnica y económica detallando la manera en que planeaban ejecutar la liquidación a fin de demostrar sus calificaciones y capacidad para completar la tarea de manera efectiva y eficiente.¹⁸⁵

102. La SBS seleccionó un consorcio de empresas para que actuaran como liquidador del BNM: Define, Dirige, y Soluciones en Procesamiento.¹⁸⁶ El 3 de febrero de 2003, la SBS firmó un contrato con el consorcio para que actuara como liquidador del BNM en nombre de la SBS. Este contrato estipuló las obligaciones y la autoridad de Define, Dirige y Soluciones en Procesamiento durante el proceso de liquidación. El proceso de liquidación, sin embargo, tuvo que ser colocado en compás de espera varias veces mientras la SBS afrontaba los numerosos juicios iniciados por Nuevo Mundo Holding (“NMH”), el accionista mayoritario del BNM.¹⁸⁷

103. NMH aparentemente no entendió que al realizarse la intervención, los accionistas del banco pierden el control administrativo del banco y tienen solo un derecho financiero residual al valor

¹⁸³ Véase Términos y Condiciones del Proceso de Licitación Pública para la Selección de un Liquidador para BNM [Anexo R-113]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 17 [Anexo RWS-001].

¹⁸⁴ Véase Términos y Condiciones del Proceso de Licitación Pública para la Selección de un Liquidador para BNM, Sección III-VII, IX [Anexo R-113].

¹⁸⁵ Véase Términos y Condiciones del Proceso de Licitación Pública para la Selección de un Liquidador para BNM, Sección IX [Anexo R-113].

¹⁸⁶ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 73 [Anexo RWS-001].

¹⁸⁷ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 74 [Anexo RWS-001].

de los activos que sobrepasen las pérdidas del banco. Por tanto, NMH se opuso vigorosamente - si bien equivocadamente - a la SBS en una serie de acciones judiciales en varios tribunales peruanos. Cabe hacer notar que en ningún momento NMH impugnó la propia intervención de la SBS en BNM. En cambio, NMH (i) impugnó la reducción del patrimonio neto del BNM por parte de la SBS; (ii) impugnó la resolución de la SBS de colocar al BNM en proceso de liquidación; y (iii) procuró reclamar daños y perjuicios presuntamente sufridos debido a las acciones de la SBS después de la intervención. Como se explica a continuación, al decidir cada problema, los tribunales peruanos fallaron en favor del juicio de la SBS y concluyeron que ésta había actuado de conformidad con la Ley General de Banca.

104. En primer lugar, al decidir la impugnación presentada por NMH de la reducción del patrimonio neto por parte del BNM por parte de la SBS, los tribunales peruanos reconocieron y afirmaron la autoridad de la SBS al amparo de la Ley General de Banca para evaluar el activo y el pasivo del BNM e imputar las pérdidas al patrimonio neto.¹⁸⁸ Resulta sorprendente que la Demandante indique este caso en su Solicitud de Arbitraje como un triunfo para NMH.¹⁸⁹ En realidad, los tribunales simplemente aclararon que, si bien la SBS tiene plena autoridad para reducir el patrimonio neto, debe también reconocer que los accionistas retienen un derecho residual al valor remanente del banco, si lo hubiere, después de la liquidación.¹⁹⁰

105. Segundo, NMH impugnó la resolución de la SBS de colocar al BNM en liquidación. Esta impugnación fue rotundamente rechazada por el tribunal. La Sala Civil de la Corte Suprema falló

¹⁸⁸ Véase 63^{er} Tribunal Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, 23 de octubre de 2002, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, Arts. 11-18 [Anexo R-093], *afirmado en apelación por la Tercera Sala de la Corte Superior de Lima*, 11 agosto de 2003, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, Arts. 6-7 [Anexo R-096].

¹⁸⁹ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 57.

¹⁹⁰ Véase 63^{er} Tribunal Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, 23 de octubre de 2002, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, Art. 15 [Anexo R-093], *afirmado en apelación por la Tercera Sala de la Corte Superior de Lima*, 11 agosto de 2003, *Nuevo Mundo Holding v. SBS*, Conclusión (donde se afirma la decisión descrita a continuación) [Anexo R-096].

que NMH fundamentalmente entendió mal la ley de banca, dado que la valoración del activo y el pasivo del BNM por parte de la SBS no incidió en la decisión de colocar a este banco en liquidación, como argumentaba NMH.¹⁹¹ En cambio, el tribunal falló que la resolución de la SBS de poner al BNM en liquidación era exigida por la ley debido a que, de conformidad con el artículo 114 de la Ley General de Banca, la liquidación sigue automáticamente a la intervención. El tribunal también rechazó las pretensiones injustificadas de NMH de una conspiración gubernamental para eliminar a las pequeñas empresas (*por ejemplo*, BNM), una alegación de la Demandante¹⁹² ha presentado también en su Solicitud de Arbitraje. La opinión del tribunal también fue afirmada en apelación.¹⁹³

106. Tercero, NMH entabló una demanda por US \$500 millones por daños y perjuicios en contra de la SBS por acciones relacionadas con la intervención y liquidación del BNM. El Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima desestimó completamente las pretensiones, sosteniendo que (i) la cuestión de la legalidad de la resolución de la SBS de colocar al BNM en proceso de liquidación ya había sido resuelta por el tribunal; (ii) NMH no logró demostrar ninguna conducta a ilegal; y (iii) NMH no logró establecer y cuantificar daños y perjuicios resultante de las acciones de la SBS.¹⁹⁴ Por tanto, a pesar de los esfuerzos de NMH de impugnar la legalidad de la intervención de la SBS en BNM, los tribunales peruanos sistemáticamente reconocieron la autoridad de la SBS al amparo de la Ley

¹⁹¹ Véase Sala de lo Civil de la Corte Suprema, 11 de noviembre de 2005, Nuevo Mundo Holding v. SBS, Arts. 7-9 [Anexo R-101], *afirmado en apelación por la Sala Constitucional de la Corte Suprema*, el 11 de octubre de 2006, Nuevo Mundo Holding v. SBS [Anexo R-104].

¹⁹² Véase Sala de lo Civil de la Corte Suprema, 11 de noviembre de 2005, Nuevo Mundo Holding v. SBS, Arts. 11-17 [Anexo R-101], *afirmado en apelación por la Sala Constitucional de la Corte Suprema*, el 11 de octubre de 2006, Nuevo Mundo Holding v. SBS [Anexo R-104]; véase también Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartados 49-50.

¹⁹³ Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema, 11 octubre 2006, Nuevo Mundo Holding v. SBS [Anexo R-104].

¹⁹⁴ Véase 6^{to} Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, 13 de enero de 2007, Nuevo Mundo Holding v. SBS y el Ministerio de Economía y Finanzas, Arts. 5-11 [Anexo R-105].

General de Banca, fallaron que las acciones de la SBS respecto del BNM se acogían a la ley, y rechazaron las pretensiones de NMH como infundadas, sin mérito y equivocadas.

107. El empeño de NMH y de la Demandante de entablar causas judiciales en contra de la SBS para impugnar la intervención, disolución y liquidación del BNM, demuestra la completa falta de entendimiento de las leyes de banca del Perú por parte de NMH. La Ley General de Banca expresa explícitamente que en el caso de que un banco incumpla sus obligaciones de pago, la SBS debe intervenir. Cuando concluye la intervención, la SBS debe disolver y liquidar el banco. Debido a la incapacidad de NMH de entender las leyes de banca del Perú y a sus intentos de impugnar las acciones de la SBS en los tribunales peruanos, la liquidación del banco se ha retrasado considerablemente.

108. Cuando el contrato entre la SBS y Define, Dirige y Soluciones en Procesamiento concluyó finalmente (después de varias prórrogas debido a los litigios mencionados),¹⁹⁵ la SBS inició otro proceso de licitación pública en febrero de 2009 para seleccionar un nuevo liquidador.¹⁹⁶ Mientras tanto, la SBS nombró al Sr. Yuri Martínez como liquidador interino encargado de gestionar en condiciones de seguridad los activos y pasivos remanentes del BNM.¹⁹⁷ El proceso de liquidación se lleva a cabo actualmente bajo su supervisión.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Véase Quinto Apéndice al Contrato de Prestación de Servicios entre la SBS y Define, Dirige y Soluciones en Procesamiento, 23 enero de 2004 [Anexo R-097]; Sexto Apéndice al Contrato de Prestación de Servicios entre la SBS y Define, Dirige y Soluciones en Procesamiento, 1 de septiembre de 2004 [Anexo R-098]; Séptimo Apéndice al Contrato de Prestación de Servicios entre la SBS y Define, Dirige y Soluciones en Procesamiento, 3 de febrero de 2005 [Anexo R-099]; Octavo Apéndice al Contrato de Prestación de Servicios entre la SBS y Define, Dirige y Soluciones en Procesamiento, 10 de enero de 2006 [Anexo R-102].

¹⁹⁶ Véase Resolución de la SBS de Iniciar un Nuevo Proceso para Liquidador del BNM, Resolución SBS No. 534-2009, 2 de febrero de 2009 [Anexo R-107].

¹⁹⁷ Véase Resolución de la SBS de Iniciar un Nuevo Proceso para Liquidador del BNM, Resolución SBS No. 534-2009, 2 de febrero de 2009 [Anexo R-107]; véase también Contrato de Prestación de Servicios entre la SBS y Yuri Martínez Piérola, 4 febrero 2009 [Anexo R-108].

¹⁹⁸ Véase Contrato de Prestación de Servicios entre la SBS y Yuri Martínez Piérola, 4 febrero 2009 [Anexo R-108].

D. SBS trató al BNM de manera no menos favorable que a otros bancos en situaciones similares

109. La Demandante alega en su Solicitud de Arbitraje que la SBS actuó arbitrariamente al intervenir en BNM.¹⁹⁹ En particular, la Demandante asevera que en la SBS trató a otros bancos de manera más favorable dándoles acceso a fondos para fortalecer sus activos.²⁰⁰ También alega que la SBS no adoptó ninguna medida correctiva o paliativa en respuesta a la crisis de liquidez del BNM.²⁰¹ Las alegaciones de la Demandante carecen de mérito.

110. Primero, la intervención del BNM cuando fue excluido del proceso de canje, lejos de arbitraria, como se mencionó anteriormente, fue obligada por ley. El tratamiento del BNM por parte de la SBS estuvo determinado por las obligaciones reglamentarias de la SBS de garantizar la seguridad y solidez del sistema bancario del Perú.²⁰² Las acciones adoptadas por la SBS con respecto al BNM también fueron coherentes con el tratamiento otorgado por ésta a otros bancos que se encontraban en situaciones similares. Entre 1999 y 2000, la SBS intervino en cinco bancos: Banco Banex, Banco Orion, Banco Serbanco, NBK Bank, y BNM.²⁰³

111. Por ejemplo, la SBS intervino NBK Bank por las mismas razones que la llevaron a intervenir BNM. De los bancos que fueron intervenidos, NBK Bank fue el único banco que se encontraba en la misma situación exacta del BNM -es decir, había incumplido sus obligaciones de

¹⁹⁹ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 41.

²⁰⁰ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 75.

²⁰¹ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 55.

²⁰² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 78 [Anexo RWS-001].

²⁰³ Véase Resolución de la SBS de Declaración de Intervención en Banco Banex, Resolución SBS No. 1045-99, 29 de noviembre de 1999 [Anexo R-042]; Resolución de la SBS de Declaración de Intervención en Banco Orion, Resolución SBS No. 385-2000, 5 de junio de 2000 [Anexo R-052]; Resolución de la SBS de Declaración de Intervención en Banco Serbanco, Resolución SBS No. 600-2000, 8 de septiembre de 2000 [Anexo R-059]; Resolución de la SBS de Declaración de Intervención en NBK Bank, Resolución SBS No. 901-2000, 11 de diciembre de 2000 [Anexo R-076]; Resolución de la SBS de Declaración de Intervención en BNM, Resolución SBS No. 885-2000, 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-073].

pago. (Los otros bancos fueron intervenidos por qué dispararon una de las tres otras bases posibles de intervención).²⁰⁴ De la misma forma en que la SBS intervino BNM cuando suspendió el pago de sus obligaciones, la SBS intervino NBK Bank durante el último trimestre de 2000, como estaba obligada a hacerlo de conformidad con el artículo 104 de la Ley General de Banca.²⁰⁵

112. Segundo, la SBS trató a los bancos e intervino de manera similar respecto a la reducción del patrimonio neto. Es decir que al igual que con BNM, en otros bancos intervenidos la SBS redujo el patrimonio neto para compensar pérdidas. En el caso de Banco Banex, por ejemplo, la SBS determinó que las pérdidas superaban a los activos de Banco Banex. A fin de reducir las pérdidas, fue necesario que la SBS aplicara las reservas bancarias, así como todo el patrimonio neto.²⁰⁶ Por lo tanto, la SBS redujo el patrimonio neto de Banco Banex a cero a fin de compensar las pérdidas del banco, como había hecho con BNM.

113. Tercero, como se observa en lo precedente, la ley peruana requería que, al concluir la intervención del BNM, la SBS ordenara la disolución y liquidación del BNM. La SBS ha aplicado el mismo procedimiento para cada banco que ha sido sometido a intervención. Por ejemplo, la SBS anunció la disolución y liquidación de Banex, Orion, Serbanco y NBK Bank al final de su período de intervención, del mismo modo que lo hizo con BNM.²⁰⁷ Por lo tanto, no fue ni arbitrario ni discriminatorio anunciar la disolución y liquidación del BNM al final de su período de intervención.

²⁰⁴ Véase Ley General de Banca, Art. 104(4) [Anexo R-021].

²⁰⁵ Véase Resolución de la SBS de Declaración de Intervención en NBK Bank, Resolución SBS No. 901-2000, 11 de diciembre de 2000 [Anexo R-076]; Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 77 [Anexo RWS-001].

²⁰⁶ Véase Resolución SBS de Reducción del Patrimonio Neto de Banco Banex, Resolución SBS 1046-99, 29 de noviembre de 1999 [Anexo R-043].

²⁰⁷ Véase Resolución de la SBS de Declaración de la Disolución y Liquidación de Banco Banex, Resolución SBS No. 1049-99, 29 de noviembre de 1999 [Anexo R-048]; Resolución de la SBS de Declaración de Transferencia del Activo de NBK Bank y Declaración de la Disolución y Liquidación de NBK Bank Liquidador, Resolución SBS No. 1021-2001, 27 de diciembre de 2001 [Anexo R-092]; Resolución de la SBS de Declaración de la

114. Cuarto, aún cuando los bancos atravesaron satisfactoriamente el PCSF, fueron disueltos y liquidados una vez que el activo y el pasivo de cada banco había sido transferido a un banco más fuerte. Por ejemplo, Banco Latino fue sometido al PCSF como banco en funcionamiento y, por lo tanto, nunca fue intervenido. No obstante, terminó siendo disuelto y liquidado después de completarse la transferencia de su activo y pasivo a otro banco.²⁰⁸ Asimismo, el NBK Bank participó en el PCSF a través del Régimen Especial Transitorio como banco intervenido, y, al concluir el Régimen Especial Transitorio, también fue disuelto y liquidado.²⁰⁹

115. La Demandante alega en su Solicitud de Arbitraje que BNM fue tratado menos favorablemente, en parte, porque no se le permitió participar en el programa PCSF.²¹⁰ Su alegación pasa por alto el hecho de que la SBS intentó transferir el activo y el pasivo del BNM bajo el PCSF/Régimen Especial Transitorio, pero BNM no logró satisfacer los criterios de admisibilidad. Asimismo, aun cuando BNM hubiera satisfecho los criterios, el banco de todos modos no podría haber reanudado sus operaciones, así como tampoco se habrían podido preservar las participaciones de sus accionistas.²¹¹ BNM había incumplido sus obligaciones de pago y había socavado por igual la confianza de los depositantes, otros bancos, el público y los organismos reguladores. En dichas circunstancias, la ley

Disolución y Liquidación de Banco Orion, Resolución SBS No. 392-2000, 6 de junio de 2000 [Anexo R-053]; Resolución de la SBS de Declaración de la Disolución y Liquidación de Banco Serbanco, Resolución SBS No. 605-2000, 8 de septiembre de 2000 [Anexo R-060].

²⁰⁸ Véase Resolución de la SBS de Aprobación de la Participación de Banco Latino en el PCSF, Resolución SBS No. 321-2001, 30 de abril de 2001 [Anexo R-109]; Resolución de la SBS de Declaración de Disolución y Liquidación de Banco Latino, Resolución SBS No. 322-2001, 30 de abril de 2001 [Anexo R-085].

²⁰⁹ Véase Resolución de la SBS de Declaración de Régimen Especial Transitorio para NBK Bank, Resolución SBS No. 306-2001, 25 de abril de 2001 [Anexo R-084]; Resolución de la SBS de Declaración de la Transferencia del Activo y Pasivo de NBK Bank y Declaración de Disolución y Liquidación de NBK Bank, Resolución SBS No. 1021-2001, 27 de diciembre de 2001 [Anexo R-092].

²¹⁰ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 75.

²¹¹ Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 80 [Anexo RWS-001].

peruana no permite que un banco intervenido reanude operaciones, ciertamente no con los mismos accionistas y administradores.²¹²

116. El tratamiento de la SBS de otros bancos que tenían problemas de liquidez y solvencia similares a los del BNM demuestra que la SBS no trató al BNM menos favorablemente que a otros bancos cuando lo intervino. En cambio, conforme a lo requerido por la ley, el Perú trató al BNM de la misma forma en que trató a todos los bancos que estaban en situaciones similares.

III. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA TOMAR CONOCIMIENTO DE ESTA DISPUTA

117. En la fecha en que el BNM fue intervenido, la Demandante no tenía ninguna relación con el banco ni con la presente disputa. De hecho, ella no entró en el asunto hasta casi cinco años *después* de que si hubiera intervenido BNM, cuando recibió una participación minoritaria e indirecta en el banco difunto, en forma gratuita. No obstante, la Demandante busca obtener 2000 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de sucesos que ocurrieron mucho antes de que ella tuviera participación alguna en BNM. Como se analiza más adelante, el Tribunal carece de jurisdicción para tomar conocimiento de la presente disputa por varias razones. Primero, la Demandante no es un “inversionista” protegido por el TBI Perú-Francia, porque adquirió su participación indirecta en BNM demasiado tarde: al momento en que sucedieron los hechos en los que se fundamenta esta reclamación, la Demandante no tenía participación (directa ni indirecta) en BNM. Como ella no era inversionista en BNM en la fecha en que presuntamente se produjeron violaciones del tratado, ella no tenía ningún derecho que se pudiera haber violado en virtud del tratado.

118. Segundo, aun cuando la Demandante adquirió una participación indirecta en BNM en 2005, esa participación no tenía la condición de “inversión” en virtud del TBI. Cuando la Demandante

²¹² Véase Declaración Testimonial de Mogrovejo, apartado 58 [Anexo RWS-001].

adquirió su participación indirecta en BNM el 12 de julio de 2005, el banco no tenía ningún valor. De hecho, la determinación de que BNM era ilíquido e insolvente se confirmó el día en que fue intervenido por la SBS - el 5 de diciembre 2000 - casi cinco años antes de que la Demandante adquiriera una participación indirecta en BNM. Por tanto, la Demandante no tiene “inversión” alguna en virtud del TBI, porque su participación indirecta en BNM nunca tuvo valor alguno.

119. Tercero, la participación indirecta de la Demandante en BNM tampoco califica como “inversión” en virtud del Convenio del CIADI. Para tener la condición de inversión en virtud del artículo 25 del Convenio del CIADI, el Tribunal debe determinar que ciertos elementos fundamentales existan, *es decir*, que la Demandante debe haber aportado recursos a la presunta inversión, asumido riesgos, participado en un proyecto de cierta duración, y contribuido al desarrollo económico del país anfitrión. Como se analiza a continuación, la participación indirecta de la Demandante en BNM no satisface ninguno de estos criterios. Dado que la participación indirecta de la Demandante en BNM no constituye una “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio del CIADI, no puede haber una disputa que “surja directamente” de la inversión de la Demandante conforme al requisito estipulado en dicho artículo.

120. Por último, el inicio de la presente disputa constituye un abuso del proceso. La Demandante adquirió su presunta inversión casi cinco años después de que ocurrieran las presuntas violaciones del tratado, y cualquiera que fuere de la participación que adquirió, no tiene ningún valor. La transferencia hacia ella de una participación sin valor en un banco parece ser nada más que un intento para manufacturar jurisdicción sobre la reclamación.

121. Por lo tanto, este Tribunal carece de jurisdicción para tomar conocimiento de la presente disputa. A continuación se analiza detalladamente cada una de estas objeciones.

A. LA DEMANDANTE NO ERA UN INVERSIONISTA PROTEGIDO EN LA FECHA EN QUE OCURRIERON LOS SUCESOS

122. El TBI Perú-Francia protege inversiones de “nacionales y sociedades de la otra parte contratante.”²¹³ Por tanto, Perú acordó proteger solamente nacionales franceses que hubieran hecho inversiones en Perú, *es decir*, inversionistas franceses en Perú. Extender la protección del TBI a individuos que no son inversionistas calificados socavaría el propósito o expreso del TBI, que consiste en proteger y alentar inversiones por la otra parte contratante.²¹⁴

123. Es bien sabido que las protecciones de un TBI sólo aplican una vez que un nacional de la parte contratante ha efectuado una inversión en la otra parte contratante y es, por lo tanto, un inversionista. Como explicó el tribunal en la *Acción Phoenix*:

La proposición de que las reclamaciones de tratados bilaterales de inversión no pueden basarse en actos y omisiones que hayan ocurrido antes de haberse realizado la inversión del demandante se deriva de la naturaleza de las obligaciones del estado anfitrión en virtud de un tratado bilateral de inversión. Todas estas obligaciones se remiten a la conducta del estado anfitrión respecto de las inversiones de los nacionales de la otra parte contratante. Por lo tanto, dichas obligaciones no pueden considerarse violadas por el estado anfitrión hasta que exista dicha inversión de un nacional del otro Estado.²¹⁵

Así, el tribunal en la *Acción Phoenix* sostuvo que el tratado pertinente no se aplicaba al demandante hasta que éste hubiera “invertido” efectivamente en la República Checa,²¹⁶ y en consecuencia el tribunal falló que “no tenía jurisdicción *ratione temporis* sobre las presuntas reclamaciones que eran anteriores a la decisión Phoenix de invertir en empresas checas”.²¹⁷

²¹³ TBI Perú-Francia, Art. 3 [Anexo R-019]; Véase también TBI Perú-France, Arts. 4-6, 8 (donde se otorga protección y resolución de disputas e inversiones realizadas por nacionales empresas de la otra parte contratante, *es decir*, Inversionistas de la otra parte contratante) [Anexo R-019].

²¹⁴ Véase TBI Perú-Francia, Preámbulo [Anexo R-019].

²¹⁵ *Phoenix Action Ltd. v. La República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de Abril de 2009 (“*Acción Phoenix*”), apartado 68.

²¹⁶ *Acción Phoenix* en el apartado 67.

²¹⁷ *Acción Phoenix* en el apartado 71.

124. De manera similar, el tribunal de *Cementownia* explicó que para determinar la jurisdicción era esencial entender si existía la inversión y, por tanto, si el demandante era un inversionista protegido, antes de que ocurrieran los sucesos que fundamentan la pretensión.²¹⁸ En ese caso, el tribunal falló que carecía de jurisdicción sin pruebas de que el demandante hubiera comprado las acciones que constituían la presunta inversión antes de que ocurrieran dichos sucesos.²¹⁹

125. En el presente caso, la Demandante no era un “inversionista” protegida en la fecha en que sucedieron los hechos en los que se basa su demanda, debido a que no tenía una inversión en esa fecha o antes de la misma. En realidad, ella no tuvo ninguna participación en BNM hasta muchos años después de que ocurrieran los sucesos pertinentes. Según la propia Demandante, los sucesos que dieron lugar a su demanda ocurrieron el 5 de diciembre de 2000, fecha en que BNM fue intervenido por la SBS.²²⁰ Sin embargo, como admite la Demandante, ella sólo vino a recibir una participación indirecta en BNM el 12 de julio de 2005 - casi cinco años después.²²¹ La historia de los derechos de propiedad sobre BNM, brevemente descrita a continuación, demuestra que la Demandante no tenía ninguna participación en dicho banco antes del 2005.

²¹⁸ Véase *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2, Laudo, 17 de septiembre de 2009 (“*Cementownia*”), apartados 112-15; véase también *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/16, Alardeé, 31 de marzo de 2011, apartado 170 (donde se declara que “a fin de que el Tribunal tome conocimiento de las pretensiones de la Demandante, el Demandante debe haber tenido un interés en la presunta inversión antes de que se cometieran las presuntas violaciones del tratado”); *Limited Liability Company Amto v. Ucrania*, Arbitraje SCC No. 080/2005, Laudo Final, 26 de marzo de 2008, apartado 48; *Saluka Investment BV (Los Países Bajos) v. La República Checa* (UNCITRAL), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, apartado 244.

²¹⁹ Véase *Cementownia*, apartado 112.

²²⁰ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 41.

²²¹ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 29.

126. BNM se registró en Lima, Perú como Banco Iberoamericano el 5 de Febrero de 1992.²²² Inicialmente su capitalización fue de 3,300 acciones por valor de S/. 1,000 cada una, por un valor total de S/. 3.3 millones o US \$2 millones.²²³ El banco inició sus operaciones con la autorización de la SBS el 30 de diciembre de 1992.²²⁴ Al comienzo de sus operaciones, las acciones del BNM estaban en posesión directa de Jacques Levy, Isy Levy y David Levy, y varias otras personas particulares.²²⁵ Jacques Levy e Isy Levy son hermanos de la Demandante, y David Levy era el padre de la Demandante. En enero de 1993, el padre de la Demandante, David Levy, Tenía 1359 acciones,²²⁶ equivalentes al 14.62% del total de las acciones del BNM.²²⁷ La Demandante no poseía directa ni indirectamente ninguna acción en BNM a esta altura.

127. El 27 enero 1997, David Levy y sus dos hijos, Jacques Levy y Isy Levy, constituyeron Corporación XXI en las Bahamas para que actuara como sociedad de control para sus acciones del BNM.²²⁸ David Levy, Jacques Levy, e Isy Levy tenían cada uno 33.3% de Corporación XXI.²²⁹

²²² Véase Información de Registro del BNM, Registro de Personas Jurídicas de la Oficina de Registros de Lima, Registro Mercantil No. 90129, República del Perú, 5 de febrero de 1992 [Anexo R-014].

²²³ Véase Información de Registro del BNM, Registro de Personas Jurídicas de la Oficina de Registros de Lima, Registro Mercantil No. 90129, República del Perú, 5 de febrero de 1992 [Anexo R-014]. El monto en dólares estadounidenses se calculó utilizando la tasa de cambio de diciembre de 1992: 1.63 Nuevos Soles por 1 Dólar de EE. UU. Véase Tasas de Cambio Publicadas por la SBS [Anexo R-095].

²²⁴ Véase Resolución de la SBS Donde Se Autoriza a BNM para Iniciar Operaciones, Resolución SBS No. 1455-92, 30 de diciembre de 1992 [Anexo R-017].

²²⁵ Véase Acta de la Junta General de Accionistas del BNM, 20 de enero de 1993 [Anexo R-018].

²²⁶ Véase Acta de la Junta General de Accionistas del BNM, 20 de enero de 1993, pp. 1, 3 (cifra derivada al sumar 760 acciones, las acciones iniciales de David Levy, al número de acciones que incrementó el 20 de enero de 1993 - 599 acciones (S/. 599,000 a S/. 1.00 por acción igual a 599 acciones, en la p. 3)) [Anexo R-018].

²²⁷ Véase Acta de la Junta General de Accionistas del BNM, 20 de enero de 1993, pp. 1, 3 (las 1359 acciones de David Levy son el 14.62% del total de las acciones indicadas como suscritas) [Anexo R-018].

²²⁸ Véase Certificado de Constitución de Corporación XXI, Commonwealth of The Bahamas, 27 de enero de 1997 [Anexo R-022]; Actas de la Junta General de Accionistas de Corporación XXI Shareholder Meeting, 28 de enero de 1999 [Anexo R-025].

²²⁹ Véase Actas de la Junta General de Accionistas de Corporación XXI Shareholder Meeting, 28 de enero de 1999 [Anexo R-025].

Corporación XXI inicialmente tenía el 52% de las acciones del BNM.²³⁰ En febrero de 1999, las otras acciones del BNM estaban distribuidas entre un número de otras empresas y personas que no formaban parte de la familia Levy.²³¹ La Demandante no poseía directa ni indirectamente ninguna acción en Corporación XXI o BNM en esas fechas.

128. El 1 de abril de 1999, los accionistas del BNM crearon una sociedad de control intermedia entre Corporación XXI y BNM a través de la cual ejercerían la posesión y control indirecto del BNM. La nueva sociedad de control intermedia se denominó Burley Holding, y fue constituida en Panamá.²³² El 14 julio de 1999, Burley Holding S.A. cambió su nombre a NMH.²³³ NMH tenía el 99.99% de las acciones del BNM.²³⁴ La Demandante no poseía directa ni indirectamente ninguna acción en Corporación XXI, NMH o BNM en esas fechas.

129. Cuando se creó NMH, los accionistas del BNM mantenían acciones en NMH en aproximadamente las mismas proporciones en que tenían la posesión directa del BNM. Si bien Corporación XXI tenía el 52% de las acciones del BNM, adquirió el 56% de las acciones de NMH.²³⁵ Después de la fusión descrita en la Sección II.B.1 precedente, cuando BNM absorbió Banco del País,

²³⁰ Véase Actas de la Junta General de Accionistas de Corporación XXI, 28 enero de 1999 [Anexo R-025].

²³¹ Véase Acta de la Junta General Anual de Accionistas del BNM, 23 de febrero de 1999, p. 4 (Corporación XXI tenía 52,000 acciones de S/. 1.00 por acción) [Anexo R-026]. Véase, *por ejemplo*, Acta de la Junta General Anual de Accionistas del BNM, 23 de febrero de 1999 (donde se enumeran los siguientes accionistas del BNM: Corporación XXI, Strategic Finance Corporation, Jacques Franco Sarfaty, Vitaly Franco Varon, Pragati Investments Inc., Akis S.A.C., y Felipe Bertorini Guibert) [Anexo R-026].

²³² Véase Escritura de Constitución de Burley Holding S.A., República de Panamá, 1 de abril de 1999 [Anexo R-027].

²³³ Véase Certificado de Modificación de la Escritura de Constitución de Burley Holding S.A., Notario del Primer Circuito de Panamá, República de Panamá, 14 de julio de 1999 [Anexo R-032].

²³⁴ Véase Acta de la Junta General de Accionistas del BNM 12 de Septiembre de 2000 (donde se indica que Burley Holding (NMH) tiene todas las acciones del BNM) [Anexo R-061].

²³⁵ Véase Acta de la Reunión de la Junta Directiva de NMH, 23 de octubre de 2000 (cifra derivada sumando el número total de acciones suscritas (92,000) y comparándolas con Corporación XXI con 52,000 acciones, que tenía matices por ciento) [Anexo R-062].

Nuevo Mundo Leasing, y Coordinadora Primavera, las acciones de Corporación XXI se redujeron al 52% de NMH.²³⁶

130. La Solicitud de Arbitraje de la Demandante sugiere que la estructura corporativa que existía para BNM después de la fusión (analizada anteriormente) se mantuvo mayormente idéntica hasta el 11 diciembre 2001.²³⁷ Entonces, según la Solicitud de Arbitraje de la Demandante, parece que las entidades que tenían una participación en BNM el 5 de diciembre de 2000 eran: Corporación XXI, Strategic Finance Corporation, Jacques Franco Sarfaty, Sassone E. Franco Sarfaty, Pragati Investments Inc., Herbert Herschkowicz Grosman, y Mariola S.A.²³⁸ La Demandante no poseía directa ni indirectamente ninguna acción en ninguna de estas entidades en esas fechas.

131. El cuadro siguiente, provisto por la Demandante como anexo a su Solicitud de Arbitraje, resume la cadena de propiedad del BNM que la Demandante parece alegar estaba vigente el 5 de diciembre de 2000, la fecha en que se produjeron los sucesos en los que se fundamenta la presente demanda.²³⁹

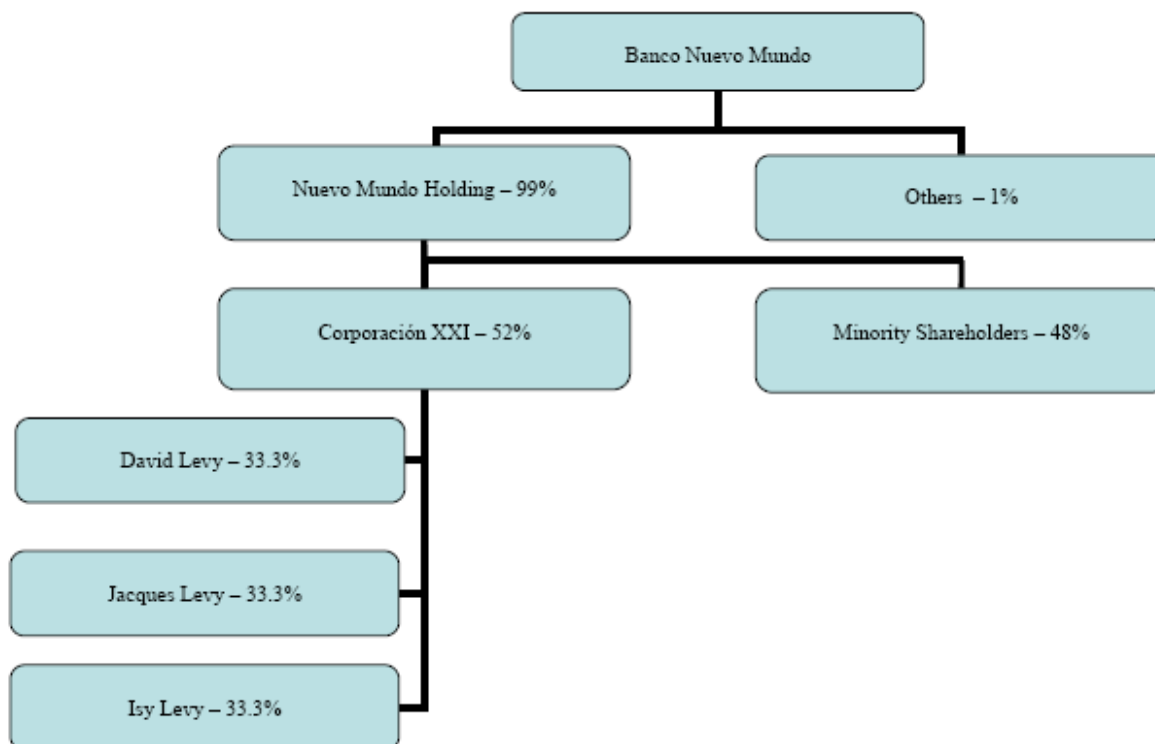
²³⁶ Véase Certificado de Propiedad de Nuevo Mundo Holding S.A. en manos de Corporación XXI, Certificado No. 16, República de Panamá, 24 de octubre de 2000 [Anexo R-063].

²³⁷ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartados 35-39.

²³⁸ Véase Actas de la Reunión de la Junta Directiva de NMH, 23 de octubre de 2000 [Anexo R-062].

²³⁹ Véase Organigrama de la Demandante, Apéndice a la Solicitud de Arbitraje de la Demandante, 18 de junio de 2010 [Anexo R-130]. No obstante la descripción de propiedad corporativa en torno a la fecha de la intervención que la Demandante postula en su Solicitud de Arbitraje, parece que esta caracterización de la estructura de propiedad corporativa es inexacta. Primero, la Demandada entiende que del 5 de diciembre de 2000, la fecha de intervención, Holding XXI, en lugar de Corporación XXI, tenía a una participación del 52% en Nuevo Mundo Holding. Véase carta de Corporación XXI a Holding XXI Respecto de la Venta de las Acciones de NMH, 29 de agosto de 2000 [Anexo-124]; véase también Certificado de Propiedad de Nuevo Mundo Holding S.A. por parte de Corporación XXI, Certificado No. 16, República de Panamá, 24 de octubre de 2000, endosada para Holding XXI el 11 de diciembre de 2001 [Anexo R-063].

Segundo, parece que otras entidades diferentes de las que la Demandante incluye en su organigrama distinguen en la estructura corporativa cuando ocurrió la intervención del BNM. La Demandante la versión a estas entidades en su Solicitud de Arbitraje; Así como tampoco están mencionadas en los documentos corporativos que presentó la Demandante a la Demandada En realidad, la información fue descubierta por la SBS durante una investigación del grupo de sociedades financieras en propiedad de la familia Levy En 2001. Véase Informe Legal Técnico de la



132. No fue hasta casi cinco años *después* de los sucesos que presuntamente constituyeron una violación del tratado, el 12 de julio de 2005, que David Levy endosó sus 3,000 acciones de Holding XXI a la Demandante.²⁴⁰ Esta fue la primera y la única vez que la Demandante obtuvo una participación en BNM, e incluso entonces fue una participación minoritaria indirecta. La Demandante no pagó nada para recibir las acciones.²⁴¹ La Demandante luego esperó cinco años más (casi una década completa después de la intervención del BNM) para iniciar el presente arbitraje.

SBS sobre La Recaudación de Fondos del Público del BNM y NMH, Memorándum S/N-2001-Comisión BNM, 14 de junio de 2001, pp. 4-9 [Anexo R-129].

Masa de la información conocida hasta la fecha, sin embargo, éstas entidades intermedias -que son propiedad de los mismos individuos y entidades ya indicados en el organigrama precedente- son irrelevantes para las objeciones de la Demandada en materia de jurisdicción. La realidad es que en ningún momento en la estructura corporativa del BNM figura la Demandante como accionista en la fecha en que ocurrieron las presuntas violaciones del tratado.

²⁴⁰ Véase Certificado de Acciones de Holding XXI S.A., 12 de julio de 2000, endosado a nombre de Renee Levy de Levi el 12 de julio de 2005 [Anexo R-100].

²⁴¹ Véase Certificado de Acciones de Holding XXI S.A., 12 de Julio de 2000, endosado a nombre de Renee Levy de Levi el 12 de Julio de 2005 (endosado a nombre de la Demandante de manera gratuita - “título gratuito”) [Anexo R-100].

133. Por lo tanto, la Demandante no tenía participación, ni directa ni indirecta, en BNM al 5 de diciembre de 2000 ni en ningún otro momento hasta julio de 2005. Al igual que los demandantes en la *Acción Phoenix* y en *Cementownia*, la Demandante en este caso está procurando obtener la protección del TBI Perú-Francia en relación con sucesos que ocurrieron en momentos en que ella no era un inversionista en BNM. Debido a que la Demandante no era un inversionista en la fecha en que ocurrieron las presuntas violaciones del tratado, ella no es un inversionista protegido por el TBI Perú-Francia. Tan sólo sobre esta base, el Tribunal no tiene jurisdicción para tomar conocimiento de sus pretensiones.

B. INCLUSO EN LA ACTUALIDAD, LA DEMANDANTE NO TIENE UNA INVERSIÓN AL AMPARO DEL TBI PERÚ-FRANCIA.

134. El Tribunal tampoco tiene jurisdicción para tomar conocimiento de la presente disputa debido a que la participación indirecta que adquirió la Demandante en 2005 y que ahora tiene no reúne las condiciones de “inversión” dentro del significado que este término tiene en el TBI Perú-Francia. El artículo 1(1) del TBI define “inversión” como “todos los activos”, incluidas las “acciones”, “obligaciones, créditos y derechos de exigir toda obligación que tenga un valor económico”.²⁴² Aunque el TBI no define la palabra “activo”, como se explica a continuación, comúnmente se entiende que un “activo” es algo de valor. Por tanto, el TBI Perú-Francia requiere que la Demandante tenga algo de valor a fin de tener una inversión esté cubierta por el Tratado. Ella no lo tiene, y por lo tanto no tiene inversión en el Perú.

135. El artículo 31 del Convenio de Viena contiene la norma general de interpretación de tratados y refleja las normas de derecho internacional consuetudinario para la interpretación de tratados

²⁴² TBI Perú-Francia, Art. 1 [Anexo R-019].

que existían en la época en que se adoptaron el Convenio del CIADI y el TBI.²⁴³ El artículo 31 del Convenio de Viena declara que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”²⁴⁴ Por lo tanto, para entender la definición de “inversión” en el TBI, es preciso considerar su significado llano y ordinario.

136. El TBI define el término “inversión” como cualquier “activo”. El significado ordinario del término “activo” es “[u]n artículo que es de propiedad de alguien y que tiene valor”.²⁴⁵ Por tanto, a un nivel muy básico, la definición de “inversión” en el TBI Perú-Francia requiere que a fin de que un demandante tenga una inversión cubierta, dicha presunta inversión debe tener valor económico. Este enfoque fue adoptado por el tribunal en *Bayindir*, que interpretó el término “inversión” de manera que incluyó solamente aquellas participaciones que tienen valor económico.²⁴⁶

137. Las acciones de la Demandante en Holding XXI no satisfacen este requisito básico. Los activos que la Demandante declara poseer, a través de su participación en Holding XXI, son los “derechos societarios que otorgan control indirecto sobre la inversión en BNM”²⁴⁷ y los “derechos legítimos sobre una concesión estatal en forma de una licencia de operación de un banco y entidades

²⁴³ Para consultar sobre otros tribunales que han adoptado este enfoque, *Tribunal, por ejemplo, Azurix Corp. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12 (Procedimiento de Anulación), Decisión sobre la solicitud de Solicitud, 1 de septiembre 2009, apartado 83; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAgua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Publica Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/estoma de Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, apartado 194.

²⁴⁴ Convenio de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Art. 31, 1155 U.N.T.S. 331.

²⁴⁵ BLACK’S LAW DICTIONARY 125 (2004); véase también DICTIONARY OF BUSINESS 14 (2003) (donde se define “asset” (“activo”) como “[a]lgo que tiene valor o potencial de generar ingresos”).

²⁴⁶ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, apartados 111-16 (donde se declara que “[no] se puede disputar seriamente. . . [que] el aporte de Bayindir. . . claramente tiene un valor económico y caen dentro del significado de ‘todo tipo de activo’ de conformidad con el artículo I(2) del TBI”. (“Bayindir”).

²⁴⁷ Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 14.

financieras”.²⁴⁸ La Demandante afirma que recibió estos derechos cuando su padre, David Levy, endosó sus acciones de Holding XXI a su nombre el 12 julio 2005.²⁴⁹ La Demandante admite que recién recibió las acciones casi cinco años después de que la SBS interviniera BNM.²⁵⁰

138. En el momento de la intervención, sin embargo, las operaciones del BNM se habían suspendido, conforme a lo requerido por la ley bancaria del Perú,²⁵¹ y BNM no habían operado desde el 5 de diciembre de 2000.²⁵² Además, una vez que la SBS intervino al BNM, la SBS descubrió que, además de tener problemas de liquidez, BNM también era insolvente.²⁵³ Por tanto, mucho antes de que la Demandante presuntamente recibiera los “derechos societarios” para controlar una inversión en BNM, el banco en el que la Demandante presuntamente tenía una participación indirecta ya no tenía ningún valor - ni como empresa en marcha ni en cuanto al remanente del activo. Asimismo, la Demandante no posee una licencia de operación válida de una entidad bancaria y financiera, dado que, cuando BNM fue intervenido, la SBS dio por terminadas sus operaciones.²⁵⁴

139. Por otra parte, el hecho de que la Demandante recibiera su participación indirecta en BNM sin contraprestación alguna es muy diciente - tanto porque subraya la carencia de valor de mercado del BNM en la fecha en que recibió su participación indirecta, como por el hecho de que

²⁴⁸ Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 24.

²⁴⁹ Véase Certificado de Acciones de Holding XXI S.A., 12 de julio de 2000, Endoso a Renee Levy de Levi el 12 de julio de 2005 [Anexo R-100]; Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 33.

²⁵⁰ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartados 29, 41 (“la disputa se planteó a partir de la notificación de la Resolución SBS No. 885-2000, fechada el 5 diciembre de 2000 . . .”).

²⁵¹ Véase Ley General de Banca, Art. 106 [Anexo R-021].

²⁵² Véase Resolución de la SBS de declaración de intervención en BNM, Resolución SBS No. 885-2000, 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-073].

²⁵³ Véase Auditoría Financiera del BNM por PricewaterhouseCoopers, 31 de diciembre de 2000 y 31 de diciembre de 1999, con fecha del 5 de marzo de 2001, p. 2 [Anexo R-080].

²⁵⁴ Véase Ley General de Banca, Art. 106 [Anexo R-021].

demuestra que la propia participación indirecta de la Demandante no tiene valor alguno.²⁵⁵ La Demandante y su padre sabían muy bien que BNM no tenía valor en 2005, porque cuando la Demandante recibió las acciones de Holding XXI, por lo tanto, una participación indirecta en BNM, BNM se encontraba en el proceso de ser desmantelado y liquidado pieza por pieza para recuperar todo valor remanente que pudiera aplicarse en contra de sus pérdidas pendientes de pago.²⁵⁶ Como la participación indirecta de la Demandante en BNM no tiene valor económico, no es un “activo”, y por lo tanto no constituye una inversión protegida por el TBI Perú-Francia. Por lo tanto, este Tribunal carece de jurisdicción para tomar conocimiento de la presente disputa.

C. LA DEMANDANTE NO TIENE UNA INVERSIÓN ACOGIDA AL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 25 DEL CONVENIO DEL CIADI

140. El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI limita a la jurisdicción de los tribunales del CIADI disputas legales que surjan directamente de una “inversión”. Aunque el propio Convenio no define el término “inversión”, los tribunales del CIADI han identificado una serie de criterios que deben existir a fin de que un proyecto reúna las condiciones como inversión bajo el Convenio del CIADI. Estos criterios incluyen: (1) un compromiso sustancial de los recursos propios del inversionista; (2) una

²⁵⁵ En respuesta a las peticiones de la Demandada de presentación de documentos, en la Demandante presentó documento relacionado con su adquisición de las acciones en Holding XXI de su padre. Los únicos documentos presentados fueron el certificado de acciones endosado y las actas de la Junta General de accionistas de Holding XXI en la que presidiera la Demandante. No hubo prueba alguna de que la Demandante pagará nada por sus acciones. Asimismo, el propio endoso dice “título gratuito”, lo cual significa “gratis”. Por lo tanto, la Demandante recibió las acciones de su padre sin pagar ninguna contraprestación por ellas. Véase Respuestas de la Demandante a la Demandada del 10 de mayo de 2011, Solicitud de Presentación de Documentos, 17 de mayo de 2011 [Anexo R-110]; Certificado de Acciones de Holding XXI S.A., 12 de julio de 2000, Endoso a nombre de Renee Levy de Levi el 12 de julio de 2005 [Anexo R-100].

²⁵⁶ La cronología de la naturaleza de la operación mediante la cual la Demandante adquirió la participación indirecta en BNM es pertinente pues indica que la Demandante conocía el valor de la presunta inversión. El tribunal en *Cementownia* observó que, “[l]a cronología de la operación objeto de la pretensión es importante porque en el caso de toda transferencia de acciones que tuviera lugar después [de los actos gubernamentales alegados] el comprador habría tenido conocimiento de la reducción del valor de las tenencias como consecuencia de los actos de terminación”. Por tanto, el tribunal determinó que la capacidad de la Demandante de reclamar grandes daños y perjuicios dependía de su capacidad de demostrar que había adquirido la inversión antes de la actuación gubernamental. Asimismo, debido a que la Demandante adquirió su participación indirecta en BNM mucho después de que el banco fue intervenido y se encuentran en proceso de liquidación, ella tenía pleno conocimiento de su carencia de valor. Véase *Cementownia* en el apartado 123.

asunción de riesgo; (3) cierta duración de la actividad , y (4) un aporte al desarrollo económico del país anfitrión.²⁵⁷

141. El Tribunal en *Fedax*, por ejemplo, sostuvo que “[l]a descripción de las características básicas de una inversión conllevan cierta duración, cierta regularidad de ganancia y rentabilidad, asunción de riesgo, un compromiso sustancial y una importancia para el desarrollo del estado anfitrión.”²⁵⁸ De manera similar, el tribunal en *Salini* determinó que el término “inversión” generalmente implica “aportaciones, una cierta duración de cumplimiento del contrato y una participación en los riesgos de la operación” y un “aporte al desarrollo económico del estado anfitrión”.²⁵⁹ Los tribunales en los casos *Bayindir* y *Saipem* entre otros, también aplicaron estos criterios para determinar si la inversión se enmarcaba dentro del alcance de la definición del Convenio del CIADI.²⁶⁰ Este criterios, común mente denominados la “prueba *Salini*”, han sido utilizados en muchos tribunales para identificar la existencia de una inversión en virtud del artículo 25(1) del Convenio del CIADI.²⁶¹

²⁵⁷ Véase *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001 (“*Salini*”), apartado 52.

²⁵⁸ *Fedax N.V. v. República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/6/3, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a Jurisdicción, 11 de julio de 1997 (“*Fedax*”), apartado 43 (Cita a Christoph Schreuer, *comentarios sobre el Convenio del CIADI*, 11 ICSID REV. - FOREIGN INV. L. J. 316, 372 (1996)).

²⁵⁹ *Salini* en el apartado 52.

²⁶⁰ Véase *Bayindir* en el apartado 130; *Saipem S.p.A. v. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendaciones sobre medidas provisionales, 21 marzo 2007 (“*Saipem*”), apartado 99.

²⁶¹ *Joy Mining Machinery Limited v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo Sobre jurisdicción ,de agosto de 2004, apartado 53 (“tanto las decisiones del CIADI . . . Como los comentaristas del caso han indicado que el proyecto en cuestión debía tener cierta duración, regularidad de ganancias y rentabilidad, un elemento de riesgo, un compromiso sustancial y que debía constituir un aporte significativo para el desarrollo del estado anfitrión”); *Bayindir* en el apartado 130 (“Ambas partes se basaron en decisiones previas de los tribunales del CIADI para definir la noción de inversión en virtud del artículo 25 . . . y en particular en la decisión tomada en el caso *Salini v. Marruecos* . . . el Tribunal examinará estas condiciones azules”); *Jan de Nul N. V. y Dredging International N. V. v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, apartado 91 (“El Tribunal coincide con los precedentes del CIADI, los cuales, sujetos a variaciones menores, se han basado en la denominada “Prueba *Salini*”); *Helnan International Hotels A/S v.*

142. En el presente caso, la Demandante recibió a título gratuito una participación indirecta en un banco difunto. En la fecha en que la Demandante adquirió su participación indirecta, BNM no estaba operando (y no había operado durante casi cinco años), se encontraba en proceso de liquidación, su pasivo excedía de lejos a su activo, y no tenía esperanzas de reavivar sus actividades económicas. Por lo tanto, la Demandante no ha efectuado ningún aporte, no ha asumido riesgos, no ha tenido ninguna duración, ni ha contribuido al desarrollo económico del Perú. La participación indirecta de la Demandante en BNM por tanto carece de todas las características más fundamentales de una “inversión” de conformidad con el Convenio del CIADI. A continuación, la Demandada analiza detalladamente cada uno de estos criterios.

1. La Demandante no efectuó un aporte financiero, y mucho menos un aporte sustancial

143. El tribunal en *Toto v. Líbano* aclaró que para que un proyecto reúna las condiciones de inversión en virtud del artículo 25 del Convenio del CIADI, la “operación económica iniciada y realizada por un empresario” debe hacerse “empleando sus *propios* medios financieros y a su *propio*

República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB 05/19, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 17 octubre de 2006, apartado 77 (“El Tribunal de Arbitraje a aceptar la sugerencia de la Demandada, basada en los precedentes del CIADI . . . De que para caracterizarse como inversión, un proyecto ‘debe demostrar cierta duración, regularidad de ganancias y rentabilidad, elemento de riesgo, compromiso sustancial, y un aporte significativo para el desarrollo del estado anfitrión’”) (énfasis omitido); *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, apartado 116 (“los tribunales del CIADI han . . . desarrollado un conjunto de criterio conjuntivo para determinar si en inversión se efectuó dentro del significado del Convenio”); *Noble Energy Inc. y Machala Power Cia. Ltd. v. República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008, apartado 128 (“El Tribunal coincide con los precedentes del CIADI, los cuales, sujetos a variaciones menores, se han basado en la denominada “Prueba Salini”); *Acción Phoenix* en el apartado 83 (Donde se adopta *Salini* con un análisis suplementario pero observando que: “La definición citada más frecuentemente se basa en la que se conoce actualmente como la “Prueba Salini”) *Saba Fakes v. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 De julio de 2010, apartado 110 (con respecto a los primeros de criterios, “el presente Tribunal considera que los criterios [*Salini*] . . . son tanto necesarios como suficientes para definir un inversión dentro del marco del Convenio del CIADI”); *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. República del Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de septiembre de 2009 (“*Toto*”), apartado 77 (“El tribunal determina, más bien, que los criterios establecidos por los eruditos jurídicos y por la jurisprudencia a partir de *Salini v. Marruecos* se cumplen en el presente caso”).

riesgo financiero”.²⁶² De manera similar, el tribunal en el caso *Bayindir* falló que para reunir las condiciones de inversión, “el proyecto en cuestión debe constituir un compromiso sustancial *de parte del inversionista*”,²⁶³ mientras que el tribunal en *Saipem* sostuvo que la noción de una inversión dentro del marco del Convenio del CIADI implica, entre otras cosas, “un aporte de dinero o de otros activos con valor económico”.²⁶⁴

144. La Demandante no ha demostrado haber efectuado ningún aporte financiero al BNM.²⁶⁵ Debido a que la Demandante no era una accionista del BNM, NMH o Corporación XXI antes de la intervención del BNM, ella no aportó nada al BNM mientras este estaba en funcionamiento. Aun después de haber recibido una participación indirecta en BNM en el 2005, sin embargo, la Demandante no efectuó aporte financiero alguno al BNM.²⁶⁶ Esto no es de sorprender dado que BNM no valía nada en esa fecha - es decir, en la fecha en que la Demandante adquirió una participación indirecta en BNM

²⁶² *Toto* en el apartado 84 (énfasis añadido).

²⁶³ *Bayindir* en el apartado 131 (énfasis añadido); véase también *Saipem* en el apartado 100.

²⁶⁴ *Saipem* en el apartado 99.

²⁶⁵ La Demandante no ha presentado ninguna prueba ni hecho ninguna mención en su Solicitud de Arbitraje de haber efectuado aporte financiero a BNM en ningún momento. Como resulta obvio del propio organigrama del BNM presentado por la Demandante, ella no era una accionista del BNM antes de su intervención, y por lo tanto nunca efectuó un aporte de capital a BNM cuando este era un banco en funcionamiento. Véase Organigrama Societario de la Demandante, apéndice de la Solicitud de Arbitraje de la Demandante, 18 de julio de 2010 [Anexo R-130].

Años después de la intervención del banco, ella recibió una participación minoritaria en el mismo sin contraprestación alguna. Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 29; Certificado de Acciones de Holding XXI S.A., 12 de julio de 2000, Endosado a nombre de Renée Levy de Levi el 12 de julio de 2005 [Anexo R-100]. Por lo tanto no existen pruebas de que la Demandante haya aportado nunca nada a BNM.

²⁶⁶ Las peticiones de la Demandada de presentación de documentos incluía un pedido de “documentos de aportes de capital efectuados por la Demandante en Corporación XXI, Holding XXI, NMH y/o BNM”. La Demandante respondió que esa información no estaba disponible. Por lo tanto, el Tribunal puede concluir que, basado en la certidumbre de que la Demandante tendría documentación de aportes de capital que hubiera efectuado ella personalmente a estas entidades, la falta de documentos significa necesariamente que la Demandante nunca efectuó aportes de capital algunos a ninguna de estas entidades. Véase Respuestas de la Demandante a la Demandada, 10 de mayo de 2011, Petición de presentación de documentos, 17 de mayo de 2011, Petición No. 8, [Anexo R-110].

en 2005, BNM ya había sido intervenido,²⁶⁷ declarado insolvente,²⁶⁸ y estaba en proceso de ser liquidado.²⁶⁹

145. La Demandante tampoco pagó nada para recibir su participación indirecta en BNM y no tenía intención de desarrollar dicho banco como empresa económica. Como explicó el tribunal en el caso *Toto*, “el concepto subyacente de inversión . . . Es de naturaleza económica . . . Implica una operación económica iniciada y realizada por un empresario que utilizarán sus *propios medios financieros y por su propio riesgo financiero*.”²⁷⁰ Siguiendo la misma lógica, el tribunal en la *Acción Phoenix* consideró que “la existencia de un precio nominal por adquisición de un inversión plantea necesariamente dudas acerca de la existencia de una ‘inversión’ y exige una investigación de fondo de las circunstancias de la transacción en cuestión.”²⁷¹ El tribunal reconoció que un precio bajo no es en sí mismo impedimento para establecer la existencia de una inversión, siempre que exista una “real intención de desarrollar operaciones económicas.”²⁷²

146. En el presente caso, la Demandante ni siquiera pagó, en las palabras de la *Acción Phoenix*, un “precio nominal”. La evidencia indica claramente que la Demandante no pagó nada para recibir sus acciones de Holding XXI - las elecciones fueron simplemente endosadas a su nombre por su

²⁶⁷ Véase Resolución de la SBS de Declaración de Intervención del BNM, Resolución SBS No. 885-2000, 5 de diciembre de 2000 [Anexo R-073].

²⁶⁸ Véase Informe sobre el Valor del Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 de junio de 2001 (se declara que la SBS determinó que el capital del BNM era negativo porque sus pérdidas superaban al activo en S/. 82.3 millones) [Anexo R-088].

²⁶⁹ Véase Resolución de la de Declaración de la Disolución e Intervención del BNM, Resolución SBS No. 775-2001, 18 de octubre de 2001 [Anexo R-090].

²⁷⁰ *Toto* en el apartado 84 (énfasis añadido).

²⁷¹ *Acción Phoenix* en el apartado 119.

²⁷² *Acción Phoenix* en el apartado 119.

padre.²⁷³ No existe absolutamente ningún indicio de una intención real por parte de la Demandante de desarrollar las actividades económicas del BNM. En realidad, debido a que BNM se encontraba en liquidación cuando la Demandante recibió su participación, habría sido imposible revivir lo como banco en funcionamiento o siquiera hacer algo económicamente productivo con su activo remanente dado que el liquidador estaba a cargo del proceso de liquidación. La Demandante sabía todo esto desde antes de recibir su participación indirecta y no podía haber tenido expectativas de desarrollar una actividad económica en el Perú; no obstante, siguió adelante con el endoso de las acciones.

147. En algunos casos, como en el de *Bayindir* un aporte de pericia técnica, conocimientos técnicos (*know-how*) u otras destrezas valiosas también pueden considerarse como aporte sustancial en calidad de inversión.²⁷⁴ En el caso *Bayindir*, no podía discutirse que el demandante había capacitado a docenas de ingenieros y aportado considerable equipo y personal al proyecto en cuestión en ese caso.²⁷⁵ El tribunal concluyó que el “aporte en términos de conocimiento técnico, equipo y personal obviamente tiene un valor económico y cae dentro del significado ‘de toda clase de activo’ de conformidad con el artículo I(2) del TBI” y, de ese modo, satisfizo el criterio de aporte de *Salini*.²⁷⁶ Sin embargo, en el presente caso, la Demandante no ha aportado ninguna pericia técnica, conocimientos técnicos u otras destrezas valiosas que pudieran compensar su falta de aporte financiero a la presunta inversión.

²⁷³ Véase Certificado de Acciones de Holding XXI S.A., 12 de julio de 2000, Endoso a nombre de Renee Levy de Levi, 12 de julio 2005 (endosado en nombre de la Demandante “sin cargo, habiendo sido donado por su ex dueño y tenedor”) [Anexo R-100].

²⁷⁴ Véase *Bayindir* en el apartado 131 (“[N]o se puede contestar seriamente que Bayindir efectuó un aporte significativo, tanto en términos de conocimientos técnicos, equipos y personal como en términos financieros”).

²⁷⁵ Véase *Bayindir* en el apartado 115.

²⁷⁶ *Bayindir* en los apartados 116, 131.

148. La Demandante no participó en la creación del BNM, ya sea como accionista o como directora.²⁷⁷ Ella no participó de ninguna manera en la administración del BNM cuando este era un banco en funcionamiento.²⁷⁸ La Demandante tampoco confirió destrezas y conocimientos técnicos a BNM cuando recibió sus acciones en Holding XXI, por que en el 2005 el banco estaba bajo el control de los liquidadores designado por el estado y ya no funcionaba.²⁷⁹ Por lo tanto, durante la vida del BNM, hasta e inclusive del presente, la Demandante no efectuó absolutamente ningún aporte de destrezas o conocimientos técnicos.

149. En resumidas cuentas, dado que la Demandante no ha pagado nada por su inversión (ya sea mediante compensación monetaria a otros medios de aportar valor a la empresa en la que la Demandante tiene una participación), la Demandante no puede caracterizarse como alguien ha realizado una “inversión” de conformidad con el significado del artículo 25 del Convenio del CIADI.

2. La Demandante no asumió riesgo alguno

150. La Demandante tampoco asumió un riesgo alguno cuando adquirió su participación indirecta en BNM. El riesgo es la probabilidad de que un inversionista pierde una parte o la totalidad del aporte original invertido en la empresa.²⁸⁰ Un inversionista asume dichos riesgos porque él o ella ve una posibilidad de que la inversión recompense con rendimientos considerables. Si la Demandante no efectuó aporte alguno, se sigue que no asumió riesgos. Debido a que la Demandante no ha puesto ninguno de sus propios recursos en BNM, ella no corre el riesgo de perder nada. Cuando BNM fue intervenido, la Demandante no fue afectada de ninguna manera. Cuando BNM inició el proceso de

²⁷⁷ Véase Acta de la Sesión de Directorio del BNM de 2000 (no hay mención de Renee Levy como directora o administradora del BNM) [Anexo R-114].

²⁷⁸ Véase Acta de la Sesión de Directorio del BNM de 2000 (no hay mención de Renee Levy como directora o administradora del BNM) [Anexo R-114].

²⁷⁹ Véase Resolución de la SBS de Declaración de Disolución e Intervención, Resolución SBS 775-2001, 18 de octubre de 2001 (declaración de disolución y liquidación del 18 de octubre de 2001) [Anexo R-090].

²⁸⁰ BLACK'S LAW DICTIONARY 1353 (2004).

disolución y liquidación, la Demandante no fue afectada de ninguna manera. Decir, como dice la Demandante, que ella ha asumido riesgos - y mucho menos un riesgo que justificaría daños y perjuicios por valor de US \$2 000 millones²⁸¹ - simplemente por haber recibido acciones de Holding XXI mucho después de que ocurrieran los sucesos en cuestión, estira el significado de la palabra “riesgo” al punto de dejarla irreconocible. La Demandante ha estado y continúa estando aislada de la intervención y liquidación del BNM.

151. Aun cuando la Demandante hubiera aportado capital al BNM después de 2005 (no lo hizo), no podría haber tenido ninguna expectativa de rendimiento de ese capital y por lo tanto no incurrió en riesgo. La Demandante debe haber sabido que habría una probabilidad muy mínima, en todo caso, de obtener un rendimiento de la adquisición de una participación indirecta en un banco insolvente que se encuentra en proceso de liquidación. Es decir que la Demandante no podría haber tenido expectativas de recibir ningún valor residual al final de la liquidación dado que la SBS ya había determinado, antes de que ella recibiera su participación indirecta en BNM, que el pasivo del BNM superaba a su activo en la suma de S/. 82 millones o US \$23 millones.²⁸² Por definición, un banco insolvente pierde todo su capital cuando sus pérdidas superan sus activos. En resumen, la Demandante no efectuó aporte alguno, no adquirió nada de valor, y por tanto no arriesgó nada.

3. La participación indirecta de la Demandante en BNM carece de duración debido a que BNM había cesado de existir cuando la Demandante adquirió una participación en el Banco

152. Los tribunales han sostenido que para que un proyecto se considere una inversión “[e]l elemento de duración es el factor de primordial importancia que distingue a las inversiones dentro del

²⁸¹ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 85.

²⁸² Véase Informe sobre el Valor del Capital del BNM, Informe No. DESF “A”-054-OT-2001, 26 de junio de 2001, p. 2 [Anexo R-088].

alcance del Convenio del CIADI de las operaciones comerciales ordinarias”.²⁸³ A efectos prácticos, la participación indirecta de la Demandante no tiene ninguna duración, dado que, desde que adquirió su participación, BNM no ha funcionado como banco. La participación de la Demandante existe solamente en papel, y nunca será nada más que eso.

4. La participación indirecta de la Demandante en BNM no contribuye al desarrollo económico del Perú

153. Según el último criterio *Salini*, el inversionista debe contribuir al desarrollo económico del estado anfitrión.²⁸⁴ Como hizo notar el tribunal *ad hoc* en la anulación de *Mitchell v. Congo*, “El profesor Schreuer considera la contribución al desarrollo económico del estado anfitrión como ‘la única indicación posible de un significado objetivo’ del término ‘inversión’.”²⁸⁵ Esta idea se refleja en el TBI Perú-Francia, en cuyo preámbulo se expone que el TBI tenía como fin promover incentivos y protección de inversión “de interés para el desarrollo económico [de los dos países]”.²⁸⁶

154. En este caso, la participación indirecta de la Demandante en BNM no ha contribuido de ninguna forma al desarrollo económico del Perú. Aún antes de que la Demandante recibiera su participación en julio de 2005, el banco había cesado de tener ningún efecto positivo sobre el desarrollo económico del Perú. En realidad, BNM representaba un enorme riesgo a la estabilidad del sistema bancario peruano. Primero, al incumplir sus obligaciones de pago, BNM socavó la confianza del público en el sistema bancario y puede decirse que llevó a dicho sistema al borde del colapso. Segundo, el 5 diciembre 2000, la SBS tuvo que dedicar considerable personal y recursos a la gestión de la intervención del BNM. Tercero, a fin de contener el riesgo que amenazaba al sistema bancario del Perú,

²⁸³ *Bayindir* en el apartado 131.

²⁸⁴ *Salini* en el apartado 52.

²⁸⁵ *Patrick Mitchell v. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo, 1 de noviembre de 2006, apartado 31 (énfasis en el original).

²⁸⁶ TBI Perú-Francia, Preámbulo [Anexo R-019].

el gobierno dedicó extraordinarios recursos al BNM como banco intervenido en un intento por recuperar el valor remanente del banco a través del Programa Especial Transitorio. Cuarto, la SBS determinó que BNM era insolvente, lo que significa que BNM tenía considerables pérdidas, aún después de que se hubiera aplicado todo su capital y patrimonio neto. En términos prácticos, cuando un banco queda insolvente, eso significa que ya no puede satisfacer todas sus obligaciones y que grandes números de acreedores y depositantes perderán su dinero. Por lo tanto, BNM en realidad potencialmente perjudicó, más que contribuyó, al desarrollo económico del Perú.

155. Ciertamente, desde que la Demandante tomó posesión de su participación minoritaria indirecta en BNM, el banco no hizo nada para contribuir al desarrollo económico del Perú por la simple razón de que no ha sido un banco en funcionamiento durante más de 10 años. Es una entidad en proceso de liquidación, y nada más.

5. La participación de la Demandante carece de las características necesarias de una inversión según el Convenio del CIADI

156. En resumen, como se ha evidenciado por la falta de compromiso financiero, falta de riesgo, falta de duración, y falta de contribución al desarrollo económico del Perú que caracterizan a la participación indirecta de la Demandante en BNM, la Demandante no ha hecho una inversión de conformidad con el artículo 25(1) del Convenio del CIADI. De esto se sigue que si no hay inversión, no se puede afirmar que la disputa se “surge directamente” de la inversión de la Demandante conforme a los requerido por el artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Por lo tanto, el Tribunal carece de jurisdicción para tomar conocimiento de la presente disputa.

D. LA RECEPCIÓN DE LAS ACCIONES DE HOLDING XXI POR LA DEMANDANTE NO CONSTITUYE UNA INVERSIÓN DE BUENA FE

157. Como afirmó el tribunal en la *Acción Phoenix*, “Los estados no pueden ofrecer acceso al mecanismo de arreglo de disputas del CIADI en relación con inversiones que no se realizaron de

buena fe”.²⁸⁷ El tribunal en la *Acción Phoenix* delució el requisito de buena fe con referencia al derecho público internacional y a la jurisprudencia de otros tribunales.²⁸⁸ Además de destacar que “[e]l principio de buena fe cuenta con un reconocimiento de larga data en el derecho internacional público, al igual que en todos los sistemas jurídicos nacionales”, el tribunal citó la jurisprudencia del CIADI. Específicamente, citó el caso *Inceysa v. El Salvador*, donde el tribunal concluyó que debido a que el demandante no actuó de buena fe, no podía estar protegido al amparo del TBI.²⁸⁹ La lógica en el caso *Inceysa* era que las partes contratantes dieron su consentimiento de jurisdicción al amparo del Convenio del CIADI bajo el supuesto de que los inversionistas invertirían de buena fe.²⁹⁰ La Demandante no inició este arbitraje de buena fe, y su pretensión por lo tanto deberá desestimarse por falta de jurisdicción.

158. Varios otros tribunales han seguido el enfoque pautado en el caso *Acción Phoenix* y han concluido que no hay lugar para jurisdicción cuando el demandante no ha actuado de buena fe o ha abusado de alguna forma el proceso en virtud del Convenio.²⁹¹ Como observó el tribunal en *Mobil v. Venezuela*, un tribunal sólo puede asumir jurisdicción sobre demandas que se afirmen de buena fe para “dar ‘efecto al objeto y fin del Convenio del CIADI’ y preservar ‘su integridad.’”²⁹² Asimismo, en *Europe Cement*, el tribunal afirmó que “el principio de buena fe es un principio de derecho

²⁸⁷ *Acción Phoenix* en el apartado 106.

²⁸⁸ Véase *Acción Phoenix* en los apartados 107-12.

²⁸⁹ Véase *Acción Phoenix* en el apartado 111 (donde se cita a *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, apartado 230).

²⁹⁰ Véase *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, apartado 230.

²⁹¹ Véase *Mobil Corporation et al. v. República bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010 (“*Mobil Corporation*”), apartados 184-85; *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de agosto de 2009 (“*Europe Cement*”), apartados 171-75; *Cementownia* en el apartado 159.

²⁹² *Mobil Corporation* en el apartado 184 (donde se cita a *Tokio Tokeles v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Abril 29, 2004, Disentimiento, apartado 25).

internacional aplicable a la interpretación y aplicación de obligaciones en virtud de los acuerdos internacionales de inversión.”²⁹³ Por tanto, al amparo de la jurisprudencia del CIADI, un tribunal no tiene jurisdicción sobre disputas entabladas por demandantes que han abusado del proceso. Un presunto inversionista no entablará una demanda de buena fe si obtiene su presunta inversión mucho después de la fecha en que ocurrieron los sucesos que da lugar a la disputa, y dicha participación es, y siempre será, sin valor.

159. En *Acción Phoenix*, el tribunal evaluó si el demandante actuó de buena fe al adquirir una participación en una inversión mediante el examen de la cronología, sustancia y naturaleza de la presunta inversión del demandante - la adquisición de acciones en compañías en quiebra y activos congelados.²⁹⁴ Según el tribunal, no hubo otro propósito económico en la transferencia de las acciones que el de entablar un litigio.²⁹⁵ Por lo tanto, el tribunal concluyó que “toda la operación no constituyó un inversión económica, basada en el valor real o futuro de las empresas, sino que en realidad se trató de un reordenamiento de los activos de una familia, para ganar acceso a la jurisdicción del CIADI”²⁹⁶ Esto, afirmó el tribunal, fue un abuso inadmisible del proceso. La conclusión del tribunal en el caso *Acción Phoenix* es directamente aplicable al presente caso.

160. Aquí, la Demandante ha recibido una parte indirecta en un banco cerrado casi cinco años después de que cubrieran los sucesos centrales de la presente disputa. Como se explicó anteriormente, no existe un elemento de valor o interés económico en su participación indirecta en BNM. Cuando recibió su participación indirecta, la Demandante no tenía planes ni la posibilidad de planes de reavivaron al BNM como empresa activa. La única explicación lógica del endoso de las

²⁹³ *European Cement* en el apartado 171.

²⁹⁴ Véase *Acción Phoenix* en los apartados 135-40.

²⁹⁵ Véase *Acción Phoenix* en los apartados 141-42.

²⁹⁶ *Acción Phoenix* en el apartado 140.

acciones de Holding XXI de su padre es que fue una transacción destinada a manufacturar la jurisdicción del CIADI para la presente disputa manteniendo la propiedad indirecta del BNM en manos de un nacional francés. Esto es un abuso de proceso comparable a las acciones de la Demandante en la *Acción Phoenix*, que llevaron al tribunal a determinar que carecía de jurisdicción sobre la disputa en dicho caso.

161. El abuso del proceso va más allá de la mera invención de jurisdicción de la Demandante. Esencialmente, la Demandante llegó a la escena mucho después de que BNM dejara de operar, no pagó nada por esa participación indirecta, y no arriesgó nada. Sin embargo, la Demandante espera recibir de alguna forma daños y perjuicios equivalentes a US \$ 2 000 millones.²⁹⁷ La pretensión infundada y absurda de la Demandante de reclamar daños y perjuicios de por sí es un abuso del proceso. Por lo tanto, sobre esta base, el Tribunal carece de jurisdicción sobre la presente disputa.

E. LAS ALEGACIONES DE LA DEMANDANTE DE VIOLACIONES DEL TRATADO SON INADMISIBLES PORQUE EXIGIRÍAN QUE EL TRIBUNAL CUESTIONARA A POSTERIORI LAS MEDIDAS PRUDENCIALES DEL PERÚ

162. Además, las pretensiones de la Demandante no son admisibles porque ésta pide al Tribunal que cuestione a posteriori las normas y las medidas prudenciales adoptadas por el Perú de conformidad con dichas normas. El Tribunal tiene derecho a considerar la admisibilidad como una consideración aparte de la jurisdicción. Varios tribunales han considerado la cuestión de admisibilidad como distinta de la de jurisdicción y, como fue demostrado en *SGS v. Filipinas*, los tribunales tienen derecho a negarse a conocer un caso por cuestiones de inadmisibilidad.²⁹⁸ La admisibilidad resulta un

²⁹⁷ Véase Solicitud de Arbitraje de la Demandante, apartado 85.

²⁹⁸ Véase *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, apartados 23, 33, 35 (en consideración del argumento de la demandada contra la admisibilidad, y fallando en última instancia que los hechos eran “suficientes para que el Tribunal considerara que la pretensión . . . es admisible . . .”); *LG&E Energy Corp. et al. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Objeciones a la Jurisdicción, 30 de abril de 2004, apartado 46 (donde se determina que “el Tribunal considerará [los argumentos]

factor cuando la demandante presenta una pretensión que cae fuera del alcance del arbitraje del CIADI por razones ajenas a falta de jurisdicción. En este caso, la Demandante pide que el Tribunal se ponga en los zapatos del organismo regulador prudencial del Perú y cuestione a posteriori sus medidas ordenadas por ley para estabilizar el sistema bancario durante una crisis económica.

163. Los hechos son claros: no puede cuestionarse que BNM se quedó sin fondos a comienzos de diciembre de 2000 y violó su compromiso esencial para con sus clientes al incumplir sus obligaciones de pago el 5 de diciembre de 2000. BNM por lo tanto violó un requisito fundamental de la ley de banca del Perú. Cuando la SBS intervino ese día al BNM, la SBS estaba (i) actuando razonablemente para proteger a los depositantes del BNM, el público y el sistema bancario; (ii) adoptando las medidas necesarias para prevenir la clase de pánico que habría desencadenado ciertamente una desastrosa espiral descendente con respecto a otros bancos; y (iii) seguía el mandato explícito de la ley. Dado todo lo que está en juego durante una crisis económica, las medidas sancionadas por ley de un organismo regulador de la banca merecen el mayor grado de deferencia.

164. En otras palabras, el Tribunal tiene ante sí un caso en el que se le pide reemplazar su propio juicio por las decisiones técnicas adoptadas por el organismo regulador del Perú para gestionar una crisis de liquidez y solvencia ampliamente difundida que estaba afectando a varios bancos en esos momentos. El Tribunal no puede tomar conocimiento del presente caso sin inmiscuirse inadmisiblemente en la discreción del organismo regulador de la banca del Perú de adoptar medidas necesarias para prevenir el colapso total del sistema bancario del Perú.

que son pertinentes a su decisión respecto de las objeciones de la Demandada de admisibilidad y jurisdicción”); *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, apartado 154 (“En la opinión del Tribunal, este principio tiene que ver con la admisibilidad de la pretensión, no con la jurisdicción en sentido estricto.”); y apartado 169 (donde se niega a tomar conocimiento de la pretensión particular determinada “inadmisible”).

165. Por otra parte, el organismo regulador de la banca en este caso actuaba en estricto cumplimiento de la ley peruana - de hecho, sus acciones eran obligatorias por ley. Por lo tanto, si se determinara que este caso fuer admisible, además de juzgar si el organismo regulador actuó de conformidad con las leyes peruanas, el Tribunal en esencia tendría que examinar si las leyes y normas de banca del Perú constituían una violación *de jure* del tratado. A simple vista, esta es una investigación inapropiada y, por lo tanto, las pretensiones de la Demandante son inadmisibles. Por otra parte, las leyes de banca del Perú condicen con las leyes bancarias de muchos otros países; de modo que condenarlas tendría consecuencias de muy largo alcance.

166. Las implicaciones de tomar conocimiento del presente caso también serían significativas en el contexto de los sucesos actuales. En vista de la crisis financiera que se inició hace tres años y que todavía envuelve al mundo, el Tribunal crearía un precedente de examinar no sólo las acciones de los organismos reguladores de la banca de un estado sino también de los sistemas legales de los gobiernos del mundo que han actuado para estabilizar el sistema bancario global, y cuyos regímenes legales imponen a sus organismos reguladores exactamente el mismo requisito que el sistema legal del Perú impuso a la SBS. Esto abriría la posibilidad de centenares de demandas por miles de millones de dólares presentadas por bancos en quiebra en contra de los estados que actuaron en pleno cumplimiento de las normas globales para proteger la seguridad y la integridad del sistema financiero. La jurisdicción del CIADI estaría efectivamente expandiéndose mas allá de la consideración de disputas que surjan de inversiones para juzgar los méritos y la validez de las leyes y las normas bancarias nacionales que son compartidas por todas las grandes economías. Por lo tanto, el Tribunal debe determinar que esta demanda es inadmisible debido a que la naturaleza de la disputa excedería de manera inadmisible el ámbito de jurisdicción del CIADI. Esto es particularmente cierto donde, como en el presente caso, la Demandante no satisface ninguno de los requisitos para determinar jurisdicción tal como lo disponen el TBI o el Convenio del CIADI.

IV. CONCLUSIÓN

167. Basado en lo precedente, la Demandada solicita respetuosamente que el Tribunal desestime las pretensiones de la Demandante por falta de jurisdicción.

168. Alternativamente, la Demandada solicita respetuosamente que el Tribunal constate que las pretensiones de la Demandante son inadmisibles.

169. La Demandada también solicita respetuosamente un laudo que cubra sus honorarios de abogados y otros costos incurridos en relación con el presente procedimiento.

Respectuosamente,

[Firma]
Stanimir A. Alexandrov
Abogado de la Demandada