

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.

RENÉE ROSE LEVY DE LEVI
(DEMANDANTE)

y

REPÚBLICA DEL PERÚ
(DEMANDADA)

(Caso CIADI n.º ARB/10/17)

LAUDO

TRIBUNAL ARBITRAL

Sr. Rodrigo Oreamuno, Presidente
Profesor Bernard Hanotiau, Árbitro
Profesor Joaquín Morales Godoy, Árbitro

Secretaria del Tribunal:
Sra. Anneliese Fleckenstein

Representantes de la Demandante:

Sr. Carlos Paitán
Sr. Christian Carbajal
Sr. José Salcedo
Estudio Paitán & Abogados
Av. Manuel Olguín N° 501 Ofic. 1007
Centro Empresarial Macros
Santiago de Surco
Lima 33- Perú

Representantes de la Demandada:

Sr. Stanimir Alexandrov
Sra. Jennifer Haworth McCandless
Sra. Marinn Carlson
Sidley Austin LLP
1501 K Street, N.W.
Washington, D.C. 20005

Sr. Juan Pazos
Sr. Ricardo Puccio
Sr. Francisco Navarro Grau
Sr. Aresio Viveros Zuazo
Estudio Navarro, Ferrero & Pazos
Av. del Parque 195
San Isidro, Perú

Fecha de envío a las partes: 26 de febrero del 2014

ÍNDICE

| | Página |
|---|--------|
| Abreviaturas..... | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| I. HISTORIA PROCESAL | 7 |
| II. HECHOS..... | 10 |
| III. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN..... | 42 |
| A. Posición de la Demandada | 42 |
| B. Posición de la Demandante | 48 |
| IV. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SOBRE JURISDICCIÓN | 50 |
| V. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN..... | 59 |
| VI. POSICIONES DE LAS PARTES EN CUANTO AL FONDO..... | 59 |
| A. Violación del estándar de tratamiento justo y equitativo..... | 60 |
| 1. Alegatos de la Demandante | 60 |
| a. Legítimas expectativas | 61 |
| b. Estabilidad jurídica | 64 |
| c. Actos estatales arbitrarios o discriminatorios y abuso de poder..... | 66 |
| d. Mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento | 69 |
| e. Violación del debido proceso | 69 |
| 2. Respuesta de la Demandada..... | 70 |
| B. Violación del estándar de trato nacional..... | 80 |
| 1. Alegatos de la Demandante | 80 |
| 2. Respuesta de la Demandada..... | 83 |
| C. Negativa a brindar protección y seguridad plenas | 85 |
| 1. Alegatos de la Demandante | 85 |
| 2. Respuesta de la Demandada..... | 88 |
| D. Expropiación indirecta..... | 89 |
| 1. Alegatos de la Demandante | 89 |
| 2. Respuesta de la Demandada..... | 99 |
| VII. RECLAMOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS | 100 |
| A. Posición de la Demandante..... | 100 |
| B. Posición de la Demandada..... | 105 |
| VIII. CONCLUSIONES DE LAS PARTES | 108 |
| A. Conclusiones de la Demandante | 108 |

| | | |
|-----|---|-----|
| B. | Conclusiones de la Demandada | 112 |
| IX. | PETITORIO DE LAS PARTES | 116 |
| X. | ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SOBRE LOS TEMAS DE FONDO | 118 |
| A. | Violación del estándar de tratamiento justo y equitativo..... | 118 |
| 1. | Legítimas expectativas..... | 119 |
| a. | Adquisición y toma de control del Banco Financiero | 119 |
| b. | Falta de transparencia | 121 |
| c. | Retiro de fondos..... | 122 |
| d. | Pánico financiero | 123 |
| e. | Crédito del BCR | 125 |
| f. | Deterioro de la cartera de crédito | 126 |
| g. | Prelación de pagos | 127 |
| 2. | Estabilidad jurídica | 128 |
| 3. | Actos arbitrarios y discriminatorios y abuso de poder..... | 131 |
| a. | Prácticas contables..... | 131 |
| b. | Cartera de créditos | 134 |
| c. | Crédito del BCR | 138 |
| d. | Propuesta del BNM | 139 |
| e. | Reducción del capital..... | 140 |
| f. | Disolución..... | 141 |
| g. | Omisiones de la SBS y del BCR | 142 |
| 4. | Mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento | 145 |
| a. | Visita de la SBS | 145 |
| b. | Reducción del capital social | 146 |
| c. | Venta del patrimonio en bloque..... | 147 |
| d. | Disolución..... | 147 |
| e. | Persecución penal | 148 |
| 5. | Debido proceso | 149 |
| a. | Variación de la normativa..... | 149 |
| b. | Disolución..... | 150 |
| B. | Violación del estándar de trato nacional..... | 151 |
| C. | Negativa a brindar protección y seguridad plenas | 156 |
| D. | Expropiación indirecta | 168 |
| E. | Conclusiones sobre los problemas del BNM | 184 |

| | | |
|-------|--|-----|
| F. | Reclamos de daños y perjuicios y daño moral..... | 189 |
| XI. | COSTAS | 191 |
| XII. | OPINIÓN DISIDENTE DEL PROFESOR JOAQUÍN MORALES GODOY | 193 |
| XIII. | DECISIÓN | 193 |

Abreviaturas

| | |
|---------------------------------------|---|
| APPRI: | Convenio entre la República del Perú y la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. |
| Bank of America: | Bank of America Securities LLC |
| BCP: | Banco de Crédito del Perú |
| BCR: | Banco Central de Reserva del Perú |
| BNM: | Banco Nuevo Mundo. |
| CAF: | Corporación Andina de Fomento |
| CEPRE: | Comisión Especial de Promoción para la Reorganización Societaria |
| CIADI: | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| COFIDE: | Corporación Financiera de Desarrollo S.A. |
| COMEX: | Sociedad de Comercio Exterior del Perú |
| Comisión del Congreso: | Comisión de Fiscalización y Contraloría Encargada de Investigar las Presuntas Irregularidades en el Proceso de Intervención y Liquidación del Banco Nuevo Mundo |
| CONASEV: | Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores |
| Convenio CIADI: | Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. |
| FONAFE: | Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial al Estado |
| Ley de Banca: | Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. |
| MEF: | Ministerio de Economía y Finanzas |
| NMH: | Nuevo Mundo Holding S.A. |
| PCSF: | Programa de Consolidación del Sistema Financiero |
| PwC: | PricewaterhouseCoopers |
| Reglas de Arbitraje del CIADI: | Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos Arbitrales del CIADI |

| | |
|------------------------------|--|
| Reglas de Iniciación: | Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje |
| SBS: | Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones |
| SUBCOMISIÓN: | Subcomisión de Trabajo de la Comisión de Economía del Congreso de la República para Evaluar la Intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros en el NBK Bank y en el Banco Nuevo Mundo. |

INTRODUCCIÓN

1. Este Laudo se dicta en el proceso arbitral planteado por Renée Rose Levy de Levi (en lo sucesivo, la **Demandante**) contra la República del Perú (en adelante, la **Demandada** o **Perú**), por la supuesta violación del Convenio suscrito por la República del Perú y por la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, el 6 de octubre de 1993, vigente desde el 30 de mayo de 1996 (**APPRI**).
2. La controversia, en términos generales, se origina porque, según la **Demandante**, **Perú** sometió, de manera arbitraria e ilegal, al Banco Nuevo Mundo (**BNM**) del cual el padre de la **Demandante** y el señor David Levy Pessa, inicialmente, y posteriormente la **Demandante**, fueron accionistas, a un proceso de intervención, seguido de su disolución y liquidación. La **Demandante** sostiene que, mediante esas actuaciones **Perú** violó varios principios del **APPRI** y los derechos otorgados a ella en ese convenio bilateral.
3. En la elaboración del presente Laudo el Tribunal Arbitral tuvo en cuenta, analizó y evaluó cuidadosamente todos los argumentos de las partes, incluidas sus pretensiones y defensas y los documentos, declaraciones testimoniales, informes periciales y demás pruebas presentadas por ellas. Al formular sus alegatos, las partes aportaron y citaron numerosos laudos y decisiones que tratan de temas relevantes para la decisión sobre jurisdicción y para el fondo de este asunto. El Tribunal considera pertinente señalar que le corresponde resolver la controversia planteada por la **Demandante** mediante un análisis autónomo del **APPRI**, del Convenio CIADI, de las Reglas de Arbitraje del CIADI y de los hechos particulares del presente caso, lo cual no obsta para que el Tribunal tome en consideración las conclusiones alcanzadas por otros tribunales internacionales de arbitraje.
4. En este Laudo, el Tribunal se refiere de manera particular a los argumentos de las partes que ha considerado más relevantes para su decisión sobre jurisdicción y, posteriormente, para resolver sobre el fondo. La decisión del Tribunal, aun cuando no se refiera expresamente a la totalidad de los argumentos expuestos por las partes, está basado en todos ellos, en lo que respecta a los factores considerados por el Tribunal como

determinantes para tomar su decisión.

I. HISTORIA PROCESAL

5. El 22 de junio del 2010, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje (la “Solicitud”) de **Demandante** contra **Demandada**. El 24 de junio del 2010, el CIADI acusó recibo de la Solicitud y remitió una copia de esta y de la documentación adjunta a la **Demandada** y a la Embajada de Perú en Washington, DC.
6. El 20 de julio del 2010, conforme a lo establecido en el artículo 36 (3) del Convenio CIADI y en las reglas 6 (1) (a) y 7 (a) de las Reglas de Iniciación, el Secretario General del CIADI registró la Solicitud y, ese mismo día, notificó el registro a las partes y las invitó a proceder lo antes posible a la constitución de un tribunal arbitral.
7. El 9 de septiembre del 2010, la **Demandante** presentó una solicitud de medidas provisionales. El 14 de septiembre del 2010, el Secretario General estableció los plazos para que las partes formularan observaciones sobre dicha solicitud, conforme a lo dispuesto en la regla 39 (5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
8. El 23 de septiembre del 2010, la **Demandante** invocó el artículo 37 (2) (b) del Convenio CIADI y designó como árbitro al profesor Joaquín Morales Godoy, de nacionalidad chilena, quien aceptó su nombramiento el 5 de octubre del 2010.
9. El 1º de octubre del 2010, la **Demandada** designó como árbitro al profesor Bernard Hanotiau, de nacionalidad belga, quien aceptó su nombramiento el 5 de octubre del 2010.
10. El 7 de octubre del 2010, la **Demandante** presentó una segunda solicitud de medidas provisionales. El 15 de septiembre del 2010, el Secretario General estableció los plazos para que las partes formularan observaciones sobre dicha solicitud, conforme a lo dispuesto en la regla 39 (5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
11. Entre el 5 de octubre y el 11 de noviembre del 2010, las partes intercambiaron

escritos sobre las solicitudes de medidas provisionales de la **Demandante**.

12. Mediante carta del 25 de octubre del 2010, la **Demandante** informó al Centro que habían transcurrido 90 días desde el registro de la Solicitud y que las partes no habían podido llegar a un acuerdo sobre el nombramiento del Presidente del Tribunal. Como consecuencia, la **Demandante** solicitó al Presidente del Consejo Administrativo que designara al Presidente del Tribunal, conforme a lo dispuesto en la regla 4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
13. El 15 de noviembre del 2010, la **Demandante** retiró su segunda solicitud de medidas provisionales.
14. Mediante carta del 11 de enero del 2011, el Centro informó a las partes que el Presidente del Consejo Administrativo había designado como presidente del Tribunal Arbitral al señor Rodrigo Oreamuno, de nacionalidad costarricense.
15. El 19 de enero del 2011, el Centro informó a las partes y a los árbitros que el Tribunal Arbitral se consideraba constituido por i) el profesor Joaquín Morales Godoy, ii) el profesor Bernard Hanotiau y iii) el señor Rodrigo Oreamuno, presidente del Tribunal, y que la señora Anneliese Fleckenstein, Consejera Jurídica, se desempeñaría como secretaria del Tribunal.
16. El 21 de marzo del 2011, se celebraron en la sede del Centro en Washington, DC, la primera sesión y una audiencia sobre la solicitud de medidas provisionales de la **Demandante**. Durante dicha sesión, las partes acordaron un calendario para el proceso y presentaron sus argumentos orales sobre la solicitud de medidas provisionales de la **Demandante**.
17. El 17 de junio del 2011, el Tribunal dictó una decisión en la que rechazó la solicitud de medidas provisionales de la **Demandante**.
18. El 11 de julio del 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 1 sobre

producción de documentos.

19. El 12 de julio del 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 2 sobre producción de documentos.
20. El 2 de agosto del 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 3 sobre el calendario procesal.
21. El 25 de agosto del 2011, la **Demandada** presentó su Memorial sobre Jurisdicción. Ese mismo día, la **Demandante** presentó su Memorial sobre el Fondo.
22. El 30 de enero del 2012, la **Demandante** presentó su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción. Ese mismo día, la **Demandada** presentó su Memorial de Contestación sobre el Fondo.
23. El 2 de mayo del 2012, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 4 sobre producción de documentos.
24. El 14 de mayo del 2012, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 5 sobre producción de documentos.
25. El 29 de mayo del 2012, la **Demandante** presentó su Réplica sobre el Fondo.
26. El 26 de septiembre del 2012, la **Demandada** presentó su Dúplica sobre el Fondo.
27. El 18 de octubre del 2012, conforme al párrafo 13 del Acta de la primera sesión, el Tribunal dictó una decisión en la que determinó que las excepciones a la jurisdicción se tratarían con el fondo. Mediante carta de esa misma fecha, la **Demandada** retiró su solicitud de bifurcación del procedimiento.
28. Del 12 al 20 de noviembre del 2012, el Tribunal celebró una audiencia sobre jurisdicción y sobre el fondo en la sede del Centro en Washington, D.C. Estuvieron

presentes, **por el Tribunal**: el señor Rodrigo Oreamuno, presidente; el profesor Bernard Hanotiau; el profesor Joaquín Morales Godoy y la señora Anneliese Fleckenstein, secretaria del Tribunal. Por la **Demandante**: los señores Carlos Paitán, Christian Carbajal y Danny Quiroga, de Estudio Paitán & Abogados S. Civil R. Ltda., la señora Renée Rose Levy de Levi y el señor Jacques Levy. Por la **Demandada**: el señor Stanimir A. Alexandrov, las señoras Jennifer Haworth McCandless, Marinn Carlson y Mika Morse, el señor Gavin Cunningham, la señora María Carolina Durán, el señor Trey Hilberg, y las señoras Kerry Lee y Eloise Repeczky, de Sidley Austin LLP; los doctores Ricardo Puccio y Aresio Viveros, de Estudio Navarro, Ferrero & Pazos; Su Excelencia, el señor Walter Alban, representante permanente de Perú ante la Organización de los Estados Americanos, el doctor Daniel M. Schydrowsky, el señor Carlos Cueva, la señora Erika Lizardo, el señor Carlos José Valderrama, representantes de la República del Perú, y la señora María Esther Sánchez, de la Embajada de Perú en Washington, DC.

29. El 22 de enero del 2013, las partes presentaron simultáneamente escritos posteriores a la audiencia. El 21 de febrero del 2013, presentaron simultáneamente escritos sobre costas.
30. El 20 de diciembre del 2013, el procedimiento se declaró cerrado, de conformidad con la regla 38 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

II. HECHOS

31. El Tribunal Arbitral describirá a continuación únicamente los hechos que tienen importancia para la resolución de este asunto y procurará reproducirlos en orden cronológico, cuando sea posible:
32. La **Demandada** ratificó el **Convenio CIADI** el 9 de agosto de 1993; este Convenio entró en vigencia el 8 de septiembre de 1993¹.
33. La **Demandada** aprobó el **APPRI** mediante el Decreto Supremo n.º 4-94-RE,

¹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 17.

publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 13 de marzo de 1994. Este tratado bilateral de inversión entró en vigencia el 30 de mayo de 1996².

34. El **BNM** (inicialmente llamado Banco Iberoamericano SAEMA – BANIBERICO) se constituyó en Perú el 31 de enero de 1992, y el 6 de octubre de 1992 varió su denominación por Banco Nuevo Mundo. Mediante la Resolución SBS n.º 1455-92 del 30 de diciembre de 1992, la **SBS** autorizó el inicio de las operaciones financieras del **BNM**, que comenzaron el 25 de enero de 1993³.

35. Según la **Demandante**, las “empresas-vehículo” del **BNM** son las siguientes:

- a. Corporación XXI Ltd., constituida en Bahamas el 27 de enero de 1997.
- b. Burley Holding S.A., constituida en Panamá el 1º de abril de 1999; el 16 de julio de 1999 se inscribió el cambio de nombre de esa sociedad a Nuevo Mundo Holding S.A.
- c. Holding XXI S.A., constituida en Panamá el 12 de julio del 2000. Mediante el Contrato de Transferencia de Acciones firmado el 29 de agosto del 2000, Holding XXI S.A. adquirió el 52% de las acciones que Corporación XXI Ltd tenía en Nuevo Mundo Holding S.A. A partir del 25 de junio del 2008, Holding XXI S.A. cambió su nombre a Corporación XXI Ltd. S.A. (Panamá)⁴.

36. En el Informe sobre Captación de Recursos y su Aplicación, del 14 de junio del 2001, la **SBS** dijo lo siguiente:

“El Banco Nuevo Mundo S.A. forma parte del Grupo Económico conformado por las siguientes empresas:

Banco Nuevo Mundo S.A., Nuevo Mundo Holding, NMB Limited, Inversiones NMB SAC, Nuevo País S.A., Nuevo Mundo SAFI S.A., Holding XXI S.A., Corporación XXI Ltda, GREMCO S.A., CIA. Hotelera Los Delfines S.A., De

² Ibid., ¶ 18.

³ Ibid., ¶¶ 5 y 7.

⁴ Ibid., ¶¶ 8 a 15.

Fábrica S.A., Apart Hotel S.A., GREMCO Publicidad S.A., Inmobiliaria Las Colinas S.A., Inmobiliaria Renerose S.A., Parques Comerciales S.A. y Peruvian Mining Corporation S.A. [...] se establece que al interior del Grupo Económico Nuevo Mundo existe un ‘conglomerado financiero’ conformado por las siguientes empresas: Banco Nuevo Mundo S.A., Nuevo Mundo Holding S.A., NMB Limited, Inversiones NMB SAC, Nuevo Mundo SAFI S.A. y Nuevo País S.A., y la propiedad de las empresas del referido conglomerado se encuentra indirectamente en manos de cuatro familias, a través de las empresas Holding XXI S.A. (Familia Levy Calvo), Strategic Finance Corporation (Familia Franco Sarfaty), Mariola S.A. (Familia Porudominsky Gabel) y Pragati Investment (Familia Herschkowicz Grosman)...”⁵.

37. En 1998, el FONAFE liberalizó la política existente sobre colocación de depósitos y permitió a las empresas estatales colocar depósitos en bancos privados⁶.

38. En el acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de Corporación XXI Ltd. celebrada el 28 de enero de 1999, los accionistas, señores Isy y Jacques, ambos Levy Calvo, cedieron a su padre, el señor David Levy Pessoa los derechos políticos de las acciones que ellos tenían en esa empresa. Esa cesión “se hizo extensiva (i) a las futuras transferencias de las acciones de Corporación XXI en NMH, controlante del BNM, que se efectúe a otras empresas vehículos en la estructura corporativa de la inversión del Grupo Levy y (ii) a la presencia del Sr. David Levy Pessoa como accionista en las futuras empresas vehículos adquirentes de las acciones de Corporación XXI Ltda. en los negocios de la familia”⁷.

39. El 28 de mayo de 1999, la Junta General de Accionistas del **BNM** autorizó el proyecto de fusión por absorción del **BNM** con el Banco del País y con las compañías Nuevo Mundo Leasing Sociedad Anónima y Coordinadora Primavera Sociedad Anónima. El 6 de agosto de 1999, mediante la Resolución n.º 0718-99, la **SBS** autorizó la

⁵ Prueba IV-22 aportada por la Demandante, página 2.

⁶ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 148.

⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 112 y 113; Prueba II-6 aportada por la Demandante.

fusión⁸, la cual originó un crédito mercantil o “goodwill” por S/.47.5 millones, que “comprendía básicamente el mayor valor pagado por la adquisición del Banco del País respecto del valor razonable de sus activos y pasivos identificables, y fue registrado con abono a una cuenta de reserva especial en el patrimonio neto”⁹. Por autorización de la **SBS**, fue “abonado a una cuenta especial en el patrimonio neto y será amortizado en un plazo de cinco años”. El 31 de diciembre de 1999 ese “goodwill” tenía un saldo de S/.43,5 millones¹⁰.

40. El 18 de junio de 1999 el Presidente de la **Demandada** emitió el Decreto Supremo n.º 099-99-EF en el que:

“Autorizan emisión de bonos del Tesoro Público y facultan a empresas de operaciones múltiples del Sistema Financiero transferir al MEF parte de su portafolio”¹¹. Ese programa permitía “... a los bancos canjear provisionalmente sus carteras deterioradas por bonos del Tesoro. Sin embargo, el programa de canje de carteras de créditos no permitía a los bancos transferir créditos clasificados como pérdidas, la calificación de riesgo más elevada. Mediante este canje, los bancos participantes podían aplazar el registro de provisiones para créditos riesgosos hasta que hubiesen readquirido los créditos en el curso de cuatro años (más un período de gracia de un año). El BNM se benefició de este programa al canjear una cartera de créditos por bonos por valor de USD 33.7 millones...”¹². El propio Decreto indica “... Autorízase al Ministerio de Economía y Finanzas a emitir Bonos del Tesoro hasta por el monto de US\$400 000 000,00 [...] las empresas de operaciones múltiples del Sistema Financiero podrán transferir al Ministerio de Economía y Finanzas parte de su portafolio, recibiendo a cambio los bonos... No podrán ser materia de transferencia la cartera de créditos calificada como pérdida, ni los contratos de arrendamiento financiero... las empresas de operaciones múltiples del Sistema Financiero deberán cumplir con

⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 215 y 216; Resolución SBS n.º 0718-99, Prueba R-036 aportada por la Demandada.

⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 218.

¹⁰ Prueba R-155 aportada por la Demandada, página 2; Memorial sobre el Fondo, ¶ 218.

¹¹ Prueba R-030 aportada por la Demandada.

¹² Dúplica sobre el Fondo, ¶ 30.

los siguientes requisitos: a) Contar con un Plan de Desarrollo aprobado por la Superintendencia de Banca y Seguros, el que deberá contener, entre otros aspectos, compromisos de capitalización de utilidades, reforzamiento del control interno y, de ser el caso, el compromiso de efectuar aportes de capital en efectivo”¹³.

41. El 31 de agosto de 1999, la Junta General Universal de Accionistas del **BNM** acordó reducir el capital social de ese banco en la suma de S/.23 591 550,00 con el fin de aumentar el nivel de provisiones, y solicitar la autorización a la **SBS** para proceder de esa manera. La **SBS** dio la autorización respectiva mediante la Resolución SBS n.º 0894-99 del 29 de septiembre de 1999¹⁴.

42. De acuerdo con el Informe de Visita de Inspección n.º ASIF “A” 172-VI/99, (en adelante, el “Informe de 1999”) de la **SBS** al **BNM**, que se realizó del 9 de julio al 20 de agosto de 1999, al 27 de septiembre de 1999 había discrepancias en la clasificación de la cartera de crédito:

“Las discrepancias en la clasificación de la cartera de créditos hacia categorías de mayor riesgo respecto de la asignada por el Banco, sumaron 127 deudores con responsabilidades ascendentes a S/.206880 mil, los mismos que representan el 53,3 por ciento del número de deudores evaluados y el 34,4 por ciento del monto de la cartera evaluada.[...] la Gerencia General mediante comunicación del 02 de setiembre de 1999, informó que se había procedido a reclasificar los créditos reportados como discrepantes”¹⁵.

43. En el Informe de 1999, la **SBS** también indicó lo siguiente:

“Como resultado de la evaluación y clasificación de la Cartera de Créditos al 30 de junio de 1999, se ha determinado lo siguiente:

¹³ Prueba R-030 aportada por la Demandada.

¹⁴ Prueba R-038 aportada por la Demandada, página 1.

¹⁵ Prueba R-143 aportada por la Demandada, página 12.

a. CRÉDITOS CRITICADOS: Los Créditos Sujetos a Crítica alcanzaron a S/.320 804 mil que representó el 53 por ciento de la muestra evaluada y el 19 por ciento de la Cartera de Créditos. Los Créditos Criticados en relación a la muestra evaluada están conformados por: Problemas Potenciales: S/.138 805 mil (23%), Deficientes S/.152 522 mil (25%), Dudoso S/. 25 866 mil (4%) y Pérdida S/.3611 mil (1%) [...] En lo sucesivo, el Banco deberá proceder de acuerdo a lo establecido en la Resolución S.B.S n.º 572-97 de 20 de agosto del año en curso.

c. CARTERA PESADA [...]

d. DÉFICIT DE PROVISIONES: El resultado de la clasificación de la Cartera de Créditos determinó un déficit de provisiones específicas para riesgo de incobrabilidad de 125 créditos sujetos a crítica por un total de S/. 21 536 mil [...] Al cierre del mes de julio de 1999, se han constituido nuevas provisiones por S/. 2 393 mil para los créditos observados, reduciendo el déficit de provisiones a S/.19 143 mil...”¹⁶.

44. En ese informe, la **SBS** además indicó lo siguiente:

“2.2.2. CRÉDITOS REFINANCIADOS

De la revisión efectuada sobre una muestra de 218 deudores, se determinó que la mayoría de ellos no se ajustan adecuadamente al registro contable y clasificación de riesgo; incumpliendo con ello lo establecido en el Plan de Cuentas para Instituciones Financieras, Resolución SBS n.º 572-97 y la propia norma del Banco denominada NORNEG-010/98.

a. Se comprobó que el Banco realizó operaciones refinanciadas con 35 deudores cuyos saldos al 31 de julio de 1999 ascienden a S/. 1 842 mil y US\$4 583 mil, en algunos casos con capitalización de intereses, los mismos que no se registran contablemente como operaciones refinanciadas. Así mismo, la clasificación de riesgo asignada a los citados deudores corresponde a la categoría “Normal” [...]

b. Es de anotar también, que, en determinados casos tales operaciones se

¹⁶ Ibíd., página 12.

generan por la práctica inusual de amortizar o pagar cuotas de créditos con cargo en cuentas corrientes deudoras, elevando el saldo deudor al no recibir los abonos suficientes para afrontar los nuevos cargos, lo cual evidencia que los pagarés o préstamos se reducen con recursos del propio Banco.

La situación anotada fue comunicada a la Gerencia General mediante el Memorandum n.º 12-99-VII.BNM. de fecha 99.08.11, precisando que la observación deviene en reiterativa. Con fecha 99.08.19 la Gerencia General informa que ha dictado las instrucciones para que se cumpla con las normas vigentes sobre la materia, señalando además, haber cumplido con contabilizar las operaciones refinanciadas que fueron observadas en los años 1997 y 1998.

Sobre el particular debemos señalar que si bien el Banco cumple con las recomendaciones formuladas por esta Superintendencia, es preciso indicar que por la reincidencia incurrida es pasible de sanción de conformidad de lo establecido en el Reglamento de Sanciones contenida en la Resolución n.º 310-98”¹⁷.

45. La **SBS** también encontró sobregiros en las cuentas corrientes y recomendó en el Informe de 1999 lo siguiente:

“El Banco deberá reformular las políticas existentes, sobre los deudores que mantienen sobregiros en cuenta corriente por períodos prolongados y originados por la cancelación de sus Tarjetas de Crédito o por cargos de las cuotas correspondientes a su crédito, a fin de evitar, en primer lugar, la práctica de cargar las cuotas de préstamos en cuentas corrientes deudoras y en segundo lugar aplicar el último párrafo del artículo 228 de la Ley General que posibilita la acción ejecutiva sobre saldos deudores en cuentas corrientes”¹⁸.

46. En el Informe de 1999, la **SBS**, además, señaló, la concentración de pasivos que tenía el **BNM** y recomendó “Dinamizar el incentivo para la captación de depósitos alternativos de menor de (sic) costo, dado que uno de los riesgos que enfrenta el Banco es

¹⁷ Ibíd., páginas 15 y 16.

¹⁸ Ibíd., página 16.

el de liquidez al que es vulnerable por la excesiva concentración del pasivo en pocos acreedores. El Banco debe continuar con el proceso de reducción de esta concentración iniciado recientemente”.¹⁹

47. El 22 de octubre de 1999, la **SBS** emitió la Resolución n.º 0950-99 mediante la cual multó al **BNM** pues, en el Informe de 1999, la **SBS** había señalado que el **BNM**:

“[...] reincidentemente ha omitido registrar contablemente operaciones crediticias con evidentes características de operaciones refinanciadas [...] tanto en el Informe de Visita de Inspección n.º ASIF “A” 034-VI/97 correspondiente al año 1997, como en los Informes de Visita de Inspección n.º ASIF “A” 164-VI/98 y [...] correspondientes a los años 1998 y 1999, respectivamente, se observó que el Banco Nuevo Mundo realizó operaciones refinanciadas que no fueron registradas contablemente como tales;

Que, dichas operaciones se vienen registrando como créditos nuevos, evitando el incremento de la cartera de alto riesgo y la clasificación de deficiente, además los intereses y comisiones se vienen registrando contablemente en los ingresos de la empresa, incumpliendo con lo estipulado en el Plan de Cuentas para Instituciones Financieras, la Resolución SBS n.º 572-97, y la propia norma del Banco denominada NOR-NEG-010/98”²⁰.

48. El 25 de octubre de 1999, el Directorio del **BNM** fue informado de que “la información contable y financiera del Banco (sic) País [con el que se fusionó el **BNM**, según se mencionó en el párrafo 39 anterior], y en especial sus cifras sobre cartera de créditos, no han venido mostrando razonablemente su situación económica y financiera”²¹.

49. El 26 de octubre de 1999 el **BNM** envió una carta a la **SBS** en respuesta al Informe de 1999. En ella expresó lo siguiente sobre las cuentas corrientes:

¹⁹ Ibíd., página 8.

²⁰ Prueba R-145 aportada por la Demandada.

²¹ Prueba R-146 aportada por la Demandada, página 1.

“Se ha dispuesto un estrecho seguimiento de las cuentas corrientes en distintos niveles con el fin de evitar situaciones como las observadas por la Comisión de Visita”.²² También se refirió a los créditos refinanciados y dijo: “Los créditos considerados refinanciados por la Superintendencia durante las visitas de los años 1997 y 1998 se encuentran regularizados contablemente. Asimismo se han dado instrucciones para que se proceda a hacer lo conveniente con aquellos señalados por la Superintendencia en la última visita”²³.

50. El 24 de noviembre de 1999, el **BNM** sometió a la consideración de la **SBS** un plan para participar hasta por la suma de US\$34,5 millones en el Programa de Canje de Cartera de Créditos aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 099-99-EF (mencionado en el párrafo 40 anterior)²⁴. El 15 de diciembre de 1999 la **SBS**, mediante el Oficio n.º 13214-99, aprobó el plan y dijo que la “empresa califica como un potencial beneficiario del Programa de Bonos del Tesoro Público”²⁵. El Programa permitió al **BNM** canjear millones de dólares en créditos de la cartera comercial y la cartera de consumo por un monto equivalente en bonos del Tesoro, cuya recompra de esa cartera transferida sería a partir del 2001²⁶.

51. El 17 de enero del 2000, la **SBS** inició una nueva visita de inspección al **BNM** que finalizó el 18 de febrero de ese año. Después de esa visita elaboró el informe ASIF “A”-028-VI/2000 (en adelante, el “Informe de Abril del 2000”)²⁷. Las partes discutieron sobre qué tipo de visita fue la que se realizó en esas fechas²⁸. Al respecto, el informe expresa lo siguiente: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo n.º 357 de la Ley 26702, mediante Oficio n.º 0529-2000 del 17 de enero del 2000, se dió (sic) inicio a la Visita de Inspección al Banco Nuevo Mundo”²⁹. (El artículo citado dice: “**INSPECCIONES**. Por lo menos una vez al año y cuando lo crea necesario, la

²² Prueba R-147 aportada por la Demandada, página 2.

²³ *Ibíd.*, página 2.

²⁴ Prueba R-041 aportada por la Demandada.

²⁵ Prueba R-046 aportada por la Demandada.

²⁶ Memorial sobre Jurisdicción, ¶¶ 53 y 54 y Prueba R-044 aportada por la Demandada.

²⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶ 284.

²⁸ *Ibíd.*, ¶¶ 284 a 288; Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 155.

²⁹ Prueba R-156 aportada por la Demandada, página 1.

Superintendencia realizará sin aviso previo, ya sea directa (sic) o a través de sociedades de auditoría que la misma autorice, inspecciones generales y especiales destinadas a examinar la situación de las empresas supervisadas, determinando el contenido y alcances de las inspecciones antes señaladas”)³⁰.

52. El Informe de Abril del 2000 indicó que la visita se realizó, entre otros objetivos, para evaluar y clasificar la cartera de consumo del **BNM** el 31 de diciembre de 1999; verificar las provisiones constituidas y constatar la implementación de las medidas correctivas, de acuerdo con las recomendaciones del Informe de 1999. En la sección denominada “Aspecto Financiero Contable” del resumen ejecutivo, se señala que existe un déficit de provisiones en bienes adjudicados de S/.3 947 000 porque el **BNM** utilizó un procedimiento que no se ajustaba a lo establecido en la Circular n.º B-2017-98 sobre provisiones³¹. También se indica en esa sección que había carencia de manuales de políticas y procedimientos y que el 44,7% de las recomendaciones emitidas por la **SBS** en el informe anterior se encontraba pendiente o en proceso de implementación³². Además, la **SBS** señaló la alta concentración de depósitos públicos, los cuales, al 28 de febrero del 2000, constituían el 38,9% del total de depósitos, “situación que representa un riesgo potencial de liquidez”³³. El informe recomienda aprobar los manuales de procedimientos de la División de Banca de Consumo - Nuevo País y que el **BNM** haga provisiones según la citada circular n.º B-2017-98. También recomienda que el **BNM** supervise la implementación de las recomendaciones pendientes y prepare un plan de captación para evitar la concentración en depósitos a corto plazo³⁴.

53. El 25 de abril del 2000, el señor Martín Naranjo Landerer, superintendente de Banca y Seguros, envió el Oficio n.º 4383-2000 al señor Jacques Levy Calvo, presidente ejecutivo del Directorio del **BNM** (quien lo recibió el 9 de mayo), en el que le dijo:

“Como resultado de la Inspección realizada, [del 17 de enero al 18 de febrero del

³⁰ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; Prueba R-021 aportada por la Demandada.

³¹ Prueba IV-4 aportada por la Demandante, ¶ 1.2.2.6.

³² *Ibid.*, ¶ 1.2.2.9.

³³ *Ibid.*, ¶ 1.2.2.10.

³⁴ *Ibid.*, ¶ 1.3.

2000] deben resaltarse, entre otros, los siguientes aspectos:

Incumplimiento de la Administración a lo normado en los artículos del 206° al 209° de la Ley General, al haberse otorgado préstamos por montos que exceden el límite legal del 10% del patrimonio efectivo, en el Grupo Miyasato por S/.9 626 mil, al no haber incorporado a la empresa Del Pilar Miraflores Hotel como parte del grupo. Al 10 de febrero del 2000, excedió el límite legal del 10% del patrimonio efectivo, sin contar con las garantías suficientes que cubriesen el monto de los créditos por S/. 162 mil.

[...]

Se determinó un déficit de provisiones en bienes adjudicados por S/.3 947 mil, al utilizar el banco un procedimiento que no se ajusta a lo establecido en el numeral 5) de la Circular n.° B-2017-98, que establece la constitución de provisiones por el 20% del valor neto en libros al momento de la adjudicación.

[...]

En la evaluación al grado de implementación de las recomendaciones contenidas en el informe de esta Superintendencia del año 1999, se aprecia que se encuentran pendientes y/o en proceso de subsanación el 44,7% de lo observado. Asimismo, se determinó que no se cuenta con la información consolidada de sustento que permita verificar la implementación de recomendaciones indicadas por el Banco.

El Banco observa una alta concentración de pasivos a través de los depósitos de instituciones públicas, y líneas de Cofide, situación que representa un riesgo potencial de liquidez. Asimismo, se observa que no obstante la red de oficinas con que cuenta, no ha logrado diversificar dicha concentración, el 70% de los depósitos de la entidad se concentran en la Oficina Principal”³⁵.

54. A partir de julio del 2000, se inició el retiro de fondos de empresas estatales en el **BNM**³⁶.

55. El 11 de agosto del 2000, la **SBS** realizó lo que la **Demandante** denominó una segunda visita de inspección al **BNM** la cual terminó el 13 de octubre de ese año³⁷. La

³⁵ Prueba R-157 aportada por la Demandada.

³⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶ 297.

Demandada afirmó que se trataba de la visita regular, no de una segunda visita anual³⁸.

56. El 29 de agosto del 2000, Corporación XXI Ltd. transfirió las acciones que tenía en **NMH** a favor de Holding XXI S.A., en la que el señor David Levy Pesso era accionista³⁹.

57. A partir de agosto del 2000, depositantes del sector privado retiraron fondos del **BNM** por más de US\$70 millones⁴⁰.

58. En septiembre del 2000 el **BNM** fue evaluado por Class & Asociados y por Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C.; esas empresas clasificaron al banco respectivamente como B+ y B⁴¹. La clasificación B+ “[c]orresponde a instituciones financieras o empresas de seguros con sólida fortaleza financiera. Son entidades con un valioso nivel de negocio, que cuentan con un buen resultado en sus principales indicadores financieros y un entorno estable para el desarrollo de su negocio”⁴². La clasificación B “[c]orresponde a aquellas instituciones que cuentan con una buena capacidad de pago de sus obligaciones en los términos y condiciones pactados, pero ésta es susceptible de deteriorarse levemente ante posibles cambios en la institución, en la industria a que perteneces (sic), o en la economía”⁴³. La empresa Apoyo y Asociados Internacionales S.A.C. dijo sobre el **BNM**: “[e]l desarrollo de su cartera de productos en sus siete años de operación y la reciente fusión con Nuevo Mundo Leasing y Banco del País le han permitido ubicarse en la sexta posición en colocaciones y en depósitos (séptima a fines de 1999), con una participación de mercado de 4.5 y 2.8% a junio 2000, respectivamente”⁴⁴.

³⁷ Ibid., ¶ 289.

³⁸ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 155 y 156.

³⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 114.

⁴⁰ Ibid., ¶ 296.

⁴¹ Ibid., ¶ 223; Prueba I-1 aportada por la Demandante, página 36; Prueba I-5 aportada por la Demandante, página 1.

⁴² Memorial sobre el Fondo, ¶ 226.

⁴³ Ibid., ¶ 232.

⁴⁴ Prueba I-1 aportada por la Demandante, página 1.

59. El 12 de septiembre del 2000, los accionistas del **BNM** acordaron en la junta general aumentar su capital social en S/.17,49 millones y hacer una reserva facultativa con la emisión de primas de capital por S/.8,8 millones⁴⁵.
60. El mismo 12 de septiembre, el señor Carlos Quiroz Montalvo, jefe de Visita de la **SBS** envió el Memorándum n.º 21-2000/VIO/NM al señor Carlos Schroth Parra, gerente de Riesgos (a.i.) del **BNM** en el cual le consultó por la composición de la cartera de consumo al 30 de junio del 2000 ya que “se incluyen créditos de naturaleza diferente a créditos de consumo [...] en donde 165 deudores con saldo equivalente a S/. 1449 mil, reportan una morosidad mayor a 100 días y tienen una clasificación de riesgo Normal”. También le consultó sobre varias discrepancias en la clasificación de deudores de los créditos de consumo y por el déficit de provisiones por S/.383 mil⁴⁶. El 19 de septiembre del 2000, el señor Schroth le respondió a la **SBS** que coordinaría con el Área de Sistemas para “identificar de manera adecuada aquellas facilidades crediticias que no corresponden a obligaciones de Banca de Consumo, así mismo (sic) procederemos a clasificar de manera manual aquellos clientes que mantienen obligaciones vencidas según la relación adjuntada por ustedes”. También indicó que el programa de clasificación automática para los créditos de consumo se implementaría en un mes y que, en adelante, se ajustaría a los criterios de la Resolución SBS n.º 572-97. En relación con las otras discrepancias dijo que se preparó un programa de clasificación automática que estaba en operación “superando así las discrepancias de clasificación existentes”⁴⁷.
61. El 19 de septiembre del 2000, el señor Carlos Quiroz Montalvo envió el Memorándum n.º 25-2000-VIO/NM al señor Edgardo Álvarez Chávez, gerente de División de Negocios de Empresas del **BNM**, para comunicarle lo siguiente: “hemos tomado conocimiento que algunos deudores de la cartera crediticia del Banco han adquirido cuotas de participación del Fondo Multirenta, a través de operaciones crediticias recibidas (inclúyese leaseback)”⁴⁸. El 25 de septiembre el señor Álvarez le respondió al señor Quiroz mediante una extensa misiva, la cual en resumen, indicaba que

⁴⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶ 242.

⁴⁶ Prueba R-273 aportada por la Demandada.

⁴⁷ Prueba R-275 aportada por la Demandada.

⁴⁸ Prueba R-274 aportada por la Demandada.

el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria era independiente económica y administrativamente del **BNM**, que incluía valores mobiliarios inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores y listados en la Bolsa de Valores de Lima, y que las transacciones de las cuotas en el mercado secundario se hicieron conforme con la normativa de la Bolsa⁴⁹.

62. El 28 de septiembre del 2000, el señor Carlos Quiroz Montalvo remitió el Memorándum n.º 27-2000-VIO/NM al señor José Castañeda Trevejo, gerente de Operaciones del **BNM**, en relación con operaciones de créditos vencidos, registrados contablemente como Cartera Vigente hasta el 30 de junio del 2000⁵⁰. El 2 de octubre del 2000, el señor Castañeda remitió la respuesta del **BNM** en la que afirmó que dio las instrucciones necesarias al departamento de Sistemas y Calidad para implementar el cambio necesario; también informó que las fechas de vencimiento registradas en el informe no eran correctas y que los casos de leasing mencionados en el memorándum de la **SBS** estaban en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)⁵¹.

63. El 4 de octubre del 2000, el señor Carlos Quiroz Montalvo, remitió el Memorándum n.º 28-2000-VIO/NM al señor José Castañeda Trevejo, en el cual le informó que, en algunas operaciones, los intereses no percibidos se contabilizaron como ingresos, en contravención de la Resolución SBS n.º 572-97⁵². El 12 de octubre del 2000, los señores José Castañeda y Edgardo Álvarez, del **BNM** le informaron al señor Quiroz que habían coordinado con el área de Sistemas la modificación correspondiente en el “aplicativo de administración de Cuentas [...] el área correspondiente procederá a efectuar la calificación, tomando en consideración la norma 527/97 y sus modificaciones”⁵³.

64. El señor Carlos Quiroz Montalvo envió el 12 de octubre del 2000 el Memorándum n.º 32-2000-VIO/NM al gerente general del **BNM**, el señor José Armando

⁴⁹ Prueba R-276 aportada por la Demandada.

⁵⁰ Prueba R-161 aportada por la Demandada.

⁵¹ Prueba R-163 aportada por la Demandada.

⁵² Prueba R-277 aportada por la Demandada.

⁵³ Prueba R-278 aportada por la Demandada.

Hopkins Larrea, en el cual le manifestó la preocupación de la **SBS** por las operaciones refinanciadas que no fueron identificadas como tales, sino como “Cartera Vigente”⁵⁴. Los señores Eduardo Álvarez Chávez, gerente de Riesgos e Internacional, y Luis Gygax, gerente, le contestaron informándole que el **BNM** estaba tomando medidas para contabilizar correctamente las operaciones refinanciadas y reestructuradas⁵⁵.

65. Durante noviembre del 2000 el **BNM** solicitó créditos “overnight” al **BCR**; el señor Germán Suárez Chávez, presidente del **BCR**, le informó al señor Luis Cortavarría, superintendente de Banca y Seguros, mediante el Oficio EF-n.º 225-2000-PRES del 5 de diciembre del 2000, lo siguiente:

“...la mencionada empresa bancaria viene recurriendo al Banco Central de Reserva desde el 13 de noviembre del 2000 para cubrir su encaje en moneda extranjera y en moneda nacional. Así, para dicho mes, el monto de los créditos otorgados ha sido, en promedio, de US\$67,3 millones por un total de doce días y de S/.97,5 millones por dos días. El 4 de diciembre del 2000 se le otorgó crédito para cubrir los requerimientos de encaje en moneda extranjera por US\$73,0 millones”⁵⁶.

66. A finales de noviembre del 2000, la **SBS** monitoreó los indicadores financieros del **BNM** a diario. Uno de los indicadores considerados fue el índice de liquidez (relación entre los activos líquidos y las obligaciones a corto plazo, que indica si el banco tiene suficientes activos líquidos para cubrir sus obligaciones inmediatas de pago), que era calculado por el **BNM** y reportado a la **SBS**. De acuerdo con la legislación peruana, los bancos deben mantener activos líquidos en moneda local equivalentes al 8% de sus obligaciones a corto plazo y, en moneda extranjera, al 20%⁵⁷. También la **SBS** tomó en cuenta el índice de liquidez ajustado que excluye de los activos líquidos los créditos a corto plazo como los interbancarios y los préstamos del **BCR**. Para noviembre y diciembre del 2000 esa relación cayó en el **BNM** significativamente: en moneda

⁵⁴ Prueba R-164 aportada por la Demandada, página 1.

⁵⁵ Prueba R-166 aportada por la Demandada.

⁵⁶ Prueba R-123 aportada por la Demandada, página 1.

⁵⁷ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 65; Pruebas R-024 y R-037 aportadas por la Demandada.

nacional, en noviembre era de 6,5% y, al 1° de diciembre, de 1,89%; en moneda extranjera era de 9,2% en noviembre y en diciembre llegó al 6,01%⁵⁸.

67. El 22 de noviembre del 2000, los señores Jorge Mogrovejo González, Intendente, y Carlos Quiroz Montalvo, jefe de visita, ambos de la **SBS**, emitieron el Informe de Visita de Inspección n.° DESF “A”-168-VI/2000 (en adelante, el “Informe de Noviembre del 2000”) correspondiente a la visita realizada al **BNM** del 11 de agosto al 13 de octubre del 2000. Según ese informe, el objetivo de la visita fue “la evaluación y determinación del patrimonio real de la empresa bancaria y verificación y evaluación de los procesos que el Banco viene aplicando para la identificación y administración de sus riesgos crediticios. Asimismo, comprendió la verificación selectiva de la consistencia de los resultados y cumplimiento de disposiciones legales; entre otros temas de importancia”⁵⁹. En la sección B, del resumen ejecutivo, denominada Riesgos de Liquidez, el Informe de Noviembre del 2000 dice lo siguiente:

“1. El Banco presenta un altísimo riesgo de liquidez al haberse presentado retiros de depósitos de montos significativos en los últimos meses, principalmente de empresas públicas que han obligado al Banco en lo que va del mes de noviembre a recurrir a operaciones de redescuentos por US\$70,0 millones durante 6 días y a interbancarias recibidas por US\$266,6 millones, que significa un promedio diario de US\$12,6 millones, ello con la finalidad de cubrir las exigencias de encaje. Última información muestra al Banco con una disponibilidad de fondos extremadamente crítica que no le permitiría cumplir normalmente con las cancelaciones de depósitos y otras obligaciones con vencimientos inmediatos.

2. Existencia de una concentración de depósitos en imposiciones pertenecientes a empresas públicas por S/.319 millones (al 31 de agosto del 2000) que significa el 25,5% de los depósitos totales del Banco. Esta situación denota un riesgo potencial de liquidez ante la posibilidad que se concreten eventuales retiros de

⁵⁸ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 67.

⁵⁹ Prueba IV-6 aportada por la Demandante, página 1.

depósitos por montos significativos, como los ocurridos en los últimos meses”⁶⁰.

68. En el Informe de Noviembre del 2000, la **SBS** también indicó:

“Se ha determinado un considerable número de créditos vencidos, refinanciados y reestructurados que se encuentran contabilizados en ‘Cartera Vigente’ por S/. 141,7 millones (US\$40,6 millones), contraviniendo lo establecido en el Plan de Cuentas para Instituciones Financieras. [...] Debiendo señalarse que es reincidente en este tipo de observación, ya que el Informe de Visita de Inspección [...] correspondiente al año 1997, así como en los Informes de Visita de Inspección [...] correspondientes a los años 1998 y 1999, respectivamente, se observó que el Banco tenía operaciones refinanciadas que no fueron registradas contablemente como tales, situación que determinó que por Resolución SBS n.º 0950-99 del 22 de octubre de 1999 se impusiera a la entidad una multa de 20 UITs”⁶¹.

69. En ese mismo informe, la **SBS**, señaló lo siguiente:

“Como resultado de la Evaluación y Clasificación de la Cartera de Créditos, se ha determinado lo siguiente:

Créditos criticados por S/. 728 494 mil, que presentan el 57% de los créditos evaluados y el 35% del total de la cartera...

Cartera pesada...

Discrepancias en la clasificación de la cartera de créditos hacia categorías de mayor riesgo con la realizada por el Banco en 141 deudores con obligaciones por un monto de S/. 587 406 mil, que representan el 46% de la cartera evaluada y el 48% del número de deudores revisados, situación que denota una inadecuada calificación de cartera por parte del Banco, incumpliendo las normas correspondientes. En las discrepancias señaladas prevalecen 94 deudores calificados en las categorías de problemas potenciales (50) y deficientes (44), ambas categorías abarcan el 85% de las mencionadas discrepancias [...] Es

⁶⁰ Ibíd., página 4.

⁶¹ Prueba R-065 aportada por la Demandada, página 3.

importante mencionar que de los 141 deudores discrepantes, 45 registran discrepancias de 2 ó más niveles con la clasificación adecuada de acuerdo con la normatividad vigente, lo que en relación al monto de la deuda discrepante equivale al 22,3%. Esta proporción de discrepancias de los niveles mencionados es superior a la observada en la Visita de Inspección de 1999, la que alcanzó a 12,8%”⁶².

70. El informe mencionado también consignó lo siguiente:

“E. RESULTADO: Se determinó al 30 de junio del 2000 una sobreestimación de los ingresos por intereses de operaciones crediticias vencidas registradas en ‘Cartera Vigente’ y por cuentas corrientes deudoras paralizadas más de 60 días, por un monto de S/.3 877 mil (50% de la utilidad neta a dicha fecha), como consecuencia de procedimientos de sistemas inadecuados aplicados para estas operaciones, que han generado en los estados financieros ingresos que no fueron efectivamente percibidos...

F. AUDITORÍA INTERNA:

La Oficina de Auditoría Interna no ha cumplido sus funciones de control considerando las serias observaciones determinadas por la Superintendencia en la evaluación de la cartera como son los casos de operaciones vencidas, refinanciadas, reestructuradas, todas ellas registradas en Cartera Vigente por un monto total de S/.141,8 millones así como S/.3 877 mil de ingresos correspondientes a operaciones vencidas registrados como vigentes (50% de la utilidad neta)”⁶³.

71. En las conclusiones del resumen ejecutivo de ese informe, la **SBS** indicó lo siguiente:

“Esta Superintendencia ha determinado que la clasificación de la cartera de créditos realizada por el Banco, no se ajusta, en términos generales, a los criterios

⁶² Prueba IV-6 aportada por la Demandante, páginas 10 y 11.

⁶³ Ibíd., página 5.

establecidos en la Resolución SBS n.º 572-97, y normas complementarias, lo que ha ocasionado un requerimiento de provisiones para colocaciones de dudosa cobranza de S/. 79 182 mil, sin embargo; considerando las provisiones efectuadas en los meses siguientes por la cartera comercial, el déficit al 30 de setiembre por dicha cartera disminuiría a S/. 52 975 mil.

Dicho monto sumado a la exigencia de hacer provisiones por los deudores que pasaron a la clasificación de pérdida de la cartera transferida por el D.S. 099-99-EF por S/. 13 038 mil y por el requerimiento de cartera de consumo de S/. 454 mil, determina un déficit de cartera de S/. 66.467 mil, que aunado a los ingresos indebidos por S/. 3877 mil, arroja una pérdida total de S/. 70 344 mil, con lo cual el patrimonio efectivo del Banco al 30 de setiembre del 2000, disminuye en 25,7%. Por lo que, resulta necesario que el Directorio del Banco adopte a corto plazo, las acciones que conlleven a revertir esta situación patrimonial, a fin de no afectar el crecimiento de las operaciones del banco, dentro de los límites legales permitidos”.⁶⁴

72. En la sección V, denominada “Riesgo de Solvencia”, ese informe indicó lo siguiente:

“La solvencia del banco medida a través de los activos y créditos ponderados por riesgo sobre el patrimonio efectivo del Banco al 30 de setiembre del año en curso, determinan una palanca ascendente 8,25 veces, palanca que con respecto a los meses anteriores disminuyó, por el incremento de capital social efectuado por el banco en el mes bajo referencia.

Sin embargo, de considerarse el déficit de provisiones para colocaciones determinado por la visita, el ajuste al 30 de setiembre por las provisiones efectuadas por el Banco ascendente a S/. 57 306 mil, la incorporación de la cartera correspondiente al D.S. 099-99-EF que traería consigo un déficit adicional de S/. 59 813 mil y finalmente el goodwill por S/. 45 138 mil, se llegaría a un patrimonio efectivo de S/. 114,4 millones, por lo que el Banco requeriría un

⁶⁴ Ibíd., página 7.

capital de S/. 111,5 (US\$32 millones), para poder alcanzar una palanca de 10 veces que le permitiría un desenvolvimiento normal de operaciones”⁶⁵.

73. El 24 de noviembre del 2000, los señores Jacques Levy Calvo, presidente ejecutivo, y José Armando Hopkins Larrea, vicepresidente – gerente general, del **BNM**, remitieron el oficio GG-169/2000 al señor Luis Cortavarría Checkley, superintendente de Banca y Seguros, en el cual le indicaron lo siguiente:

“Continuando con las diversas conversaciones que hemos tenido con esa Superintendencia en las últimas semanas, sirva la presente para hacerle llegar nuestra propuesta para efectuar un significativo reforzamiento del Banco Nuevo Mundo.

El Banco Nuevo Mundo [...] conjuntamente con la empresa Inversiones NMB S.A.C. [...] adquirirán como inversión una propiedad inmobiliaria consistente en aproximadamente 200 hectáreas de un proyecto urbanístico [...] El Banco adquiriría una primera y preferente participación en dicho inmueble por un importe de US\$37 MM, el cual sería pagado a Gremco S.A. por el Banco a través de un cheque de gerencia.

Esta inversión haría posible que nuestro accionista, Nuevo Mundo Holding [...] incremente el patrimonio del Banco en US\$37 MM, consistente en un incremento de capital de US\$20 MM en acciones preferentes...

Luego de realizado este incremento patrimonial, el capital del Banco ascendería a la suma aproximada de US\$73MM y las reservas ascenderían a aproximadamente US\$34MM”⁶⁶.

74. Por considerar que los terrenos no eran un sustituto adecuado del ingreso de dinero en efectivo, la **SBS** denegó la propuesta del **BNM**⁶⁷.

75. El domingo 26 de noviembre del 2000 el Ministro de Economía y Finanzas

⁶⁵ Ibíd., página 21.

⁶⁶ Prueba R-283 aportada por la Demandada.

⁶⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 98; Dúplica sobre el Fondo, ¶ 134.

convocó a una reunión de emergencia con el Superintendente y los gerentes de diez bancos de Perú; el **BNM** no fue invitado a la reunión⁶⁸.

76. El 27 de noviembre del 2000, se promulgó el Decreto de Urgencia 108-2000 mediante el cual se creó el **PCSF**⁶⁹. Ese programa estaba “destinado a facilitar la reorganización societaria de las empresas de operaciones múltiples del sistema financiero nacional, programa en el cual el Estado contribuirá con el aporte de Bonos del Tesoro Público y la concesión de una línea de crédito a favor del Fondo de Seguro de Depósitos, siempre y cuando no impliquen un beneficio para los accionistas de las mencionadas empresas participantes”⁷⁰.

77. El 4 de diciembre del 2000, se divulgó por medio de varios correos electrónicos (el Tribunal no pudo precisar la identidad del remitente), un mensaje que informaba de la intervención del **BNM** y sugería el retiro de dinero depositado en ese banco⁷¹.

78. El 5 de diciembre del 2000, el Presidente Ejecutivo del **BNM** solicitó al **BCR** el otorgamiento de un crédito por aproximadamente US\$10 millones; mediante el oficio 225-2000-PRES de ese mismo día, el **BCR** le concedió US\$1,2 millones⁷².

79. El 5 de diciembre del 2000, mediante el oficio 226-2000 PRES, el **BCR** informó a la **SBS** que el **BNM** había sido excluido de la Cámara de Compensación Electrónica por no haber cubierto su saldo multilateral deudor. Ese oficio indicó que “el Banco Nuevo Mundo presentó una posición multilateral deudora de US\$9,2 millones en moneda extranjera y de S/ 4,1 millones en moneda nacional, en tanto que los saldos en sus cuentas corrientes que mantiene en este Banco ascendían a US\$0,1 millones y S/. 1,8 millones, respectivamente. Como resultado, el Banco Nuevo Mundo tenía un déficit de US\$9,1

⁶⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶ 312.

⁶⁹ *Ibíd.*, ¶ 311.

⁷⁰ Prueba R-068 aportada por la Demandada.

⁷¹ Prueba R-172 aportada por la Demandada.

⁷² Memorial sobre el Fondo, ¶ 345.

millones y S/. 2,3 millones”⁷³.

80. Mediante la Resolución n.º 885-2000 del 5 de diciembre del 2000, la **SBS** declaró que el **BNM** se sometía al régimen de intervención y designó a los señores Carlos Quiroz Montalvo y Manuela Carrillo Portocarrero como interventores⁷⁴.
81. Durante los años 1999 y 2000 la **SBS** intervino al Banco Banex, Banco Orion, Banco Serbanco y NBK Bank⁷⁵ y declaró la disolución y liquidación de esas entidades bancarias⁷⁶.
82. Mediante la Resolución n.º 900-2000, el 11 de diciembre del 2000, la **SBS**, resolvió presentar una denuncia penal ante el Ministerio Público contra las personas responsables del anuncio de la intervención del BNM y que sugirieron el retiro de sus depósitos del banco. Ese mismo día, la **SBS** presentó la denuncia n.º 081-00⁷⁷.
83. El señor Jorge Mogrovejo González, Superintendente Adjunto de Riesgos, manifestó que “cuando el equipo de la SBS llegó al local del BNM alrededor de las 15:00 hrs. el 5 de diciembre del 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”⁷⁸.
84. El 27 de diciembre del 2000 **PwC** (empresa encargada de la auditoría del **BNM**) presentó a la Gerencia General de ese Banco un informe de avance sobre la auditoría de los estados financieros del ejercicio que finalizó el 31 de diciembre del 2000 (en adelante, “el Informe de Avance”). Esa empresa realizó “la revisión preliminar de la evaluación de la cartera de colocaciones al 30 de setiembre del 2000 así como las observaciones contables identificadas en forma preliminar durante nuestra visita realizada en la segunda

⁷³ Prueba IV-9 aportada por la Demandante.

⁷⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶ 363; Prueba IV-15 aportada por la Demandante.

⁷⁵ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 110, Pruebas R-042, R-052, R-059 y R-076 aportadas por la Demandada.

⁷⁶ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 113, Pruebas R-048, R-053, R-060 y R-092 aportadas por la Demandada.

⁷⁷ Prueba R-172 aportada por la Demandada.

⁷⁸ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 82; Pruebas R-074 y R-075 aportadas por la Demandada; Declaración Testimonial del señor Jorge Mogrovejo, Prueba RWS-001 aportada por la Demandada.

quincena del mes de octubre del 2000 [...] las observaciones contables fueron identificadas tomando como referencia los saldos al 30 de setiembre del 2000 y, por lo tanto, este informe de avance no expresa una opinión total ni parcial sobre la razonabilidad de los estados financieros del Banco a dicha fecha”⁷⁹.

85. El Informe de Avance indicó lo siguiente:

“1.1. Discrepancias en la clasificación de deudores-

En nuestra evaluación preliminar de la cartera de colocaciones del Banco al 30 de setiembre del 2000, sobre una muestra de 110 clientes hemos determinado discrepancias en la clasificación de 52 deudores. Esta situación podría originar un déficit en la provisión para colocaciones a dicha fecha de aproximadamente S/.47,816,000”.⁸⁰ En ese mismo informe **PwC** dijo: “En diciembre del 2000 se ha procedido a ajustar la reserva para colocaciones aumentando la provisión correspondiente en S/.80.9 millones, dando efecto a la observación de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) en su informe de visita de inspección n.º DESF “A”-168-VI/2000 de fecha 27 de noviembre del 2000”⁸¹.

86. En relación con las operaciones refinanciadas, **PwC** indicó en el Informe de Avance lo siguiente: “Al 30 de setiembre del 2000, ciertas operaciones de retroarrendamiento financiero destinadas a refinanciar colocaciones vencidas se presentan en los estados financieros del Banco como créditos vigentes”⁸².

87. En el informe del 5 de marzo del 2001 de **PwC**, referente a la auditoría de los balances generales del **BNM** al 31 de diciembre del 2000 y al 31 de diciembre de 1999 (en adelante, el “Informe Final de Auditoría”), esa empresa indicó que el Banco tenía S/.167 821 000 en créditos refinanciados y reestructurados para el año 2000, mientras que para 1999 fueron S/.33 545 000. Además, tenía créditos vencidos y en cobranza judicial

⁷⁹ Prueba R-173 aportada por la Demandada, página 1.

⁸⁰ *Ibíd.*, página 2.

⁸¹ *Ibíd.*, página 2.

⁸² *Ibíd.*, página 3.

para 2000 por S/.394 187 000 mientras que en 1999 eran de S/.62 686 000⁸³.

88. El Informe Final de Auditoría fue entregado a la **SBS** el 11 de julio del 2001⁸⁴. Sobre la cronología de la auditoría realizada, el señor Arnaldo Alvarado, socio de PricewaterhouseCoopers, declaró lo siguiente:

“En conformidad con las normas ISA 560, PwC evaluó acontecimientos nuevos e información nueva que surgieron luego de la finalización del ejercicio fiscal del BNM. Si dichos eventos o información subsiguientes revelaron la verdadera condición de los activos del BNM durante el ejercicio fiscal de 2000, nuestra opinión es que dicha información debería haber sido reflejada o revelada en los estados financieros del BNM a fecha de diciembre de 2000. Cuando finalizamos nuestro trabajo de campo, el 5 de marzo de 2001, finalizamos nuestra revisión exhaustiva de los activos del BNM, y también dimos por terminada nuestra investigación de los eventos o la información posteriores. Por lo tanto, en nuestro informe de auditoría definitivo incluimos eventos o información subsiguiente que surgió entre enero y marzo de 2001; pero luego de marzo de 2001, nuestra revisión se limitó a verificar que los interventores de la SBS realizaran las modificaciones que habíamos recomendado. La gerencia del BNM no nos informó sobre la existencia de ningún evento o información con posterioridad al 5 de marzo de 2001”⁸⁵.

89. Según la sección 15 del Informe Final de Auditoría denominada “Pérdida o utilidad neta por acción” al 31 de diciembre del 2000, la pérdida neta fue de S/.328 875 000⁸⁶.

90. El 11 de abril del 2001, se emitió el Decreto de Urgencia 044-2001 (en adelante, el Régimen Especial Transitorio) el cual agregó al artículo 3 del Decreto de Urgencia

⁸³ Prueba R-080 aportada por la Demandada, página 13.

⁸⁴ Prueba R-236 aportada por la Demandada.

⁸⁵ Segunda Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, Prueba RWS-013 aportada por la Demandada, ¶ 21.

⁸⁶ Prueba R-080 aportada por la Demandada, página 33.

n.° 108-2000 un párrafo que dispone que las empresas del sistema financiero sometidas al Régimen de Intervención, cuya transferencia sea promovida por la respectiva CEPRE, serán sometidas por la **SBS** a un Régimen Especial Transitorio⁸⁷.

91. El 18 de abril del 2001, mediante la Resolución n.° 284-2001 la **SBS** sometió al **BNM** al Régimen Especial Transitorio⁸⁸.

92. El 30 de mayo del 2001, el **BNM**, representado por la **SBS** y el Banco Interamericano de Finanzas (BIF) firmaron un “Acuerdo de Transferencia Definitiva de Bloque Patrimonial en el Ámbito del Proceso de Reorganización Societaria”⁸⁹. Según la regulación del **PCSF**, el BIF utilizaría los fondos de ese programa para cubrir las pérdidas que sufriera como resultado de la transferencia. En la sección 3 de ese Acuerdo se indicó que la transferencia se condicionaría al resultado y a las conclusiones de valorización a las que llegara la sociedad de auditoría Medina, Zaldivar y Asociados sobre el **BNM**. En la sección 8 se estableció que el BIF podía resolver el Acuerdo después de que la empresa de auditoría indicada presentara su informe, si los recursos del **PCSF** resultaban insuficientes para cubrir el déficit patrimonial⁹⁰.

93. El 28 de junio del 2001 la **SBS** emitió la Resolución n.° 509-2001 (publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 13 de julio de ese mismo año), mediante la cual la **SBS** modificó el estatuto social del **BNM** para que en su artículo quinto dijera: “El capital social de la sociedad es de S/.0.00 (cero y 00/100 Nuevos Soles)”⁹¹.

94. El 26° Juzgado Civil de Perú, como resultado de la “medida cautelar fuera de proceso” presentada por **NMH** contra el **MEF** y la **SBS**, designó a los señores Carlos Roberto Cardoza Maúrtua, Luis Esteban Sánchez Cáceres y Tomás Alejandro Morán Ortega como Curadores Administradores Judiciales del **BNM**, del 21 de julio al 6 de agosto del 2001. Los indicados Curadores presentaron su informe el 29 de agosto del

⁸⁷ Prueba R-081 aportada por la Demandada.

⁸⁸ Prueba IV-20 aportada por la Demandante.

⁸⁹ Prueba R-086 aportada por la Demandada.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Prueba IV-25 aportada por la Demandante.

2001, mediante la Resolución n.º 56⁹².

95. En ese informe de los Curadores, se señala, en resumen, lo siguiente: el Gerente General del **BNM** y el Presidente del Directorio continuaban en esas fechas, en funciones, y el banco mantenía, básicamente, la misma planilla generando gastos mensuales por US\$900.000,00, por lo que los Curadores pusieron fin a la relación laboral con algunos de los funcionarios. El banco mantenía abiertas las mismas agencias; cuando algunas podrían haberse cerrado temporalmente para lograr un ahorro en gastos administrativos. Agregaron que la determinación de las pérdidas del ejercicio del 2000 y los ajustes aplicados para registrarlas al 17 de julio del 2001 eran contrarias a las prácticas contables y de auditoría, las cuales no admiten la retroactividad. Indica también el informe que al corte final de su intervención como curadores, los fondos disponibles del **BNM** eran de US\$87,30 millones. Los Curadores criticaron la política de retribución de intereses a los depositantes con tasas más altas que las del sistema financiero nacional y señalaron que, a partir de marzo del 2001, se apreció una reducción del ritmo de cobranzas y un deterioro de los indicadores crediticios. También criticaron los controles relacionados con el otorgamiento, refinanciación, evaluación y clasificación de la cartera de colocaciones y concluyeron que en el **BNM** “se aplicaron en los últimos meses medidas no adecuadas, creando un alto nivel de provisiones”⁹³.

96. El 17 de septiembre del 2001, los accionistas del **BNM** publicaron un aviso en el periódico *El Comercio*; en él plantearon “una propuesta de solución integral que implica para nosotros el seguir invirtiendo por el desarrollo del país, que es menos costosa para el Estado, que permite se complete la devolución de los depósitos a nuestros ahorristas, que evita se pierdan las líneas de crédito que nos otorgaron nuestros banqueros del exterior [...], permite devolver las inversiones que nos confiaron amigos y clientes [...] que, en definitiva, es mejor en términos económicos y sociales que la pretendida transferencia de bloques patrimoniales del Banco del Nuevo Mundo al BIF, pues representa un ahorro para el Estado de US\$277.3 millones, [...] incluye la capacidad del Estado de recuperar su

⁹² Prueba III-6 aportada por la Demandante.

⁹³ *Ibíd.*, páginas 4 a 7, 9, 12, 13 y 15.

inversión en Bonos Subordinados por US\$63.3 millones”⁹⁴. En ese aviso los accionistas propusieron que Perú aportara, por diversos medios, US\$192,6 millones y que los accionistas actuaran mediante un “repago y/o refinanciación de Adeudados a bancos locales y del exterior, y restitución de líneas de crédito”. La propuesta también incluía la incorporación de un operador bancario internacional, quien contra la cesión de la participación en el patrimonio del banco, aportaría un total de US\$342,4 millones.

97. El 23 de septiembre del 2001 el señor Jacques Levy Calvo en nombre de **NMH** planteó al **MEF** una propuesta “de solución al problema surgido con la intervención del Banco Nuevo Mundo”⁹⁵. Esa propuesta implicaba “el levantamiento de la intervención del Banco y el retorno a operaciones, para lo cual los accionistas del BNM se harían cargo del íntegro de la deuda de la institución. Con ello, se permitiría la devolución de los depósitos a los ahorristas, el recupero por parte del Estado de los depósitos de las empresas públicas y de su inversión en bonos subordinados del Banco [...] los accionistas del BNM aportarían US\$342 millones, incorporando a un operador bancario internacional al accionario del Banco[...] el Estado emitiría bonos subordinados a 10 años – redimibles a partir del quinto año o convertibles en acciones preferentes del BNM – por US\$63 millones y se emplearía (sic) US\$126 millones del fondo establecido para el Programa de Consolidación del Sistema Financiero del D.U. 108-2000, que luego los accionistas del Banco repagarían”⁹⁶.

98. El 18 de octubre del 2001 la sociedad de auditoría Medina, Zaldivar y Asociados presentó su “Informe sobre el Examen de Ciertos Rubros del Balance General del Banco Nuevo Mundo en Régimen Especial Transitorio al 30 de Abril del 2001”⁹⁷. En ese informe se indicó que los procedimientos aplicados no constituían una auditoría de los estados financieros del **BNM**, una tasación de los activos y pasivos del banco ni una revisión de los controles internos del Banco⁹⁸.

⁹⁴ Prueba R-184 aportada por la Demandada.

⁹⁵ Prueba II-40 aportada por la Demandante.

⁹⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 442 y 443.

⁹⁷ Prueba I-3 aportada por la Demandante.

⁹⁸ *Ibíd.*, página 2.

99. El 18 de octubre del 2001, mediante la Resolución n.º 775-2001 la **SBS** declaró la disolución y liquidación del **BNM**⁹⁹. En los considerandos de esa resolución, la **SBS** se refirió a la valorización del **BNM** hecha por la sociedad de auditoría Medina, Zaldivar y Asociados, revisada por **PwC**, en la que se determinó que el **BNM** tenía un saldo negativo de US\$222 517 000, que excedía de 1,5 veces su patrimonio contable al 30 de noviembre del 2000. Ese monto hubiera tenido que ser cubierto con fondos del **PCSF**, pero excedía en US\$5 678 000 el límite máximo¹⁰⁰.
100. El 19 de octubre del 2001 la **SBS** emitió un comunicado en el que informó que “dos sociedades de auditoría, de reconocido prestigio internacional, han realizado la valorización del Banco Nuevo Mundo al 30 de abril del 2001, a fin de determinar el patrimonio del banco y consecuentemente proyectar la participación del Estado y del Fondo de Seguro de Depósitos (FSD) en el mencionado proceso [...] [e]l resultado final de la valorización preparada y revisada por las dos firmas auditoras, arroja un valor negativo de US\$217 millones [...] [que] se ve incrementado a US\$222,5 millones al agregársele las pérdidas operativas [...] consecuentemente de acuerdo a ley, la SBS ha decretado la liquidación del Banco Nuevo Mundo”¹⁰¹.
101. El 29 de octubre del 2001, la **SBS** emitió el Informe n.º DESF “A” 105/OT-2001 denominado “Evolución de los Depósitos del Banco Nuevo Mundo, Informe de Liquidez” (en adelante, el “Informe de Depósitos”).
102. El Informe de Depósitos indica que el **BNM** “registraba en dic-99 depósitos totales del orden de US\$287,1 millones, monto que se incrementó fuertemente debido a la agresiva política del banco Nuevo Mundo por captar nuevos depósitos; así a marzo-00 los depósitos ascendieron a US\$327,8 millones y en julio-00 alcanza (sic) el monto más elevado de su historia US\$366,9 millones”¹⁰².
103. Este informe también señala que el **BNM** recurrió a redescuentos con el BCR “a

⁹⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 446.

¹⁰⁰ Pruebas IV-26 aportada por la Demandante y R-090 aportada por la Demandada.

¹⁰¹ Prueba V-42 aportada por la Demandante.

¹⁰² Prueba R-091 aportada por la Demandada, página 1.

partir del 13.11.00 por US\$70 millones para poder cubrir sus requerimientos de encaje”¹⁰³. “Durante el año 99 y mar-00, los depósitos públicos en el Banco Nuevo Mundo mostraron una tendencia creciente, pasando de US\$91,7 millones en dic-98 a US\$128,4 millones en mar-00. A partir de marzo-00 los depósitos públicos se movieron en una banda entre US\$90 millones y US\$125 millones, pero siempre representaron más del 30% de los depósitos del Banco Nuevo Mundo, siendo su promedio histórico de 32%”¹⁰⁴.

104. En relación con los depósitos del sector público, el Informe de Depósitos señaló lo siguiente: “En oct-00 y en nov-00 se reducen en US\$24,7 millones y en US\$7,7 millones, respectivamente”¹⁰⁵. Más adelante indica que “a ago-00 concentraba el 8,4% del total de recursos del sector público y a nov-00 la concentración se ubicó en 8,1%, tan sólo 0,3% de diferencia”. “Por su parte los depósitos privados mostraron una tendencia creciente desde febrero-00 hasta jul-00 donde alcanza un pico de US\$257,2 millones [...] los depósitos privados se contraen fuertemente especialmente en set-00, en US\$25 millones, en nov-00 se reducen en US\$60 millones y los primeros tres días de diciembre se producen retiros privados por US\$27 millones”¹⁰⁶. “En consecuencia, entre el 31 de julio y el 05 de diciembre del 2000, los depósitos privados se redujeron en US\$109 millones y los depósitos públicos en tan sólo US\$13 millones”¹⁰⁷.

105. El Congreso de la República del Perú realizó una investigación sobre el caso del **BNM**. Con ese fin, se conformó la **Subcomisión**, cuyo Informe Final fue emitido el 21 de enero del 2002¹⁰⁸.

106. En resumen, el informe de la **Subcomisión** llega a las siguientes conclusiones:

1. La información que el Superintendente le dio a la **Subcomisión** y el Informe de Visita de la **SBS** del 22 de noviembre del 2000 tienen inconsistencias. 2. El

¹⁰³ Ibid., página 2.

¹⁰⁴ Ibid., página 3.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid., página 5.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶ 332.

Superintendente se contradijo en lo referente a los Bonos DU-108-2000. 3. El Superintendente no explicó por qué usó los medios de comunicación para evitar el pánico financiero en el **BNM**. 4. La **SBS** se precipitó al intervenir al **BNM**; además, ese órgano podría haber patrocinado y coordinado la utilización de créditos de regulación monetaria para ayudar al **BNM** o propiciar que el **BCR** lo apoyara con un redescuento de US\$15 millones. 5. Los Administradores Judiciales informaron que los interventores del **BNM** estaban afectando el valor económico y el proceso de recuperación de activos del **BNM**. 6. Desde el 5 de diciembre del 2000 hasta el 30 de septiembre del 2001 el **BNM** logró una recuperación de la cartera por un monto de US\$139,8 millones. 7. La Superintendencia no fue transparente con la Subcomisión, no entregó información o lo hizo de manera parcial o extemporánea. 8. “La simple valorización contable dispuesta por el Superintendente de Banca y Seguros es objetable técnicamente”. 9. “La aplicación de estos conceptos contables inusuales e improcedentes y el proceder discrecional y discriminatorio de la Superintendencia de Banca y Seguros en el caso del Banco Nuevo Mundo han generado para el Estado Peruano una contingencia de varias decenas de millones de dólares e inclusive afectan el repago de las imposiciones de los depositantes”. 10. “La Superintendencia [...] ha incurrido en negligencia al no cumplir con su responsabilidad de supervisión consolidada de conglomerados financieros, como era el Banco Nuevo Mundo”¹⁰⁹.

107. La **Subcomisión** emitió varias recomendaciones, entre ellas, que el Poder Ejecutivo nombrara a un nuevo Superintendente quien debía abocarse a investigar imparcialmente lo sucedido y que la Comisión de Economía del Congreso debía evaluar la pertinencia de dirigirse al **MEF** para que paralizara el proceso de liquidación del **BNM**¹¹⁰.

108. El 16 de abril del 2002, la **SBS** elaboró el Informe n.º 01-2002-DESF-A referente al levantamiento de los gravámenes que afectaban algunas propiedades de GREMCO S.A. En ese informe se indicó que en septiembre del 2000, GREMCO S.A. solicitó

¹⁰⁹ Prueba I-6 aportada por la Demandante, páginas 17 y siguientes.

¹¹⁰ *Ibíd.*

liberar un inmueble de una hipoteca que lo afectaba y que el Gerente General y el Primer Vicepresidente del **BNM** levantaron en forma parcial el gravamen; el 6 de septiembre del 2000 se suscribió la respectiva escritura de cancelación y levantamiento de la hipoteca. Agrega el informe que la Junta de Accionistas del **BNM** acordó levantar varias hipotecas que gravaban otros bienes de GREMCO S.A. y que la hipoteca constituida sobre un terreno ubicado entre las playas La Herradura y La Chira, por US\$14.942.088,96, también se usara para garantizar unas deudas de la Compañía Hotelera los Delfines S.A y de la empresa denominada De Fábrica S.A¹¹¹.

109. El 23 de octubre del 2002, el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima dictó la resolución 18 en el expediente 3787-2001, en el que se tramitó una acción de amparo presentada por **NMH** contra la **SBS** y el señor Luis Cortavarría Checkley. El Juzgado declaró inaplicable la Resolución n.º 509-2001 (referida en el párrafo 93 anterior) e indicó que la **SBS** debía expedir una nueva resolución de conformidad con sus atribuciones y según lo indicado en esa sentencia¹¹².

110. La **SBS** nombró al consorcio denominado “Define-Dirige-Soluciones en Procesamiento” como liquidador del **BNM** y el 3 de febrero del 2003 se firmó el contrato correspondiente. Al vencerse ese contrato, el 4 de febrero del 2009, la **SBS** nombró al señor Yuri Martínez para realizar la misma función¹¹³.

111. El 11 de agosto del 2003, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó una resolución en el expediente número 1794-02 mediante la cual confirmó lo resuelto por el Juzgado (párrafo 109 anterior) pero, revocó el extremo que ordenó a la **SBS** expedir una nueva resolución¹¹⁴.

112. El 12 de julio del 2005, el señor David Levy Pessoa cedió, a título gratuito, sus acciones de la empresa Holding XXI S.A. a su hija, la **Demandante** en el presente caso,

¹¹¹ Prueba R-191 aportada por la Demandada, páginas 2 a 4.

¹¹² Prueba III-7 aportada por la Demandante.

¹¹³ Memorial sobre Jurisdicción, ¶102 y Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 251.

¹¹⁴ Prueba III-8 aportada por la Demandante.

la señora Renée Rose Levy¹¹⁵.

113. El 26 de julio del 2005, los señores Isy y Jacques Levy Calvo suscribieron el documento denominado “Ratificación de la cesión de derechos políticos” el cual, en sus “antecedentes” expresa lo siguiente:

“Por Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la compañía Corporación XXI Ltd. del 28 de enero de 1999, LOS CEDENTES [señores Isy y Jacques] en el referido documento, acordaron una cesión de derechos políticos a favor de EL ACCIONISTA, el Sr. David Levy Pesso.

Asimismo, en dicha cesión de derechos políticos LOS CEDENTES, acordaron que EL ACCIONISTA, en su calidad de cabeza del Grupo Levy [...] mantendría y gozaría de estos derechos políticos, no sólo en Corporación XXI Ltd, sino también en todas aquellas compañías existente y/o futuras donde los tres accionistas participen en los negocios familiares.

Posteriormente con fecha 12 de julio de 2005, el Sr. David Levy Pesso cedió a título gratuito la totalidad de sus acciones y derechos que mantenía sobre la empresa Holding XXI, a favor de la Sra. Renée Rose Levy, asumiendo de esta manera la titularidad de los derechos políticos en las mismas condiciones en que le fueron otorgadas a su padre el Sr. David Levy Pesso”¹¹⁶.

114. El segundo párrafo de la cláusula segunda de ese documento expresa:

“LOS CEDENTES, de manera expresa e irrevocable manifiestan su conformidad, así como de ratificar y mantener los acuerdos celebrados en relación al alcance de la cesión de los derechos políticos de las acciones bajo su propiedad en las empresas y compañías del Grupo Levy a favor de la sucesora en la toma de decisiones, Sra. Renée Rose Levy.

Las partes reiteran que LA ACCIONISTA [Sra. Renée Levy] por lo antes indicado goza sin limitación o condicionamiento alguno y por tiempo indefinido,

¹¹⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶ 3 y 115.

¹¹⁶ Prueba II-45 aportada por la Demandante, página 1.

el universo de los derechos políticos correspondientes al total del paquete de acciones que cada uno detenta en las compañías del Grupo Levy”¹¹⁷.

115. El 11 de noviembre del 2005, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, dictó la sentencia número 473-2000 en la que rechazó la acción que interpuso el **NMH** contra la Resolución n.º 775-2001 que decretó la disolución y liquidación del **BNM** (párrafo 99 anterior)¹¹⁸.

116. El 11 de octubre del 2006, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente dictó la sentencia número 509-2006, mediante la cual confirmó la sentencia mencionada en el párrafo anterior¹¹⁹.

117. En la siguiente sección el Tribunal describirá las posiciones de las partes en relación con el tema de la jurisdicción del Centro y la competencia de este Tribunal. En primer lugar, se referirá a los argumentos expuestos por **Perú** y luego a la respuesta a ellos dada por la **Demandante**; posteriormente, resolverá sobre los planteamientos de ambas.

III. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN

A. Posición de la Demandada

118. La **Demandada** presentó su Memorial sobre Jurisdicción, en el que expuso los siguiente argumentos:

- a. La **Demandante** no es una “inversionista” protegida por el **APPRI**, porque adquirió su participación indirecta en el **BNM** “demasiado tarde”, casi cinco años luego de los hechos en los que basa la demanda. Cuando el **BNM** fue intervenido, la **Demandante** no tenía ninguna relación con el banco ni con la disputa surgida entre las partes. La señora Renée Levy se involucró en este asunto cinco años después de que el **BNM**

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶ 469.

¹¹⁹ *Ibíd.*, ¶ 479.

fue intervenido, al recibir una participación minoritaria e indirecta en ese banco de manera gratuita¹²⁰.

- b. La participación que adquirió la **Demandante** no tenía la condición de “inversión” según el **APPRI**. El 12 de julio del 2005, el **BNM** carecía de valor y se confirmó que era ilíquido e insolvente el día que la **SBS** intervino, el 5 de diciembre del 2000. La participación de la **Demandante** en el **BNM** “nunca tuvo valor alguno”¹²¹.
- c. La participación de la **Demandante** en el **BNM** tampoco califica como una “inversión” según el **Convenio CIADI**. Con el fin de determinar que esa participación reúne los requisitos para ser considerada una inversión, el Tribunal debe determinar ciertos elementos fundamentales: 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 anfitrión¹²².
- d. **Perú** considera, además, que hay un abuso del proceso por parte de la **Demandante**. Para **Perú**, cualquiera que fuera la participación que adquirió la **Demandante**, al 2005, no tenía ningún valor. La cesión de las acciones en el **BNM** no fue más que un intento de “manufacturar jurisdicción sobre la reclamación”¹²³.

119. En relación con el primer argumento mencionado en el párrafo anterior (la **Demandante** no es inversionista protegida por el **APPRI**), **Perú** se refirió al caso *Phoenix Action c. La República Checa*, en el que se dijo que “las reclamaciones de tratados bilaterales de inversión no pueden basarse en actos y omisiones que hayan ocurrido antes de haberse realizado la inversión” [traducción del Tribunal]¹²⁴. **Perú** afirmó que la **Demandante** no era una inversionista protegida cuando el **BNM** fue intervenido el 5 de diciembre del 2000¹²⁵. Además, señaló que el 27 de enero de 1997 el

¹²⁰ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 117.

¹²¹ *Ibid.*, ¶ 118.

¹²² *Ibid.*, ¶ 119.

¹²³ *Ibid.*, ¶ 120.

¹²⁴ *Phoenix Action Ltd. c. La República Checa* (Caso CIADI n.º ARB/06/5), Laudo, 15 de abril del 2009 (en adelante, “*Phoenix Action*”), ¶ 68.

¹²⁵ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 123.

señor David Levy y sus hijos constituyeron Corporación XXI en Bahamas para que actuara como sociedad de control del **BNM**, pero que la **Demandante** no tenía, directa o indirectamente, ninguna acción en esa sociedad o en el **BNM** en esa fecha¹²⁶ ni tampoco en **NMH**, titular del 99,99% de las acciones del **BNM**¹²⁷. El 12 de julio del 2005, el señor David Levy decidió endosar sus acciones a título gratuito a favor de la **Demandante**¹²⁸. Asimismo, la **Demandante** esperó cinco años más para iniciar este arbitraje¹²⁹. Concluyó, sobre este tema, que la **Demandante** estaba procurando obtener la protección del **APPRI** en relación con hechos que ocurrieron en momentos en que ella no era inversionista en el **BNM** y, por lo tanto, no es una inversionista protegida por el **APPRI**¹³⁰.

120. Sobre el segundo argumento (la participación adquirida no tiene la condición de inversión protegida por el **APPRI**), **Perú** alegó que, aunque el **APPRI** no define la palabra “activo”, comúnmente se entiende que se trata de algo que tenga valor y, por lo tanto, el **APPRI** requiere que la **Demandante** sea dueña de un bien con algún valor, a fin de tener una inversión cubierta por ese tratado¹³¹. **Perú** señaló que “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 [...] 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”¹³². También afirmó Perú que, como la **Demandante** recibió su participación sin contraprestación de su parte, ese hecho demuestra la carencia de valor de mercado del banco en ese momento; según **Perú**, “[l]a **Demandante** y su padre sabían muy bien que BNM no tenía valor en 2005”¹³³. Concluyó que, al no ser la participación de la **Demandante** un activo protegido por el **APPRI**, el Tribunal carece de competencia para resolver la presente diferencia.

¹²⁶ Ibid., ¶ 127.

¹²⁷ Ibid., ¶¶ 128 y 130.

¹²⁸ Prueba R-100 aportada por la Demandante.

¹²⁹ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 132.

¹³⁰ Ibid., ¶ 133.

¹³¹ Ibid., ¶ 134.

¹³² Ibid., ¶ 138.

¹³³ Ibid., ¶ 139.

121. En relación con el tercer argumento (la participación no es una inversión conforme con el Convenio CIADI), **Perú** afirmó, con base en el caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, que una inversión según el artículo 25 (1) del **Convenio CIADI** debe cumplir los siguientes criterios: compromiso sustancial de recursos propios del inversionista; una asunción de riesgo; cierta duración de la actividad y un aporte al desarrollo económico del país anfitrión¹³⁴. Además agregó **Perú** que, en el caso *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, el Tribunal habló de una inversión de cierta duración, regularidad de ganancia y rentabilidad, asunción de riesgo, compromiso sustancial e importancia para el desarrollo del país anfitrión¹³⁵. También señaló que cuando la **Demandante** adquirió su participación indirecta en el **BNM**, el banco no estaba operando, se encontraba en proceso de liquidación y no había ninguna posibilidad de revivir sus actividades económicas; por lo tanto, la **Demandante** no hizo aporte alguno, no asumió riesgos, su supuesta inversión no tuvo ninguna duración ni contribuyó al desarrollo económico de **Perú**¹³⁶.

122. **Perú** afirmó, con base en lo resuelto en otros arbitrajes, que para que exista una inversión, se deben invertir recursos propios y existir una real intención de desarrollar operaciones económicas¹³⁷. En este caso “[n]o existe absolutamente ningún indicio de una intención real por parte de la **Demandante** de desarrollar las actividades económicas del BNM [...] habría sido imposible [...] 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”¹³⁸.

123. En relación con el cuarto argumento (abuso del proceso), **Perú** manifestó que el principio de buena fe cuenta con reconocimiento de larga data en el derecho internacional

¹³⁴ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI n.º ARB/00/4), Decisión sobre jurisdicción, 23 de julio del 2001 (en adelante, “*Salini Costruttori*”), ¶ 52.

¹³⁵ *Fedax N.V. c. República de Venezuela* (Caso CIADI n.º ARB/96/3), Decisión del Tribunal sobre las excepciones a la jurisdicción, 11 de julio de 1997, ¶ 43; Memorial sobre jurisdicción, ¶¶ 140 y 141.

¹³⁶ Memorial sobre Jurisdicción., ¶ 142.

¹³⁷ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República del Líbano* (Caso CIADI n.º ARB/07/12), Decisión sobre jurisdicción, 11 de septiembre del 2009, ¶ 84; *Phoenix Action*, nota anterior 124, ¶ 119.

¹³⁸ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 146.

público y que varios tribunales del **CIADI** han declarado que no hay jurisdicción cuando el **Demandante** ha actuado de mala fe o ha abusado en alguna forma del proceso según lo dispuesto en el **Convenio CIADI**¹³⁹.

124. **Perú** afirmó, además, que la conclusión del Tribunal Arbitral del caso *Phoenix Action* se aplica a este asunto. El Tribunal sostuvo en dicho caso que la transferencia de acciones no había sido una inversión económica, sino un “reordenamiento de activos dentro de una familia para obtener acceso a la jurisdicción del CIADI” [traducción del Tribunal]¹⁴⁰. **Perú** destacó que, cuando la **Demandante** recibió su participación indirecta, no tenía planes ni posibilidad alguna de revivir al **BNM** como empresa activa. Según **Perú** “[l]a única explicación lógica del endoso de las 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”¹⁴¹.

125. **Perú** también alegó que el Tribunal no podía emitir una decisión en el presente caso porque, en el fondo, la **Demandante** pedía al Tribunal que cuestionara *a posteriori* las razones de las normas adoptadas y las acciones tomadas en línea con dichas normas por Perú. “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”¹⁴². **Perú** afirmó que la **SBS** había actuado razonablemente para proteger a los depositantes del **BNM**, al público y al sistema bancario, había adoptado las medidas necesarias para impedir el tipo de pánico que se había generado respecto de otros bancos y siguió el mandato expreso de

¹³⁹*Phoenix Action*, nota anterior 124, ¶¶ 106-112; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador* (Caso CIADI n.º ARB/03/26), Laudo, 2 de agosto del 2006, ¶ 230; *Mobil Corporation y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI n.º ARB/07/27), Decisión sobre jurisdicción, 10 de junio del 2010, ¶¶ 184-185; *Europe Cement Investment y Trade S.A. c. República de Turquía* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/07/2), Laudo, 13 de agosto del 2009, ¶¶ 171-175; *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. República de Turquía* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/06/2), Laudo, 17 de septiembre del 2009, ¶ 159; Memorial sobre Jurisdicción., ¶¶ 157 y 158.

¹⁴⁰*Phoenix Action*, nota anterior 124, ¶ 140.

¹⁴¹ Memorial sobre Jurisdicción, ¶¶ 159 y 160.

¹⁴² *Ibíd.*, ¶ 162.

ley¹⁴³.

126. Además manifestó **Perú** que si el Tribunal decidía que tenía jurisdicción y analizaba el asunto de fondo, crearía un precedente grave y abriría la posibilidad de que se presentaran centenares de demandas por parte de bancos en quiebra, con lo cual la jurisdicción del **CIADI** estaría efectivamente expandiéndose más allá de las disputas sobre inversiones¹⁴⁴.

127. **Perú** concluyó:

“... el Tribunal tiene ante sí un caso en el que se le pide reemplazar con su propio criterio 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”¹⁴⁵.

“... 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 fuera 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”¹⁴⁶.

¹⁴³ Ibid., ¶ 163.

¹⁴⁴ Ibid., ¶ 166.

¹⁴⁵ Ibid., ¶ 164.

¹⁴⁶ Ibid., ¶ 165.

B. Posición de la Demandante

128. La **Demandante** afirmó que la transferencia de acciones fue un acto legítimo y realizado de buena fe, debido al progresivo deterioro de la salud del señor David Levy¹⁴⁷; no se hizo con el propósito de obtener acceso al **CIADI**, sino de prolongar una continuidad en la nacionalidad extranjera protegida por el **APPRI**¹⁴⁸.
129. La **Demandante** consideró que el análisis de la calidad de inversionista protegido se centra en verificar si se cumplen los requisitos del *Ius Standi*: analizar si existía un inversionista protegido cuando se afectó la inversión; determinar la existencia de una cesión legítima del derecho adquirido (facultad de reclamar ante el **CIADI** en virtud del **APPRI**) a favor de un tercero y verificar si existió un abuso del proceso¹⁴⁹. En su escrito del 22 de enero del 2013, posterior a la audiencia, además, la **Demandante** expresó que el **APPRI** no establece requisito o limitación alguna en el sentido de que el inversionista inicial tenga que ser necesariamente el **Demandante** ante el CIADI; y que es válido ceder los derechos sobre una inversión (lo que incluye la facultad de presentar una demanda arbitral por los daños sufridos por el inversionista inicial y cedente), ya que es posible ceder el *Ius Standi*¹⁵⁰.
130. Además, la **Demandante** afirmó que “donde no se configure un abuso del proceso, los Tribunales Arbitrales resultan competentes para resolver las controversias nacidas de actos estatales que ocurrieron previamente a la transferencia, así como aquellos ocurridos con posterioridad a la transferencia de la inversión”¹⁵¹.
131. La **Demandante** negó que su inversión careciera de valor; afirmó que a la fecha de la afectación, tenía un valor económico apreciable, y su desmedro es lo que sustenta la demanda, ya que fueron precisamente los actos de la **Demandada** los que afectaron

¹⁴⁷ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶¶ 37 y 77.

¹⁴⁸ *Ibid.*, ¶ 109.

¹⁴⁹ *Ibid.*, ¶ 111.

¹⁵⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 22.

¹⁵¹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶ 112.

sustancialmente el valor de la inversión¹⁵².

132. En relación con el valor de la cesión de las acciones del **BNM**, la **Demandante** afirmó que es necesario observar que se trató de una operación intrafamiliar y que el hecho de ser gratuita no implica falta de valor en la inversión, “pues resulta natural que no se haya tenido que pagar un precio por dichas acciones”¹⁵³.

133. La **Demandante** afirmó que los requisitos jurisdiccionales del caso *Salini Costruttori c. Reino de Marruecos*¹⁵⁴ se cumplen plenamente en el presente caso, debido a la existencia y funcionamiento durante casi 8 años de una entidad bancaria como el **BNM**, que confirma el aporte de recursos¹⁵⁵, la asunción de riesgos, la existencia de un proyecto de cierta duración y la contribución al desarrollo económico de Perú¹⁵⁶.

134. En relación con lo alegado por **Perú** sobre la buena fe, la **Demandante** afirmó que “[n]o es posible crear de mala fe acceso a una jurisdicción internacional, cuando este acceso ya preexistía, tanto para el caso del cedente de los derechos, el nacional francés David Levy, como para el caso del propio BNM, que siempre ha sido y continúa siendo una persona jurídica de nacionalidad francesa”¹⁵⁷. También sostuvo que, en este caso, hay continuidad en la nacionalidad francesa de la inversión; existencia del derecho a acceder al arbitraje ante el CIADI con anterioridad a la transferencia de las acciones y a la cesión de derechos a favor de la **Demandante**, y pre-existencia de los reclamos contra los actos estatales en los procesos judiciales iniciados por el **NMH** desde el año 2001. Por lo anterior, no es posible en este arbitraje, según la **Demandante**, hablar de abuso del proceso mediante un acto de mala fe¹⁵⁸.

135. La **Demandante** también rechazó la excepción opuesta por **Perú** de que el Tribunal no puede pronunciarse sobre la presente reclamación; la **Demandante** no pidió

¹⁵² *Ibid.*, ¶ 118.

¹⁵³ *Ibid.*, ¶ 123.

¹⁵⁴ *Salini Costruttori*, nota anterior 134, ¶ 52.

¹⁵⁵ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶ 125; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 20.

¹⁵⁶ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶¶ 124 y 127.

¹⁵⁷ *Ibid.*, ¶ 129.

¹⁵⁸ *Ibid.*, ¶¶ 91 y 92.

que el Tribunal sustituya al órgano regulador, sino que determine si los actos y omisiones de los órganos estatales de **Perú** violaron o no normas y estándares del derecho internacional y del **APPRI**; la **Demandante** negó cuestionar la normativa bancaria y financiera peruana y haber objetado los méritos y la validez de las leyes y normas bancarias de esa Nación¹⁵⁹. Afirmó, además, que el Tribunal debe analizar, cuando examine el fondo de esta controversia, si las instituciones de la **Demandada** actuaron en cumplimiento de la ley peruana o si, por el contrario, con la intervención, disolución y liquidación del **BNM** se excedieron en sus facultades en detrimento de la normativa y de estándares internacionales¹⁶⁰. La **Demandante** también sostuvo que **Perú** señaló con sus argumentos que existen “determinados actos estatales [...] intocables, no revisables, soberanos al extremo de no poder evaluar su legitimidad”¹⁶¹.

136. La **Demandante**, además, afirmó que ni las disposiciones del **APPRI** ni las del **Convenio CIADI** establecen normas relativas a objeciones a la admisibilidad de la demanda y que hay antecedentes arbitrales y doctrinarios que consideran inadecuado el análisis de las objeciones a la admisibilidad¹⁶².

137. En la siguiente sección el Tribunal analizará las excepciones opuestas por **Perú** y los argumentos que planteó la **Demandante** sobre la jurisdicción del **CIADI** y la admisibilidad de los reclamos de la **Demandante**.

IV. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SOBRE JURISDICCIÓN

138. El Tribunal considera necesario transcribir la normativa del **Convenio CIADI** y del **APPRI** relativas a la competencia del Tribunal:

¹⁵⁹ Ibid., ¶ 134.

¹⁶⁰ Ibid., ¶ 136.

¹⁶¹ Ibid., ¶ 137.

¹⁶² *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción, 14 de enero del 2004, ¶ 33; Andrea Bjorklund, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, in Penn State Law Review, Vol. 113;4, 2009, página 1285; Ian Laird, *A Distinction without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in Salini v. Jordan and Methanex v. USA*, en International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, 2005, página 222; Memorial de Contestación sobre Jurisdicción., ¶ 139 a 142; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 33 (h).

“Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

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

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.

El artículo 8 del **APPRI** señala lo siguiente:

“(1) Toda controversia relativa a una inversión entre una parte y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será amigablemente dirimida entre las partes en la controversia.

(2) Si tal controversia no hubiese podido ser solucionada en un plazo de seis meses a partir del momento en que cualquiera de las partes en la controversia la hubiera planteado, será sometida, a pedido de cualquiera de las partes, al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas (sic) (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmada en Washington el 18 de marzo de 1965.

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

(4) Cada parte contratante otorga su consentimiento incondicional para someter las controversias al arbitraje internacional, de conformidad con las disposiciones de este artículo.

(5) El laudo arbitral será definitivo y obligatorio”.

139. En primer lugar el Tribunal señala que **Perú** no negó haber brindado su consentimiento al arbitraje ante el CIADI; por lo tanto, ese tema no será analizado en este Laudo. Tampoco hubo discusión entre las partes sobre las negociaciones directas que habían emprendido antes de la presentación de la solicitud de arbitraje.

140. En relación con el artículo 25 (2)(b)del **Convenio CIADI**, el Tribunal señala que, como se verá más adelante, si bien la **Demandante** afirmó en diversas formas, que reclama en nombre del **BNM** y que el **BNM** es parte del proceso, no presentó ninguna prueba de la representación que pretende ostentar y, por ello, el **BNM** no ha sido considerado parte **Demandante** en este arbitraje.

141. La **Demandante** afirmó que acreditó plenamente la nacionalidad francesa de su

padre y de ella misma; también sostuvo que ella no ha tenido nunca la nacionalidad peruana. Su nacionalidad francesa se acreditó en tres ocasiones distintas: el 14 de junio del 2010, cuando venció el plazo de seis meses del mecanismo de negociación directa; el 20 de julio del 2010, cuando se registró la solicitud de arbitraje de la **Demandante**, y antes del 5 de diciembre del 2000, el día de la intervención de la **SBS** en el **BNM**, que dio lugar a la presente diferencia¹⁶³. Además, de conformidad con el artículo 8 (3) del **APPRI**, para aquellas empresas constituidas en Perú que se encontraban bajo el control de ciudadanos franceses antes de los hechos relacionados con la diferencia, el control francés debe haber continuado hasta la fecha del consentimiento al arbitraje ante el CIADI, como es el presente caso¹⁶⁴.

142. La **Demandante** también señaló que no hay ninguna disposición en el **Convenio CIADI** o en el **APPRI** que exija que únicamente el inversionista que realizó la inversión inicial sea el único que pueda accionar al amparo del **APPRI** en defensa de la inversión. Afirmar lo contrario implicaría que la propiedad de la inversión debería haber permanecido sin cambios a lo largo de la vida de la inversión y esto no sería congruente con el propio objetivo del **APPRI** de promover e incentivar el flujo normal de las inversiones¹⁶⁵.

143. A juicio del Tribunal, la **Demandante** acreditó su nacionalidad francesa¹⁶⁶ y, contrariamente a lo alegado por la **Demandada**¹⁶⁷, el hecho de que la **Demandante** tenga otras nacionalidades no le impide reclamar la protección del **APPRI**.

144. La **Demandada** alegó que lo que la **Demandante** adquirió fue una participación indirecta y minoritaria (párrafo 118 (a) anterior). Varios Tribunales Arbitrales han señalado de manera reiterada que los inversionistas que tengan una participación indirecta, incluso minoritaria, pueden exigir, basados en el **Convenio CIADI**, la

¹⁶³ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶¶ 52, 55 y 56.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, ¶ 58.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, ¶ 94.

¹⁶⁶ Pruebas VIII-1, VIII-2 y VIII-3 aportadas por la Demandante.

¹⁶⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 263.

protección de los derechos que les confiere un tratado de inversión¹⁶⁸. Adicionalmente, el Tribunal destaca que el artículo 1 del **APPRI** es muy claro al definir el concepto de inversión y al afirmar que comprende, entre otras, las acciones “sean minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes.”¹⁶⁹.

145. La **Demandada** también afirmó que la **Demandante** adquirió su participación indirecta demasiado tarde, es decir, cinco años después de que el **BNM** fue intervenido (párrafo 118 (a) anterior). El Tribunal considera que las cesiones de acciones pueden realizarse en cualquier momento sin que ello afecte los derechos del cesionario de las acciones. La transmisión de los derechos políticos y el endoso de las acciones pudieron hacerse sin que se afectara la protección de la inversión al amparo del **APPRI**, siempre y cuando se cumplieran los restantes requisitos de ese tratado.

146. La **Demandada** alegó, además, que la **Demandante** adquirió sus derechos sobre la inversión de manera gratuita (párrafo 118 (c) anterior), ya que los obtuvo por medio de la cesión que le hizo su padre, el señor Levy, en 2005. Este Tribunal considera que el valor monetario de las cesiones de derechos y los endosos de acciones no afecta la condición de la inversión inicial. Así fue reconocido por el Tribunal Arbitral del caso *Pey Casado c. la República de Chile*¹⁷⁰. A la luz de los párrafos precedentes, el Tribunal rechazará el primer argumento sobre jurisdicción planteado por **Perú**.

147. La **Demandada** alegó además que la participación adquirida por la **Demandante** no puede ser considerada una inversión según el **APPRI**, ya que al 12 de julio del 2005 no tenía valor, pues el **BNM** era ilíquido e insolvente desde el 5 de diciembre del 2000, por lo que; “su participación indirecta en BNM nunca tuvo valor alguno” (párrafo 118 (b)

¹⁶⁸*Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/5), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril del 2006, ¶ 68; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/97/3), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre del 2005, ¶ 90; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/8), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio del 2003, ¶47.

¹⁶⁹ Prueba 3 aportada por la Demandante, página 1.

¹⁷⁰*Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* (Caso CIADI n.º ARB/98/2), Laudo, 8 de mayo del 2008, ¶ 542.

anterior)¹⁷¹.

148. Es evidente que la **Demandante** adquirió sus derechos y acciones en forma gratuita. Sin embargo, eso no significa que las personas de las que adquirió esas acciones y derechos no hubieran hecho anteriormente inversiones muy considerables cuya titularidad le fue transmitida a la **Demandante** mediante instrumentos legales perfectamente legítimos. El hecho de que, desde el 5 de diciembre del 2000, el **BNM** fuera insolvente, no significa *per se* que la inversión hecha por sus antecesores y adquirida válidamente por la **Demandante** careciera de valor. La determinación de ese extremo es una de las cuestiones sobre las que versa este proceso y que se resuelven en este Laudo.

149. El artículo 1 del **APPRI** señala lo siguiente:

“Dichos activos [acciones, entre otros] deben ser o haber sido invertidos conforme a la legislación de la Parte Contratante en el territorio o en el área marítima en la cual la inversión es efectuada, antes o después de la entrada en vigencia del presente Convenio.

Toda modificación de la forma de inversión de los activos no afecta su calificación de inversión, siempre que esta modificación no sea contraria a la legislación de la Parte Contratante en el territorio o en la zona marítima en la cual la inversión es efectuada”¹⁷².

150. A juicio del Tribunal, el **BNM** fue una inversión hecha conforme a la legislación peruana sobre materia bancaria, como establece la Resolución N.º 818-91 del 20 de diciembre de 1991, mediante la cual la **SBS** autorizó las operaciones del **BNM**. Además, el **APPRI** entró en vigencia el 30 de mayo de 1996, por lo que se cumplen las condiciones establecidas en la primera parte de su artículo 1. Por lo anterior, el Tribunal también rechazará el segundo argumento de **Perú** sobre jurisdicción.

¹⁷¹ Memorial sobre Jurisdicción, ¶ 118.

¹⁷² Prueba 3 aportada por la Demandante, página 1.

151. En cuanto al tercer argumento de **Perú** en el sentido de que la participación de la **Demandante** en el **BNM** no califica como una inversión según el Convenio CIADI (párrafo 118 (c) anterior), el Tribunal considera que la inversión inicial hecha por los parientes de la **Demandante** cumple a cabalidad con los requisitos que describió la **Demandada**, a saber: fue un aporte de recursos para iniciar el banco y ponerlo en operación; hubo riesgo en cada una de las operaciones, típicamente bancarias; la inversión fue de larga duración y contribuyó al desarrollo de Perú por medio de los diversos servicios que ofrecía el **BNM** al sector público y privado.

152. Además de lo expuesto en el párrafo anterior, es evidente que la determinación de si el **BNM** fue o no una inversión es un tema que atañe al fondo y no es propio de una discusión sobre jurisdicción. En esta materia, el Tribunal concuerda con el criterio expresado por el profesor Schreuer, quien expresó:

“These features should not necessarily be understood as jurisdictional requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention”¹⁷³.

153. En relación con el cuarto argumento de **Perú** de que hay un abuso del proceso (párrafo 123 anterior) y de que la cesión de las acciones de Holding XXI por la **Demandante** no constituye una inversión de buena fe (párrafo 124 anterior), el Tribunal comparte plenamente lo afirmado por la **Demandada** en cuanto a la importancia de la buena fe en el Derecho Internacional y, concretamente, en materia de arbitraje sobre inversiones. Sin embargo, estima que la **Demandada** no logró demostrar la supuesta mala fe de la **Demandante** y, como es sabido y aceptado, la mala fe no se presume. Por lo tanto, el Tribunal también rechazará este argumento sobre jurisdicción presentado por **Perú**.

154. En relación con la intención de la cesión de las acciones del señor Levy Pessoa a su hija, la **Demandante**, el Tribunal estima que el hecho de que esa transferencia se hiciera

¹⁷³ Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary*. Inglaterra: Cambridge University Press, 2001, 1466 páginas, ¶ 122.

en forma gratuita no demuestra que fuera hecha con la intención de “manufacturar jurisdicción”¹⁷⁴, como afirma la **Demandada**. Primeramente, porque se trata de una transferencia entre miembros muy cercanos de una familia y, en segundo lugar, porque la transferencia ocurrió en julio del 2005 y no fue sino hasta cinco años después, que la **Demandante** decidió recurrir al arbitraje ante el CIADI. En conclusión, las circunstancias específicas de este caso no permiten determinar que la cesión de acciones realizada en 2005 fue con la intención de “manufacturar” jurisdicción ante el CIADI.

155. Por último, la **Demandada** argumentó que el Tribunal no es competente para resolver sobre las pretensiones de la **Demandante** porque ello obligaría al Tribunal a examinar las acciones tomadas por las autoridades del Perú (párrafo 125 anterior). El Tribunal se referirá en los párrafos siguientes a este planteamiento de la **Demandada**.

156. Como se indicó en el párrafo 125 anterior, **Perú** afirmó que la **SBS** actuó razonablemente para proteger a los depositantes del **BNM**, adoptó las medidas necesarias y siguió el mandato de la ley. De igual forma, en la audiencia, los representantes de **Perú** insistieron en que “los reguladores de Perú actuaron en toda instancia en cumplimiento con la ley peruana. De hecho sus acciones eran ordenadas por la ley peruana. Dado lo que está en juego durante una crisis financiera, las acciones del regulador deben recibir el grado más alto de respeto”¹⁷⁵.

157. El Tribunal considera importante transcribir el artículo 4.1 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos que dice:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una

¹⁷⁴ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶ 120.

¹⁷⁵ Transcripción de la audiencia, 12 de noviembre del 2012, páginas 203 y 204.

división territorial del Estado”¹⁷⁶.

158. Según el criterio del Tribunal, no por ser la **SBS** un ente regulador de banca y seguros debe inhibirse de analizar y resolver la presente controversia.

159. También es importante considerar lo dicho por el Tribunal Arbitral del caso LG&E Energy Corp y otras c. República Argentina que expresó:

“El Derecho internacional priva (sic) sobre el Derecho interno cuando existe una contradicción, dado que un Estado no puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales alegando las disposiciones de su Derecho interno”¹⁷⁷.

160. En opinión del Tribunal, **Perú** no puede argumentar que sus órganos, sean la **SBS**, el **MEF** o cualquier otro, actuaron de conformidad con la ley peruana y, por ello, el Tribunal no es competente para resolver esta disputa. Al contrario, es responsabilidad del Tribunal analizar si el Estado peruano, por medio de los órganos dichos u otros, violó las normas internacionales y el **APPRI**.

161. El Tribunal está completamente de acuerdo con lo dicho por **Perú** en el sentido de que es inadmisibles que un Tribunal Arbitral “se ponga en los zapatos del organismo [el que sea] [...] y cuestione *a posteriori* sus medidas”. Es decir, un Tribunal Arbitral no puede sustituir a un órgano del Estado, ni convertirse en una instancia de apelación para examinar actos o decisiones tomados por las autoridades correspondientes. El Tribunal, además, destaca que la **Demandante** no le pidió al Tribunal “[ponerse] en los zapatos” de la **SBS**; la **Demandante** solicitó que el Tribunal “determine si actos y omisiones específicos incurridos por determinados órganos del Estado Peruano en materia bancaria violaron o no normas y estándares del Derecho Internacional y del **APPRI** Perú-Francia.

¹⁷⁶Reproducido en Crawford, James: Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios. Madrid: Cambridge University Press, 2004, página 132.

¹⁷⁷*LG&E Energy Corp; LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre del 2006, ¶ 94.

No se está cuestionando la normativa bancaria y financiera peruana de manera general, de forma tal que constituya una violación *de jure* del **APPRI** [...] No se está juzgando los méritos y la validez de las leyes y normas nacionales”¹⁷⁸.

162. El Tribunal concluye que la misión que tiene es precisamente la de determinar si las acciones de **Perú** violentaron el **APPRI**. Lógicamente, esta misión está reservada para la fase de fondo del presente caso; por las razones expuestas, el Tribunal también rechazará este argumento sobre admisibilidad esgrimido por la **Demandada**.

V. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

163. En vista de lo anterior, el Tribunal rechaza todas las excepciones sobre jurisdicción planteadas por la República del Perú y declara que este Tribunal es competente para analizar el fondo del reclamo planteado por la Sra. Renée Rose Levy de Levi.

164. El Tribunal decidirá más adelante sobre los costos de este proceso.

165. En el capítulo siguiente el Tribunal se avocará a describir las posiciones de las partes en cuanto al fondo, con el fin de analizarlas y resolver el conflicto surgido entre ellas.

VI. POSICIONES DE LAS PARTES EN CUANTO AL FONDO

166. Tal como se indica **Demandante** en el Memorial sobre el Fondo, la **Demandante** alegó que **Perú** violó el estándar de tratamiento justo y equitativo, el de trato nacional y el de la protección y seguridad plenas; además, la **Demandante** afirmó que, en este caso, se dio una expropiación indirecta¹⁷⁹. Seguidamente el Tribunal analizará la posición de la **Demandante** en cuanto a cada uno de esos estándares y, luego, resumirá la contestación de la **Demandada** a cada uno de ellos.

¹⁷⁸ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶ 134.

¹⁷⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 483 a 918.

A. Violación del estándar de tratamiento justo y equitativo

1. Alegatos de la Demandante

167. La **Demandante** cita el artículo 3 del **APPRI**, que regula el principio de tratamiento justo y equitativo, y cuyo párrafo 1 establece lo siguiente:

“Artículo 3

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a asegurar, en su territorio y área marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra parte contratante, de modo que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado ni de hecho ni de derecho”.

168. La **Demandante** argumenta que, de acuerdo con el artículo 2 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, un Estado puede violar el principio de tratamiento justo y equitativo mediante una acción o una omisión¹⁸⁰. La **Demandante** también sostiene que la intención del Estado carece de importancia para determinar si hubo una violación del principio. Señala, además, los elementos que conforman ese principio, a los cuales identificó así:

- a. No afectación de las legítimas expectativas;
- b. garantía de una conducta transparente y previsible;
- c. estabilidad jurídica y garantías contra el abuso de poder;
- d. garantías contra actos estatales de mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento;
- e. garantías contra procesos judiciales y administrativos violatorios del debido proceso y

¹⁸⁰ *Ibíd.*, ¶ 487; Prueba X-5 aportada por la Demandante.

del derecho de defensa¹⁸¹.

a. Legítimas expectativas

169. La **Demandante** expresó que las legítimas expectativas implican permitir al inversionista gozar de condiciones para adoptar decisiones racionales sobre la base de las seguridades que brinda el Estado receptor, mediante la garantía de un marco regulatorio previsible y un accionar consistente y transparente; la estabilidad significa que el Estado receptor de la inversión no frustrará indebidamente las legítimas expectativas¹⁸².

170. La **Demandante** alega que sus legítimas expectativas y las del **BNM** se derivan del **APPRI** y de la autorización de inicio de operaciones (licencia) que le dio la **SBS** al **BNM** mediante la Resolución n.º 1455-92 del 30 de diciembre de 1992¹⁸³ “acto administrativo que generó legítimas expectativas de estabilidad y retorno de la inversión”¹⁸⁴.

171. Con base en una cita del profesor Schreuer, la **Demandante** señala que “las legítimas expectativas del inversionista están basadas en un marco legal claramente perceptible así como en cualquier compromiso y representación explícita o implícita del Estado receptor”¹⁸⁵ [traducción del Tribunal]. Sobre la base de las consideraciones del Tribunal Arbitral en el caso *Total S.A. c. República Argentina*¹⁸⁶, la **Demandada** sostiene que las expectativas pueden basarse en una normativa que no se encuentre dirigida concretamente al inversionista, cuando se trate de proyectos de inversión de largo plazo que requieren de cierta certeza regulatoria¹⁸⁷.

172. La **Demandante** señala los siguientes actos y omisiones de **Perú**, como

¹⁸¹ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 486 a 489.

¹⁸² *Ibid.*, ¶¶ 494 y 495.

¹⁸³ Prueba IV-2 aportada por la Demandante.

¹⁸⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶ 501.

¹⁸⁵ Schreuer, Christoph. “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6 n.º 3, junio del 2005, página 374.

¹⁸⁶ *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/04/1), Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre del 2010, ¶ 309.

¹⁸⁷ Réplica sobre el Fondo, ¶¶ 338 y 339.

violatorios del estándar de tratamiento justo y equitativo, específicamente, en cuanto a las legítimas expectativas:

- i. Frustración de la operación de adquisición del Banco Financiero: ya que la **SBS** decidió que se requería un aumento de capital, lo cual nunca le fue notificado formalmente al **BNM**¹⁸⁸. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** añade que la propuesta de fusión nunca fue evaluada formalmente por la **SBS** y manifiesta que, de haberse realizado, hubiera permitido crear un banco más grande y rentable. Afirma que la negativa de la **SBS** a aprobar la fusión impidió que el **BNM** mejorara sus indicadores de solvencia, rentabilidad y liquidez¹⁸⁹.
- ii. Falta de transparencia en la variación de la normativa y exclusión del **BNM**, específicamente, de la reunión referente a la estructuración del **PCSF** en la cual no se tomó en cuenta al **BNM**. Se dio la falta de transparencia al no considerar el interés y la afectación económica de todos los actores directamente involucrados¹⁹⁰.
- iii. Retiro abrupto y desproporcionado de fondos de las empresas del Estado en una forma que implicó la violación de las legítimas expectativas de la inversión y, además, la transparencia y predictibilidad de los órganos estatales¹⁹¹.
- iv. Inacción en el enfrentamiento del pánico financiero: ya que el Estado debió neutralizar los rumores sobre la inminente caída del **BNM**; como no lo hizo, incurrió en una omisión grave¹⁹². En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante**, además, indica que la **Demandada** no señaló que los rumores se “venían propalando desde antes del mes de octubre del 2000”¹⁹³. También aclara que nunca solicitó que la **SBS** hiciera declaraciones particulares respecto a la salud patrimonial del **BNM**, pero sí que emitiera manifestaciones generales sobre la estabilidad y fortaleza del sistema

¹⁸⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶ 505.

¹⁸⁹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 351.

¹⁹⁰ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 312, 506 a 508.

¹⁹¹ *Ibíd.*, ¶¶ 509 a 513.

¹⁹² *Ibíd.*, ¶ 516.

¹⁹³ Réplica sobre el Fondo, ¶ 364.

financiero en general¹⁹⁴.

- v. Rechazo por parte del **BCR** de la solicitud del **BNM** de un crédito de regulación monetaria: el rechazo fue injustificado y “afectó las legítimas expectativas de la inversión y la garantía de una conducta previsible por parte de las autoridades estatales, lo que generó que ese mismo día el BNM cesara sus pagos frente a la Cámara de Compensación, lo que fue la causal de intervención por parte de la SBS”¹⁹⁵. Agrega la **Demandante**, en su Réplica sobre el Fondo, que existe un deber constitucional del Estado de mantener la estabilidad del sistema financiero y que el rechazo injustificado del **BCR** y la forma de actuar como un banco comercial privado se alejó de las mejores prácticas internacionales¹⁹⁶.
- vi. Deterioro de la cartera crediticia del **BNM**, luego de la intervención de la **SBS**, debido a las decisiones que tomaron los interventores ya que “el inversionista esperaba del Estado un estándar mínimo de diligencia que asegurase una gestión idónea y transparente del patrimonio, así como de la cartera crediticia del BNM”¹⁹⁷.
- vii. Violación de la prelación de pagos a los acreedores: la violación del orden de prelación de pagos establecido en el artículo 117 de la Ley de Banca afectó el interés de los ahorristas y de los accionistas del **BNM** y violó las expectativas del inversionista¹⁹⁸. La **Demandante** aclara en su Réplica sobre el Fondo que los pagos que cuestiona son los de líneas de crédito del exterior, no de depósitos de bancos extranjeros¹⁹⁹. Agrega que los liquidadores recibieron tres resoluciones de la **SBS** en las que les ordenaron cambiar el orden de prelación de pagos referente a los siguientes bancos: Discount Bank & Trust de Zurich; Israel Discount Bank de Nueva York y Discount Bank S.A. de Luxemburgo²⁰⁰, lo que constituye una transgresión abierta del interés público y pone en tela de juicio el accionar estatal sobre la

¹⁹⁴ Ibid., ¶¶ 366 y 367.

¹⁹⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶ 520.

¹⁹⁶ Réplica sobre el Fondo, ¶¶ 374 y 375.

¹⁹⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 526 y 527.

¹⁹⁸ Ibid., ¶¶ 528 y 529.

¹⁹⁹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 385.

²⁰⁰ Prueba XI-16 aportada por la Demandante.

intervención y la liquidación del **BNM**²⁰¹.

173. La **Demandante**, además, alega que las medidas adoptadas por el Estado no satisfacen las condiciones mínimas de proporcionalidad, razonabilidad ni predictibilidad²⁰². Como elemento adicional, la **Demandante** menciona que, para que las legítimas expectativas del inversionista sean susceptibles de ser protegidas, este debe haber actuado de buena fe, y afirma que el **BNM** y sus accionistas actuaron siempre de buena fe²⁰³, por lo que las acciones estatales constituyeron una afectación abrupta, impredecible e inesperada de sus expectativas²⁰⁴.

b. Estabilidad jurídica

174. En relación con la estabilidad jurídica, la **Demandante** afirma, basada en la doctrina, que los principales elementos de esa estabilidad son la publicación y notificación de las nuevas leyes, normas y políticas, la oportunidad de comentarlas, y su aplicación justa y transparente. Además, es necesaria la participación previa de los eventuales afectados por las futuras medidas estatales²⁰⁵. La **Demandante** insiste en que no cuestiona la facultad soberana de modificar las normas, sino que esas modificaciones deben ser razonables, no discriminatorias, dictadas de buena fe y que garanticen las reglas de juego de manera clara y previsible, teniendo en cuenta las expectativas legítimas de los inversionistas y sin transgredir sus derechos fundamentales²⁰⁶.

175. La **Demandante** señala los siguientes actos como violatorios de la garantía de estabilidad jurídica: i) tendencia legislativa del Estado para hacer frente a problemas de liquidez (por medio del **PCSF** se dio una imposición de mecanismos de fusión); ii) falta de transparencia en la variación sustancial de la normativa vigente; iii) vulneración en la prelación de pagos a los acreedores; iv) desacato a órdenes judiciales firmes y v)

²⁰¹ Réplica sobre el Fondo, ¶¶ 387 y 388.

²⁰² Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 532 y 533.

²⁰³ Pruebas VI-18 y VII-21 aportadas por la Demandante, p. 25.

²⁰⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 535 y 542.

²⁰⁵ *Ibíd.*, ¶¶ 554 y 555; Prueba VI-22 aportada por la Demandante, página 291.

²⁰⁶ Réplica sobre el Fondo, ¶ 391 y 392.

realización de actos ilegales contra el **BNM**²⁰⁷.

176. Afirma la **Demandante** que el **PCSF** no consideró el interés y la afectación económica de todos los actores involucrados y, en particular, del **BNM**. Al respecto señala que, después de la reunión del **MEF**, de la que se excluyó al **BNM**, y luego de que los cambios regulatorios se hicieron de conocimiento público, “arreciaron los retiros de depósitos de particulares en el BNM”²⁰⁸. Reitera que, al hacer pagos a los bancos en el exterior con una prelación errónea (referidos en el inciso vii del párrafo 172(vii) anterior), la **SBS** transgredió el interés público protegido por la normativa bancaria²⁰⁹. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante**, además, agrega que nada justificaba un tratamiento discriminatorio al convocar a unas entidades bancarias y excluir al **BNM**, que contaba con buena salud financiera y con justificadas expectativas de continuar operando exitosamente²¹⁰.

177. La **Demandante** además señala que “con el **PCSF** se violaron las expectativas de rehabilitación de las instituciones bancarias intervenidas, puesto que el programa empujaba forzosamente a los bancos intervenidos hacia la transferencia de su patrimonio en bloque. Aquellas entidades que no lo hicieran ingresaban necesariamente a la disolución, quedando imposibilitadas de rehabilitación a diferencia del régimen normal”²¹¹.

178. La **Demandante** también alega desacato por parte de la **SBS** de las resoluciones judiciales que declararon inaplicable la Resolución n.º 509-2001, la cual determinó que el capital social del **BNM** era de S/.0.00 (cero y 00/100 Nuevos Soles) (párrafos 109 y 93 anteriores), pues “no obstante estar vigentes y efectivas (las resoluciones judiciales), fueron desconocidas por la SBS, en la medida que siguieron invocando la reducción de capital a cero (S/. 0.00) para justificar el seguir adelante con el proceso de disolución y

²⁰⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 561 a 576.

²⁰⁸ *Ibíd.*, ¶ 567.

²⁰⁹ *Ibíd.*, ¶ 570.

²¹⁰ Réplica sobre el Fondo, ¶ 354.

²¹¹ *Ibíd.*, ¶ 402.

liquidación del BNM en afectación directa a la inversión”²¹².

179. La **Demandante**, además, afirma “la existencia de actuaciones estatales con intenciones subalternas, extralegales”²¹³. Señala que algunos altos funcionarios del Poder Ejecutivo de Perú tenían la intención de forzar la desaparición de la denominada banca chica y que “mediante una interpretación razonable de la ley doméstica pre-existente a la crisis temporal de liquidez del BNM, no era predecible para la inversionista una variación de esa naturaleza del marco normativo, ni el actuar errático de altos funcionarios de la República del Perú frente al inversionista”²¹⁴.

c. Actos estatales arbitrarios o discriminatorios y abuso de poder

180. La **Demandante** señala los siguientes actos como arbitrarios y discriminatorios: i) Prácticas irregulares de contabilidad por parte de los interventores de la **SBS**, quienes aplicaron la normativa contable internacional con respecto a los estados contables del **BNM** de manera retroactiva, afectando el patrimonio neto del banco de manera negativa²¹⁵. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** agrega que: “se acredita que el Auditor entregó su Dictamen fechado al 05 de marzo de 2001 y no explica porque (sic) no emite un Dictamen complementario al mes de junio del mismo año derivado de los cambios sustanciales realizados por los Interventores de la SBS situación que contablemente reviste determinadas formalidades, tal como lo establecen las Normas Internacionales de Auditoría, práctica contable y de auditoría que también resulta cuestionable”²¹⁶. ii) Deliberado deterioro de la cartera de créditos durante la intervención e inexistencia de informes técnicos y legales que sustenten las reclasificaciones de la cartera que ordenaron los interventores²¹⁷. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** señala, además, que los administradores judiciales (mencionados en el párrafo 94 anterior) corroboraron estas irregularidades y que el Informe de Consorcio Define-Dirige, empresa liquidadora designada por la **SBS**, cuestionó la labor de los interventores en el

²¹² Memorial sobre el Fondo, ¶ 572.

²¹³ *Ibíd.*, ¶ 574.

²¹⁴ *Ibíd.*, ¶ 576.

²¹⁵ *Ibíd.*, ¶ 585.

²¹⁶ Réplica sobre el Fondo, ¶ 419.

²¹⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 588 a 592.

manejo contable del **BNM**²¹⁸. iii) Rechazo de la solicitud de crédito solicitado por el **BNM** al **BCR** a pesar de que este tiene “una función residual en cuanto a cubrir picos temporales de iliquidez y garantizar la estabilidad del sistema bancario y financiero”²¹⁹. Ese rechazo fue, según la **Demandante**, arbitrario porque el **BCR** utilizó criterios propios de la banca privada y no ejerció el rol estabilizador del sistema. iv) Rechazo arbitrario de la propuesta de recapitalización por parte de los accionistas del **BNM** con el fin de fortalecer el capital del banco y de dar por terminada la participación del banco en el Régimen Temporal del **PCSF**²²⁰. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** agrega que los accionistas del **BNM** nunca recibieron una respuesta del Estado a la propuesta formulada por ellos, lo que contrasta con el tratamiento brindado al Banco Latino y al Banco Wiese²²¹. v) Reducción del capital social del **BNM** a cero, lo cual afectó de manera indirecta a **NHM** en su condición de accionista²²². En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** alega que la reducción a cero del capital social tuvo como único objetivo facilitar la disposición de la propiedad de los accionistas por parte del Estado mediante la declaratoria de disolución del **BNM**²²³. vi) Declaratoria de disolución del **BNM**, con base en el informe de la empresa Arthur Andersen el cual expresamente indicó que no constituía “una valorización del negocio”²²⁴. Ese informe dice que “los procedimientos aplicados no constituyen: (i) una auditoría de los estados financieros del Banco, (ii) una tasación de los activos y pasivos del Banco, y/o (iii) una revisión de los controles del Banco”²²⁵. vii) “omisión grave de la SBS y del BCR en su deber de colaborar y actuar con diligencia en la búsqueda de alternativas de liquidez temporal para el BNM, a diferencia de su actuación preferencial frente a otros bancos (Banco Wiese y Banco Latino) [...] que afrontando situaciones de crisis de liquidez se beneficiaron con procesos de salvataje directos por parte del Estado”²²⁶, y viii) “omisión deliberada, no solo de salir al mercado y mantener la tranquilidad de los ahorristas en el BNM, así como de perseguir

²¹⁸ Réplica Sobre el fondo, ¶¶ 424 y 425.

²¹⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 593.

²²⁰ *Ibid.*, ¶¶ 441 a 445 y 595.

²²¹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 430.

²²² Memorial sobre el Fondo, ¶ 596.

²²³ Réplica sobre el Fondo., ¶ 447.

²²⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 597 a 599.

²²⁵ Prueba I-3 aportada por la Demandante.

²²⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶ 600.

a aquellos que originaban los infundados rumores”²²⁷.

181. Adicionalmente, la **Demandante** señala, como parte de los actos arbitrarios y discriminatorios de **Perú**, los siguientes actos de abuso de poder:

- a. Inexistencia de medios de impugnación o apelación en la ley doméstica para “neutralizar” el retiro de fondos de las empresas públicas por parte del **MEF** y para impugnar la gestión financiera de la intervención de la **SBS**, la resolución de la **SBS** mediante la cual se declaró la intervención del **BNM**, la resolución de la **SBS** mediante la cual se redujo el capital del **BNM** a cero y la resolución de la **SBS** que declaró la disolución del banco²²⁸. La **Demandante** indica que, en Perú, solo existe la vía judicial para impugnar los actos mencionados pero que ese no es un medio de solución eficiente porque²²⁹: i) los procesos judiciales son públicos y eso afecta la confianza en el mercado; ii) el proceso contencioso tarda muchos años; iii) “la resolución judicial expedida por la Sala de la Corte Suprema de Justicia fue una resolución ‘injusta’, no fue ‘adecuada’, ni ‘eficaz’, vulnerando el estándar de protección y seguridad plenas”²³⁰ y iv) según la Ley de Banca, los derechos y bienes adquiridos por terceros de buena fe durante el régimen de intervención no pueden ser objeto de impugnación judicial.
- b. Irregular práctica contable de cierre del balance del **BNM** (al exigir mayores provisiones con efecto retroactivo) cuando el Estado tuvo el control exclusivo de la gestión del **BNM**²³¹.
- c. Desacato de órdenes judiciales que constituyó un abuso por parte de los órganos del Estado: la reducción del capital a cero; no restituir el derecho de los accionistas del **BNM** a recuperar su participación efectiva en el capital social y no entregar

²²⁷ Ibid., ¶ 603.

²²⁸ Ibid., ¶ 606.

²²⁹ Ibid., ¶ 609.

²³⁰ Ibid., ¶ 609 (iii)

²³¹ Ibid., ¶ 610 a 612.

información relativa al proceso de liquidación del **BNM**²³².

d. Mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento

182. La **Demandante** también se refiere a la garantía contra actos estatales que impliquen mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento contra el inversionista o la inversión y señala los siguientes actos: i) Coerción y actitud agresiva en la prolongada visita de inspección de la **SBS**, lo que originó especulación y falsos rumores sobre la solvencia del **BNM**, y constituyó una de las razones de los retiros masivos de depósitos de particulares del banco²³³. ii) Reducción del capital social del **BNM** a cero “para facilitar con ello la disposición de la propiedad por parte del Estado mediante la declaración de Disolución efectuada por la SBS”²³⁴. iii) Coerción por medio de la promoción de la venta del bloque patrimonial al Banco Interamericano de Finanzas²³⁵. iv) Mala fe en la declaratoria de disolución del **BNM** sin contar con una valorización total de su patrimonio²³⁶. v) Coerción y hostigamiento mediante la persecución penal contra accionistas y directivos del **BNM** en “numerosos e irracionales procesos judiciales”²³⁷. Sobre los casos penales, la **Demandante**, además, afirma que “los accionistas y directivos del **BNM** han salido bien librados de más de 25 procesos judiciales penales, lo que demuestra lo arbitrario e infundado (sic) que fue la interposición de estas acciones penales por parte de la SBS”²³⁸.

e. Violación del debido proceso

183. Como último aspecto de la violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, la **Demandante** alega que existe la garantía contra procedimientos judiciales y administrativos violatorios del debido proceso y del derecho de defensa. A este efecto, la **Demandante** cita los siguientes actos y omisiones como violatorios de esa garantía: i) Falta de transparencia y violación del debido proceso administrativo con la modificación

²³² Ibid., ¶ 613.

²³³ Ibid., ¶ 618.

²³⁴ Ibid., ¶ 619.

²³⁵ Ibid., ¶ 620.

²³⁶ Ibid., ¶ 621.

²³⁷ Ibid., ¶ 622.

²³⁸ Réplica sobre el Fondo, ¶ 453.

normativa incorporada en el **PCSF**, que implicó la exclusión de los denominados bancos chicos a los que no se les consultó, ni notificó; tampoco se escuchó la opinión de todos los actores del sistema bancario y financiero y ii) fundamentación de la Resolución SBS n.º 775-2001 que declara la disolución del **BNM**, basada en la Resolución SBS n.º 509-2001 que, aunque sus efectos fueron suspendidos por el Poder Judicial, implicó una violación del debido proceso administrativo²³⁹.

2. Respuesta de la Demandada

184. La **Demandada** sostiene, con base en lo resuelto en varios laudos²⁴⁰, que la violación al estándar de tratamiento justo y equitativo ocurre cuando se ha demostrado que el trato es de un nivel que resulta inaceptable desde la perspectiva internacional. Agrega que es la **Demandante** quien debe demostrar que la conducta de **Perú** no cumplió con los estándares internacionales. La **Demandada** añade que la **Demandante** no lo hizo porque sus acusaciones son falsas y porque ninguna de las alegaciones de la **Demandante** implica una violación del principio de tratamiento justo y equitativo²⁴¹.

185. **Perú** señala que “los ex accionistas del BNM esperaban que la **Demandada** les garantizara ganancias continuas, el crecimiento a través de fusiones exitosas, el acceso a los depósitos públicos y privados, la disponibilidad automática de créditos, así como los rescates y otros tipos de protección aplicables cuando un banco entra en crisis. Sin embargo, los tratados bilaterales de inversión ‘no son pólizas de seguro contra las malas decisiones de negocio’. Por el contrario, los ex accionistas del BNM, ‘deberán asumir las consecuencias de sus propias acciones como hombres de negocios experimentados’”²⁴².

186. **Perú** reconoce que la obligación de tratamiento justo y equitativo abarca la de no frustrar las expectativas legítimas de inversión de un inversionista y protege solo “las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su

²³⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 628 a 631.

²⁴⁰ *S.D. Myers c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo parcial, 13 de noviembre del 2000, ¶ 263; *Eastern Sugar B.V. c. República Checa* (Caso n.º 088/2004 ante la Cámara de Comercio de Estocolmo), Laudo parcial, 27 de marzo 2007, ¶ 272.

²⁴¹ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 288 a 291.

²⁴² *Ibíd.*, ¶ 294.

inversión”²⁴³. Agrega que esas expectativas deben ser legítimas y razonables y que se miden de manera objetiva. Con base en varios laudos, indica que las expectativas son legítimas o razonables si se fundan en algún tipo de declaración o compromiso del Estado receptor²⁴⁴.

187. Alega **Perú** que la **Demandante** no demostró “cómo ella o los accionistas del BNM se basaron en cualquiera de las expectativas específicas identificadas en su Memorial al realizar cualquier inversión”²⁴⁵. Además, señala que es inconcebible que la **Demandante** mantuviera esas expectativas en 2005, y que ella no señaló alguna promesa o compromiso concretos del Estado respecto a sus expectativas²⁴⁶.

188. **Perú** señala que la **Demandante** reclama que los accionistas tenían derecho a un retorno sobre su inversión, con base en la autorización dada por la **SBS** en 1992 al **BNM** para que iniciara sus operaciones. Agrega que esta no es una expectativa razonable pues el “Estado no puede garantizar, ni garantiza un retorno de la inversión. La toma de decisiones de negocios sensatas le corresponde a los inversionistas. El TBI y su obligación de trato justo y equitativo no son una garantía de éxito en los negocios”²⁴⁷.

189. En relación con la fusión con Banco Financiero, **Perú** afirma que el Estado nunca se comprometió a aprobar todas las propuestas de fusiones bancarias, sino solo a revisarlas evaluando la legalidad de las propuestas y considerando el impacto que podían tener sobre la estabilidad de los bancos participantes y sobre el sistema bancario en general. La **SBS** comunicó a los interesados que cualquier propuesta de fusión debía estar acompañada de un plan de recapitalización del **BNM**; asimismo, los accionistas de ese banco ni siquiera presentaron una propuesta formal de fusión a la **SBS**²⁴⁸.

190. **Perú** niega que emitiera alguna declaración en la que indicara que el **BNM**

²⁴³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo del 2003, ¶ 154.

²⁴⁴ Memorial de Contestación sobre el Fondo., ¶¶ 295 a 297; *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI n.º ARB/02/5), Laudo, 19 de enero del 2007, ¶ 241.

²⁴⁵ Memorial de Contestación sobre el Fondo., ¶ 298.

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ *Ibíd.*, ¶ 299.

²⁴⁸ *Ibíd.*, ¶ 300, Dúplica sobre el Fondo, ¶ 277.

gozaría de un privilegio tan inusual como el de participar en la toma de decisiones del Gobierno en cuanto a la promulgación del **PCSF**²⁴⁹. Además, en su Dúplica sobre el Fondo, aclara que cuando se convocó a la reunión referida por la **Demandante**, ya se había diseñado el **PCSF**. Esa reunión se efectuó un día antes de hacer público ese programa y, por lo tanto, los invitados no jugaron ningún papel en su formulación. Agrega **Perú** que la **Demandante** no probó que el **PCSF** le haya causado un daño a ella o a los accionistas del **BNM**²⁵⁰.

191. Señala, además, la **Demandada** que no es razonable que los accionistas del **BNM** esperaran que las empresas estatales mantuvieran por tiempo indefinido los depósitos que hicieron en ese Banco. Esos depósitos tenían plazos definidos y no había ninguna garantía de que se renovaran. Además, la misma **SBS** le había advertido al **BNM** sobre la excesiva dependencia en esos depósitos, la necesidad de diversificar sus inversiones y crear planes de contingencia²⁵¹.

192. **Perú** indica que los depósitos estatales no fueron retirados de una vez, sino después de que vencieron sus plazos, en un período de doce meses, desde enero hasta diciembre del 2000. También señala que era razonable esperar que los depósitos no fueran permanentes pues se colocaron mediante subastas periódicas, en las que las empresas estatales buscaban continuamente las tasas de interés más altas²⁵².

193. **Perú** afirma que los inversionistas no podían tener la expectativa de que las entidades estatales refutaran los rumores que circularon sobre la solvencia del **BNM**. Si bien el **BNM** tenía derecho en virtud de las leyes de Perú a solicitar al Ministerio Público que impulsara una acción penal contra quien hubiera incitado al pánico financiero, no ejerció dicho derecho. **Perú**, además, señala que la **SBS** no tiene ninguna obligación legal de hacer declaraciones públicas sobre determinadas entidades financieras²⁵³.

²⁴⁹ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 301.

²⁵⁰ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 279.

²⁵¹ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 302.

²⁵² Dúplica sobre el Fondo, ¶¶ 281 y 282.

²⁵³ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 303.

194. Además, **Perú** afirma que la **Demandante** no aportó pruebas sobre el pedido que supuestamente formuló a la **SBS** para que hiciera declaraciones sobre la estabilidad y solidez del sistema financiero y aclara que los organismos correspondientes (la **SBS** o el **MEF**) eran reticentes a emitir declaraciones específicas sobre el **BNM** no porque el banco fuera insolvente sino porque sabían que estaba en una situación financiera débil²⁵⁴.
195. En relación con la expectativa de la **Demandante** de recibir un préstamo del **BCR**, la **Demandada** afirma que las leyes peruanas definen claramente los requisitos para los préstamos del **BCR**. Agrega que el **BCR** no estaba autorizado a extenderle un préstamo de emergencia a corto plazo pues el **BNM** no tenía suficientes garantías; la **Demandante** pretende desnaturalizar el papel del **BCR** como prestamista de último recurso²⁵⁵. **Perú** señala que no es cierto que el **BNM** tuviera garantías suficientes y que la **Demandante** no presentó prueba alguna en contrario. Expresa, además, que no hay ninguna norma constitucional ni legal que autorizara al **BCR** a pasar por alto el requisito legal de exigir garantías suficientes y adecuadas; por eso, considera que la **Demandante** y su perito desnaturalizaron completamente el papel del **BCR**²⁵⁶.
196. **Perú** señala que los accionistas del **BNM** no podían tener expectativas legítimas de beneficiarse de los activos del banco una vez decretada su intervención y de continuar con el control de ellos. La Ley de Banca señala que, una vez que un banco es intervenido, sus activos se venden, el banco se liquida y los activos recuperados se usan, en primer término, para pagar a los depositantes, a los acreedores y, si hay valor residual, a los accionistas²⁵⁷.
197. En relación con el orden de la prelación de pagos del **BNM** durante la liquidación, **Perú** expresa que el pago a los bancos extranjeros no tuvo ningún impacto para la **Demandante** ya que los accionistas del **BNM** estaban en el último lugar del orden en el que se efectuaban los pagos y, por lo tanto, las expectativas que podrían haber tenido en

²⁵⁴ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 286.

²⁵⁵ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 305.

²⁵⁶ Dúplica sobre el Fondo, ¶¶ 288 a 290.

²⁵⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 307.

esta materia no tienen relevancia²⁵⁸.

198. En relación con el alegato de violación de la garantía de estabilidad jurídica, la **Demandada** explica que la disminución de los depósitos estatales que tuvo el **BNM** es consecuencia de la libertad de las empresas estatales de invertir sus fondos y de retirarlos al término del plazo de los instrumentos de depósito, especialmente, en casos como el del **BNM** en que no existía ninguna promesa de renovación. En cuanto a la negativa del préstamo del **BCR**, esta fue consistente con los requisitos legales que exigían una garantía suficiente. El **PCSF** no cambió el reglamento bancario de ninguna manera; por el contrario, creó un nuevo beneficio al que los bancos podían decidir si ingresaban voluntariamente. Insiste en su afirmación de que en el proceso de liquidación del **BNM** se siguió la normativa sobre la prioridad de pagos²⁵⁹. Adicionalmente, **Perú** indica que no está claro el argumento de la **Demandante** de que el **BCR** se desempeñó como un banco privado, ya que actuó de conformidad con las leyes que regían sus competencias y facultades²⁶⁰. También manifiesta que es absurdo argumentar que el **BCR** debió actuar según las supuestas mejores prácticas internacionales, que se aplicaron por primera vez en respuesta a una crisis financiera global que ocurrió una década después de los hechos de este caso²⁶¹.

199. **Perú** señala que los organismos de un Estado que suscribe “un TBI no renuncian a su autoridad reguladora tradicional ni a su habilidad de modificar y adaptar la legislación a través del tiempo”²⁶². Además, afirma que el marco legal de Perú no sufrió cambios significativos durante la crisis financiera y que la **SBS**, el **MEF** y el **BCR** aplicaron las leyes de manera consistente cuando trataron con el **BNM**: “el marco legal que se aplicó a BNM estuvo siempre conforme con las expectativas de estabilidad que un inversionista hubiera podido tener en el sistema financiero peruano”²⁶³.

200. En relación con la obligación de transparencia, **Perú** afirma que se refiere al

²⁵⁸ *Ibíd.*, ¶ 308.

²⁵⁹ *Ibíd.*, ¶ 310.

²⁶⁰ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 300.

²⁶¹ *Ibíd.*, ¶ 301.

²⁶² Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 313.

²⁶³ *Ibíd.*, ¶ 315.

conocimiento del inversionista de “manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, [de] las normas [y] reglamentaciones que regirán tales actividades”²⁶⁴. Afirmó que cumplió con esa obligación pues publicó todos los requerimientos legales del **PCSF** y los aplicó de manera consistente a los bancos interesados en participar. También sostiene que actuó en forma transparente al pagar a los acreedores de acuerdo con las prioridades establecidas por ley. Rechaza la teoría de conspiración expuesta por la **Demandante** en cuanto a eliminar la banca chica²⁶⁵. El **PCSF** no forzó a los bancos a hacer nada; estaba destinado a facilitar la reorganización de las empresas del sistema financiero nacional. Posteriormente se extendió a bancos que estaban intervenidos pero en el entendido de que todo banco intervenido sería liquidado y disuelto. En el caso del banco NBK, por ejemplo, sus activos y pasivos se vendieron por medio del **PCSF** y después se puso en liquidación²⁶⁶.

201. En relación con la rehabilitación del **BNM**, **Perú** explica que, de acuerdo con la ley, ese proceso solo se permite en la ley cuando un banco está en liquidación, no en intervención, y únicamente puede ser iniciado por al menos el 30% de los acreedores del banco, no por sus accionistas o directores²⁶⁷.

202. En cuanto a los alegatos relacionados con la discriminación, **Perú** afirma que la **Demandante** no demostró que las medidas arbitrarias o discriminatorias estén, de hecho, prohibidas en el **APPRI** y que, como mínimo, debe demostrar la existencia de esa prohibición (disposición “no perjudicial”) en el derecho consuetudinario internacional²⁶⁸. Con base en la doctrina, afirma que “no todos los ejercicios de discreción que se originan de la práctica común sin una justificación llegaran al nivel de arbitrariedad prohibida”²⁶⁹. Además, señala que “se necesitará demostrar arbitrariedad internacional, una falta de buena fe, un daño real”²⁷⁰ y afirma que la **Demandante** no probó ninguna de esas

²⁶⁴ *Tecmed*, nota anterior, ¶ 154.

²⁶⁵ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 319 a 322.

²⁶⁶ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 306; Prueba R-092 aportada por la Demandada.

²⁶⁷ *Ibíd.*, ¶ 307.

²⁶⁸ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 326 y 328.

²⁶⁹ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 330.

²⁷⁰ *Ibíd.*

situaciones²⁷¹.

203. **Perú** afirma, además, que una medida calificada de discriminatoria debe haberse tomado con la intención de dañar al inversionista y causar un perjuicio real²⁷². De acuerdo con varios laudos arbitrales, afirma que “cuando una medida o una diferenciación refleja ‘una relación razonable con políticas racionales’, dicha conducta no es ilegalmente arbitraria o discriminatoria”²⁷³. Con base en lo dicho, **Perú** afirma que, teniendo en cuenta los problemas financieros del **BNM**, es evidente que no hubo ningún acto arbitrario, discriminatorio o abusivo en la intervención de ese banco.

204. En particular, sobre las prácticas contables utilizadas por la SBS durante la intervención, **Perú** afirma que se hicieron los ajustes necesarios a los estados financieros para mostrar la verdadera situación del banco. En cuanto a la reducción del valor de los activos del **BNM** durante la intervención del banco, esta se debió a que se hizo una revaluación de su estado financiero con miras a reflejar los problemas financieros provocados por la administración del **BNM** antes de la intervención de la **SBS**. Agrega que, dada la insolvencia del banco, la administración de los activos por parte de la **SBS** no podría haber causado daño a la **Demandante**. Sobre el préstamo solicitado al **BCR** el 5 de diciembre del 2000, **Perú** explica que la decisión del **BCR** no fue arbitraria porque la normativa relacionada con los préstamos de emergencia exigía, en especial, la disposición de la garantía suficiente. En relación con el plan de rescate propuesto por los accionistas del **BNM**, afirma que el rechazo fue razonable ya que el plan no era legalmente viable; agrega que la **Demandante** no sufrió perjuicio alguno por ese rechazo porque la participación de los accionistas del **BNM** se habría diluido o habría desaparecido. En cuanto a la reducción del capital del **BNM** a cero, **Perú** explica que **PwC** y la **SBS** determinaron que el **BNM** era insolvente por lo tanto el patrimonio de ese

²⁷¹ Ibid., ¶ 334.

²⁷² *Alex Genin y otros c. República de Estonia* (Caso CIADI n.º ARB/99/2), Laudo, 25 de junio del 2001, ¶ 369 y n. 95.

²⁷³ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 332; *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, (CNUDMI), Laudo parcial, 17 de mayo del 2006, ¶ 307; *Lauder c. República Checa*, (CNUDMI), Laudo parcial, 3 de septiembre del 2001, ¶ 232.

banco no tenía valor²⁷⁴.

205. En relación con el fundamento de la decisión de liquidar el **BNM**, **Perú** afirma que la **SBS** no se basó en la valoración de la empresa Arthur Andersen, sino en el hecho de que según la Ley de Banca aplicable, luego de la intervención siempre sigue la liquidación, “a pesar del valor del banco”. En cuanto a los rumores que se dieron sobre el estado del **BNM**, **Perú** insiste en que las autoridades correspondientes no tenían conocimiento de ellos antes de la intervención y en que no tenían como política hacer comentarios públicos sobre instituciones específicas. Respecto al alegato de la **Demandante** de que rescató a otros bancos, la **Demandada** afirma que no rescató a los accionistas de bancos que estuvieran en una situación similar a la del **BNM**. Consecuentemente, no es cierto que haya existido discriminación en perjuicio del **BNM**. Sobre los retiros de depósitos públicos, **Perú** sostiene que no solo se retiraron fondos públicos del **BNM**, sino de todos los bancos del sector privado; agrega además, que la **Demandante** no demostró que la quiebra de ese banco se debió a esos retiros. Fue, en realidad, el retiro de depósitos de particulares lo que provocó la crisis de liquidez del **BNM**²⁷⁵.

206. Sobre el alegato de la **Demandante** referente al abuso de poder por el desacato a las decisiones judiciales peruanas, **Perú** afirma que “[m]ientras el poder judicial reconoció los derechos de los accionistas de BNM a tener una revisión judicial, este declaró que la SBS está autorizada –e inclusive obligada- a disponer de los bienes de BNM en el proceso de liquidación y a determinar si se había dejado cualquier valor residual al final del proceso. Por tanto, el poder judicial concluyó que la SBS no había abusado de su poder, además encontró que la SBS no había desacatado alguna de las decisiones del mismo”²⁷⁶. Afirma también que no existen resoluciones judiciales que ordenaran la producción de información sobre el proceso de liquidación del **BNM**; la

²⁷⁴ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 335 a 339.

²⁷⁵ *Ibíd.*, ¶¶ 340 a 343.

²⁷⁶ *Ibíd.*, ¶ 344.

única que se dictó fue anulada posteriormente²⁷⁷.

207. **Perú** niega haber actuado contra el **BNM** de mala fe, con coerción, amenazas u hostigamiento; además, sostiene que la **Demandante** debe demostrar las situaciones que supuestamente se dieron. Citó el caso *Vivendi II*²⁷⁸ que concluyó lo siguiente: “[e]n efecto, es la severidad y el ‘abuso de [] los poderes regulatorios para fines ilegítimos’ lo que distingue un acto ilegal del ejercicio legítimo de una autoridad soberana”²⁷⁹. Expresa que la **Demandante** no probó ningún acto de mala fe de las autoridades respectivas y afirma que incluso en el Memorial la **Demandante** dijo que las actuaciones de las autoridades de Perú “pudieron” tener como objetivo la afectación de la inversión y ser violatorias del estándar de tratamiento justo y equitativo²⁸⁰.

208. Sobre la visita de inspección al **BNM** en agosto del 2000, **Perú** afirma que fue hecha conforme con la ley, no fue excesivamente larga, ni fue la segunda del año, ya que lo que se hizo en enero fue una evaluación especial de la cartera de créditos de consumo y no una visita de inspección completa²⁸¹. Agrega que la reducción a cero del capital del **BNM** no fue una forma de coerción, pues ese banco ya era insolvente cuando fue intervenido y que divulgar ese hecho en una resolución no tuvo ningún efecto sobre el valor del patrimonio de ese banco y solo fue un reconocimiento de la realidad. Los esfuerzos para transferir los activos del **BNM**, como un bloque, a otro banco no fueron actos de coerción, sino actuaciones expresamente autorizadas en la Ley de Banca. Tampoco la presentación de cargos criminales contra los directores y accionistas del **BNM** fueron actos de coerción para la **SBS**, sino el cumplimiento de un deber por parte de esa entidad²⁸².

209. En relación con los alegatos de la **Demandante** sobre violaciones al debido proceso, **Perú** responde que no puede interpretarse el **APPRI** como una garantía de que

²⁷⁷ *Ibíd.*, ¶ 345.

²⁷⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/97/3), Laudo, 20 de agosto del 2007, ¶ 7.4.24.

²⁷⁹ Memorial de Contestación sobre el Fondo., ¶ 347.

²⁸⁰ *Ibíd.*, ¶ 348.

²⁸¹ *Ibíd.*, ¶ 349.

²⁸² *Ibíd.*, ¶¶ 350 a 353.

la **Demandante** tendría derecho a participar en la redacción o a comentar por adelantado el **PCSF** y que el “derecho a comentar un decreto de emergencia no es una garantía que está por lo general considerada como indispensable para la adecuada administración de justicia”²⁸³. Agrega que “ningún estándar del debido proceso generalmente aceptado necesita que todos los inversionistas tengan la oportunidad de asistir a las reuniones del gobierno, y mucho menos a *participar* en la toma de decisiones del gobierno”²⁸⁴. **Perú** concluye que el **PCSF** no tuvo impacto sobre los intereses de los accionistas del **BNM**; se hizo para beneficiar a las instituciones que decidieran participar²⁸⁵.

210. **Perú** insiste en que la **SBS** nunca desestimó ninguna decisión judicial; los juzgados no invalidaron ninguno de los actos administrativos de la **SBS** y los reclamos judiciales de los accionistas del **BNM** fueron rechazados por infundados²⁸⁶. También señala que no hay ninguna norma generalmente aceptada que obligue al Estado peruano a ofrecer a los inversionistas la revisión en vía administrativa de las actuaciones administrativas, aparte de la existente vía judicial²⁸⁷.

211. **Perú** niega que los accionistas del **BNM** no hubieran tenido acceso a la revisión judicial. Ellos presentaron varias acciones ante el Poder Judicial, en las que formularon sus argumentos y aportaron la evidencia que consideraron adecuada. De lo resuelto en varios laudos, **Perú** extrae la siguiente conclusión: “la sustancia de una decisión judicial puede llevar a encontrar la negación de justicia solo ‘cuando la decisión es claramente arbitraria, injusta o idiosincrática, lo que demuestra mala fe’ o ‘como un indicador de falta del debido proceso’”²⁸⁸. Además, **Perú** agrega que los accionistas del **BNM** tuvieron la posibilidad de recurrir las decisiones administrativas para reducir los depósitos públicos, disminuir el patrimonio de los accionistas del **BNM** y liquidar el

²⁸³ Ibid., ¶ 359.

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid., ¶ 361.

²⁸⁶ Ibid., ¶ 362.

²⁸⁷ Ibid., ¶ 363.

²⁸⁸ Ibid., ¶ 366; *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán* (Caso CIADI n.º ARB/05/16), Laudo, 29 de julio del 2008, ¶ 653; *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia* (Arbitraje V 079/2005 de la Cámara de Comercio de Estocolmo), Laudo final, 12 de septiembre del 2010, ¶ 279.

BNM y, en todo caso, no presentaron pruebas para fundamentar sus argumentos²⁸⁹. En cuanto a la resolución de la Corte Suprema, que confirma la decisión de la **SBS** de liquidar el **BNM**, **Perú** señala que la decisión estaba bien fundamentada y no estaba influenciada por la supuesta presión política²⁹⁰.

212. En la siguiente sección se describirán los alegatos de la **Demandante** en relación con lo que ella considera una violación del estándar de trato nacional y la respuesta de **Perú**.

B. Violación del estándar de trato nacional

1. Alegatos de la Demandante

213. La **Demandante** señala que una conducta estatal violatoria de estándares internacionales puede ser un acto o una omisión²⁹¹. Indica que el primer párrafo del artículo 4 del **APPRI** regula el principio del trato nacional hacia los inversionistas y hacia la inversión misma: “[c]ada Parte Contratante otorga, en su territorio y en su área marítima, a los nacionales o a las sociedades de la otra parte, en lo que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que aquel acordado a sus nacionales o sociedades, [...]”.

214. La **Demandante** señala, además, que el análisis de la violación de este principio contiene tres elementos esenciales: a) la identificación del comparador y del concepto de circunstancias similares; b) la existencia de un trato diferenciado y la ausencia de una justificación razonable y c) la irrelevancia de la intención estatal²⁹².

215. Señala la **Demandante** que ese principio o estándar protege a inversionistas extranjeros que se encuentran en circunstancias similares a las de un inversionista nacional o su inversión y se cumple, si el inversionista **Demandante** se encuentra en el mismo giro o en competencia directa con el comparador. También indica que es

²⁸⁹ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 368.

²⁹⁰ *Ibíd.*, ¶¶ 369 y 370.

²⁹¹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 633.

²⁹² *Ibíd.*, ¶ 637.

importante considerar la razonabilidad de la medida estatal en la que se otorgó el trato diferenciado. En esa misma línea de pensamiento, la **Demandante** afirma que el **BNM** era comparable con el **BCP**, el Banco Wiese, el Banco Latino y el Banco de Comercio, todos bancos peruanos²⁹³.

216. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** además señala otras circunstancias para comparar al **BNM** con los bancos mencionados anteriormente: esas entidades realizaban las mismas funciones, brindaban idénticos servicios financieros, tenían un crecimiento parecido y asumían riesgos similares²⁹⁴.

217. La **Demandante** señala que, según la doctrina y la jurisprudencia, hay incumplimiento del trato nacional independientemente de que el Estado tome en cuenta o no la nacionalidad del inversionista; por eso, existen medidas discriminatorias *de iure* y *de facto*. Con base en lo resuelto en el caso de *Feldman Karpa c. México*²⁹⁵, afirma que, una vez probado el trato diferenciado, el Estado debe demostrar la existencia de una base razonable que lo justifique; si no lo hace, se está frente a una medida discriminatoria violatoria del estándar de trato nacional²⁹⁶.

218. La **Demandante** afirma que en enero del 2001 la **SBS** y el **MEF** tranquilizaron los mercados y contrarrestaron los efectos de rumores que circulaban sobre los bancos peruanos **BCP** y Wiese Sudameris. Agrega que las noticias dadas por medios de comunicación nacionales comprueban esta afirmación (pruebas V-29, V-30, V-31, V-32, V-33, V-34, V-35 y V-36 aportadas por la **Demandante**). Concluyó que no hay una base razonable ni causas objetivas de política pública para justificar la diferenciación y la discriminación de tratamiento²⁹⁷.

219. También alega la **Demandante** que el Estado apoyó de forma “desproporcionada” al Banco Wiese y al Banco Latino y que, por medio del **COFIDE**, intervino a favor del

²⁹³ Ibid., ¶¶ 638 a 644.

²⁹⁴ Réplica sobre el Fondo, ¶ 467.

²⁹⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/99/1), Laudo, 16 de diciembre del 2002, ¶ 176.

²⁹⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 645 a 650.

²⁹⁷ Ibid., ¶¶ 653 a 659.

Banco Latino capitalizando sus acreencias, con lo que evitó que fuera intervenido. La ayuda se dio con programas de salvataje y reflatamiento por sumas más elevadas que las requeridas por el **BNM**, que solo necesitaba US\$20 millones. Este monto podría haberse otorgado mediante el mecanismo del redescuento por el **BCR** y por medio de otras alternativas viables, que habrían evitado la intervención del **BNM**²⁹⁸.

220. La **Demandante** también cita el caso del Banco de Comercio cuyo principal accionista es el propio Estado peruano y, el que, según ella, supuestamente contaba con un ratio inferior al del **BNM** y sin embargo logró superar la crisis de liquidez en el sector financiero. La **Demandante** también afirma que la **Demandada** no entregó el listado de los redescuentos monetarios que el **BCR** les dio a los bancos entre agosto del 2000 y agosto del 2001, tal como había ordenado el Tribunal Arbitral en la Resolución Procesal n.º 1. Esta lista hubiera acreditado el apoyo que recibieron otras entidades bancarias por parte del Estado, en contraste con el tratamiento conferido al **BNM**²⁹⁹.

221. La **Demandante** agrega en su Réplica sobre el Fondo, que la posición de **Perú** en el sentido de que la cuota de mercado de los bancos es un indicador suficientemente razonable para la diferenciación en el trato, no tiene sustento³⁰⁰. De acuerdo con el experto de la **Demandante**, el señor Nicolas Dujovne, en diciembre de 1999, el **BNM** era el sexto banco más grande de Perú y una institución de importancia sistémica³⁰¹.

222. También señala la **Demandante** que el artículo 20 de la Ley de Banca prohíbe a accionistas, gerentes y directores de empresas que hayan sido intervenidas por la **SBS**, seguir siendo calificados como “organizadores”. Sin embargo, esa norma no se aplicó a los accionistas nacionales que se beneficiaron con programas de rescate, como el Banco Latino, en el que, incluso luego de su nacionalización, sus directores se mantuvieron en sus cargos³⁰².

²⁹⁸ Ibid., ¶¶ 660 a 665.

²⁹⁹ Ibid., ¶¶ 666 a 672.

³⁰⁰ Réplica sobre el Fondo, ¶ 464.

³⁰¹ Opinión del perito Nicolas Dujovne, 15 de mayo del 2012, ¶ 13.

³⁰² Réplica sobre el Fondo, ¶ 477.

223. En su escrito posterior a la audiencia, la **Demandante** incluye un título denominado: “El Tratamiento más favorable otorgado por la SBS al Banco Wiese y al Banco Latino durante la crisis financiera” y argumenta que “se encuentra acreditado que los sistemas de salvataje aplicados por el Estado a los bancos locales, no recortaban la posibilidad de un reflatamiento de las entidades bancarias por aporte directo o de terceros y la permanencia de algunos directores. A diferencia de ello, en el caso del BNM, la Ley de Banca sufrió modificaciones mediante Decretos de Urgencia días antes de la intervención del BNM para establecer nuevas reglas de juego en los procesos de salvataje o de intervención de los bancos, desechando toda posibilidad de reflatamiento por sus accionistas, quedando la única alternativa la venta de bloque patrimonial o la disolución y liquidación de la entidad bancaria”³⁰³.

2. Respuesta de la Demandada

224. **Perú** alega que el **BNM** no estuvo en circunstancias similares a las del **BCP**, Banco Wiese Sudameris ni Banco Latino. Además, afirma que una inversión nacional no se encuentra en las mismas circunstancias que una inversión extranjera simplemente por el hecho de que ambas empresas están en la misma industria o en una relación competitiva. Agrega que un elemento esencial del análisis del trato nacional es la justificación razonable del trato diferencial. A este efecto, si el trato diferencial se apoya razonablemente en una política nacional, no se considerará que las inversiones locales y extranjeras estuvieron en las mismas circunstancias³⁰⁴.

225. **Perú** explica que el Banco de Crédito y el Banco Wiese Sudameris eran, respectivamente, el primer y el segundo banco más grandes del Perú y que, hasta noviembre del 2000 representaban el 44% de los préstamos y el 51% de los depósitos³⁰⁵. El Banco Latino tenía una red muy grande de depositantes individuales, lo que hacía que su existencia fuera muy importante para la seguridad del sistema bancario peruano. Por el contrario, en noviembre del 2000, el **BNM** tenía el 4% de todos los préstamos del sistema

³⁰³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 138.

³⁰⁴ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 375 a 378.

³⁰⁵ Prueba R-169 aportada por la Demandada.

financiero y el 2% de los depósitos³⁰⁶. Por otro lado, los depositantes del **BNM** no eran individuos, sino empresas, otros bancos y entidades estatales, por lo que su quiebra no hubiera creado (como no la produjo) una desestabilización del sistema financiero³⁰⁷.

226. Considerando el banco que era más similar al **BNM** en ese entonces, **Perú** compara el **BNM** con el NBK Bank que tenía el 3,3% de los préstamos y el 1,9% de los depósitos de esa Nación y que, el 11 de diciembre del 2000, dejó de pagar sus obligaciones por lo que también fue excluido del proceso de compensación de cheques del Perú y la **SBS** lo intervino. El NBK Bank ingresó al Régimen Especial de Transición y el Banco Financiero lo adquirió usando el **PCSF** por lo que sus accionistas perdieron su participación accionaria y su inversión.

227. **Perú**, además, afirma que el Superintendente no hizo, como lo afirma la **Demandante**, ninguna declaración con el fin de desmentir rumores en relación con los tres bancos mencionados; se trató solo de declaraciones generales acerca del bienestar global del sistema financiero³⁰⁸. En cuanto a los alegatos de la **Demandante** sobre la forma en que Perú rescató el Banco Latino y el Banco Wiese, **Perú** afirma que “con el Banco Latino, el gobierno comprometió algunos fondos y nacionalizó de manera efectiva al banco; el accionario fue severamente diluido y eliminado eventualmente. Para el Banco Wiese, el gobierno no terminó pagando ningún fondo público, y en el proceso de dicha fusión, los accionistas del Banco Wiese perdieron control del accionario en el banco”³⁰⁹. En consecuencia, incluso si Perú confirió el mismo trato al **BNM** y al Banco Latino o al Banco Wiese, lo que no podría haber hecho, los accionistas del **BNM** hubieran perdido sus acciones y el control del banco³¹⁰.

228. En relación con el Banco de Comercio, **Perú** expresa que la **Demandante** no explicó las supuestas similitudes de ese banco con el **BNM**. De acuerdo con Perú, la **Demandante** tampoco demostró su afirmación de que el Banco de Comercio recibió un

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 379 y 380.

³⁰⁸ Pruebas R-178 y R-180 aportadas por la Demandada.

³⁰⁹ Memorial de Contestación sobre el Fondo., ¶ 384.

³¹⁰ Ibid. ¶ 385.

trato más favorable de las autoridades peruanas que el **BNM**. Si bien la **SBS** debía por ley intervenir el **BNM**, cuando ese banco dejó de pagar sus obligaciones, ese no fue el caso del Banco de Comercio, aunque sus indicadores de liquidez eran más débiles que los del **BNM**. La **Demandante**, por eso, no demostró la violación del estándar de trato nacional en ese aspecto³¹¹.

C. Negativa a brindar protección y seguridad plenas

1. Alegatos de la Demandante

229. La **Demandante** cita el artículo 5 (1) del **APPRI** como la norma que regula el principio de protección y seguridad plenas: “Las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de una parte contratante gozarán de una amplia y plena protección y seguridad en el territorio y en el área marítima de la otra parte contratante”³¹².

230. La **Demandante** afirma que ese principio puede ser violentado mediante acción u omisión³¹³. Además, la **Demandante** alega que, según la doctrina y los precedentes arbitrales, el principio de la protección y seguridad plenas va más allá de la seguridad física³¹⁴. Por otro lado, un elemento importante de la protección y seguridad plenas es el derecho de acudir a un sistema de adecuada administración de justicia³¹⁵. La denegación puede originarse en la falta de acceso a un sistema judicial justo o por el incumplimiento de las resoluciones judiciales por parte de los otros órganos del Estado; concretamente alega que, en este caso acreditó, el desacato de resoluciones judiciales por parte de la **SBS**³¹⁶.

231. La **Demandante** señala las siguientes situaciones en las cuales, según su opinión, se vulneró el estándar de protección y seguridad plenas:

³¹¹ Ibid., ¶ 387.

³¹² Memorial sobre el Fondo, ¶ 678.

³¹³ Ibid., ¶ 679.

³¹⁴ *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/12), Laudo, 14 de julio del 2006, ¶ 408; *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/8), Laudo, 6 de febrero del 2007, ¶ 303.

³¹⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 674 a 677 y 680.

³¹⁶ Ibid., ¶ 682.

“El BNM y sus inversionistas estuvieron imposibilitados de:

- (i) Acceder a un sistema de solución de controversias, justo y predecible;
- (ii) Acceder a un sistema judicial cuyas resoluciones sean cumplidas cabal y oportunamente por los órganos del propio Estado Peruano; y
- (iii) Acceder a un sistema judicial que no ceda ante las presiones públicas que ejercen los principales Poderes del Estado”³¹⁷.

232. La **Demandante** indica que la doctrina y determinados laudos del CIADI han identificado dos requisitos para que se dé la denegación de justicia: a) agotamiento de las vías previas en la jurisdicción del Estado receptor y b) identificación de la conducta ilícita atribuible al sistema judicial no corregible por los remedios locales³¹⁸. En cuanto al agotamiento de los remedios, la **Demandante** reitera el hecho de que no hay en la vía administrativa, forma alguna de impugnar las resoluciones de la **SBS**. En lo que respecta a la conducta ilícita, la **Demandante** señala que el objetivo del proceso contencioso administrativo en Perú es solo evaluar los aspectos formales de los actos administrativos, y no discutir los temas de fondo de un caso, como la presente controversia, relacionada con la intervención y la disolución del **BNM**³¹⁹.

233. La **Demandante** señala las siguientes situaciones de denegación de justicia:

- i. Violación de la obligación de acatamiento de las resoluciones judiciales por parte de la **SBS** en lo que concierne a la declaratoria de inaplicabilidad de la Resolución SBS n.º 509-2001, mediante la cual se redujo el capital del **BNM** a cero;
- ii. Interferencia abierta e ilegal del Presidente de **Perú**, la Presidenta del Congreso y del Superintendente de Banca y Seguros quienes, en 2007, dieron declaraciones a los medios de comunicación con el fin de influenciar el resultado final del proceso judicial contencioso administrativo iniciado por los accionistas del **BNM** contra la Resolución SBS n.º 775-2001, mediante la cual se ordenó la liquidación y disolución

³¹⁷ Ibid., ¶ 685.

³¹⁸ Ibid., ¶ 686; *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI n.º ARB/00/9), Laudo, 16 de septiembre del 2003, ¶ 20.33.

³¹⁹ Ibid., ¶¶ 687 a 692.

del **BNM**;

- iii. Autorización ilegal del Congreso al Poder Ejecutivo en relación con una ley que suspendería los incrementos salariales de los vocales de la Corte Suprema de Justicia, quienes dictarían la sentencia relacionada con la acción interpuesta por los accionistas del **BNM** contra la Resolución SBS n.º 775-2001, mediante la cual se ordenó la disolución y liquidación de ese banco, y
- iv. Falta de análisis y motivación de la sentencia dictada por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia dictada el 11 de octubre del 2006, referente a la Acción Contencioso Administrativa interpuesta por el **NMH** contra la Resolución SBS n.º 775-2001. Según la opinión de la **Demandante**, esa sentencia fue arbitraria³²⁰.

234. Al referirse a la violación del estándar de protección y seguridad plenas, la **Demandante** dice que “cuestiona la conducta del sistema judicial como una actuación autónoma, cuya ilicitud se encuentra en relación directa con la afectación de los derechos económicos del inversionista”³²¹. Agrega que, como no existe acceso a un sistema judicial justo y eficaz desde la perspectiva del derecho internacional, la acción que interpusieron los accionistas del **BNM** cuestionando la disolución y liquidación del **BNM**, cierra cualquier otra posibilidad de accionar por esa vía. La **Demandante** señala, además, que las opiniones emitidas por el Presidente de la República, la Presidenta del Poder Legislativo y el Superintendente (y se refiere a los videos que aportó con la Solicitud de Arbitraje como prueba 08) son abiertamente públicas, coercitivas y concertadas³²².

235. La **Demandante** señala en su Réplica sobre el Fondo la ausencia de un medio efectivo de defensa administrativa, pues las decisiones de la **SBS** solo se pueden recurrir

³²⁰ Ibid., ¶ 693.

³²¹ Ibid., ¶ 694.

³²² Ibid. ¶¶ 695 a 698.

por la vía judicial y no en sede administrativa³²³. Esto se debe a que la vía judicial “no está capacitada de manera técnica ni profesional para cuestionar la ‘verdad’ del Estado [...] convirtiendo el medio de revisión judicial en un medio formal pero ineficiente para los derechos del inversionista”. Además, afirma que por la vía contencioso administrativa se analizan únicamente los asuntos de forma, y no los de fondo³²⁴.

236. La **Demandante** también hace referencia a que los reportes internacionales relacionados con el cuestionamiento de la parcialidad y corrupción del Poder Judicial peruano lo ubicaban en el 2007 casi al final en el “ranking”³²⁵.

2. Respuesta de la Demandada

237. **Perú** afirma que la **Demandante** no presentó ninguna evidencia de su grave afirmación de que el Presidente de **Perú**, el Congreso y la **SBS** interfirieron e influenciaron indebidamente a la Corte Suprema de Justicia, que estaba conociendo la resolución de la **SBS** que declaró la liquidación y disolución del **BNM**. La **Demandante** tampoco presentó evidencia de que la Corte Suprema se vio influenciada por el proyecto del Congreso sobre la suspensión del incremento salarial de los integrantes de dicha corte³²⁶. Además, los argumentos de la **Demandante** son contradictorios, pues ella se apoya en los informes emitidos por dos subcomités del Congreso sobre las acciones y omisiones de la **SBS** y, al mismo tiempo, alega que el Congreso influyó, junto con el Poder Ejecutivo, al Poder Judicial para perjudicar al **BNM**³²⁷.

238. **Perú** manifiesta que, en todo momento, otorgó plena protección y seguridad a los accionistas del **BNM**, quienes tuvieron acceso irrestricto al Poder Judicial. Alega que la **Demandante** no está satisfecha con lo resuelto en media docena de juicios, pero no ofreció prueba alguna de que la eficiencia y la pericia hubieran faltado en esos procesos ni explicó en qué sentido el proceso de revisión judicial fue insuficiente para brindar

³²³ Réplica sobre el Fondo, ¶ 484.

³²⁴ *Ibíd.*, ¶ 488.

³²⁵ *Ibíd.*, ¶ 496; Prueba XI-12 aportada por la Demandante.

³²⁶ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 371 y 372.

³²⁷ *Ibíd.*, ¶¶ 372-373.

debido proceso y acceso a la justicia³²⁸. En relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia que cuestionó la **Demandante**, **Perú** insiste en que, de hecho, es clara y está bien fundamentada³²⁹. Los argumentos infundados de la **Demandante** sobre las presiones políticas y el hecho de que la justicia de Perú fue objeto de crítica en informes internacionales sobre la reforma judicial pueden haber carecido de peso alguno en la decisión de la Corte Suprema³³⁰.

D. Expropiación indirecta

1. Alegatos de la Demandante

239. La **Demandante** alega que, en este caso, se dio una expropiación indirecta y que el valor de la inversión y los derechos legales y contractuales protegidos por el **APPRI** fueron objeto de menoscabo paulatino y sistemático³³¹. El artículo 5 (2) del **APPRI** establece que: “[l]as Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante. Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada cuyo monto, equivalente al valor real de las inversiones afectadas, será determinado en base a una situación económica normal y anterior a toda amenaza de expropiación [...]”.

240. De acuerdo con la **Demandante**, las medidas de expropiación de Perú se concentraron en las siguientes acciones: la segunda visita de la **SBS** al **BNM**, que fue excesivamente prolongada; la inacción para neutralizar los rumores sobre la situación financiera del **BNM**; el deterioro de la cartera de crédito del **BNM** durante la intervención de la **SBS**; la reducción por parte de la **SBS** del capital del **BNM** a cero; la

³²⁸ Dúplica sobre el Fondo, ¶¶ 336 y 337.

³²⁹ *Ibíd.*, ¶ 338.

³³⁰ *Ibíd.*

³³¹ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 700 a 709.

falta de una valorización global del patrimonio del **BNM** antes de la declaración de su liquidación y disolución; la inexistencia de los informes legales y técnicos de la gestión de los interventores que reclasificaron la cartera del **BNM** y que llevaron a negativo su patrimonio, lo cual también derivó en las medidas finales de expropiación y a que se declarara la disolución del banco³³².

241. La **Demandante** considera “que la finalidad objetiva del BCR y de la SBS de garantizar el derecho de los ahorristas y la salud general del sistema bancario y financiero, constituyó una *aparente* medida regulatoria soberana del Estado para pretender justificar una medida altamente restrictiva sobre los derechos de propiedad de la **Demandante**”³³³. La **Demandante**, además, señala que para determinar el grado de expropiación de una medida del Estado se deben tener en cuenta sus efectos sobre la inversión protegida³³⁴.

242. Para la **Demandante**, la privación de la inversión en este caso cumple con los requisitos señalados en los antecedentes arbitrales sobre la privación sustancial³³⁵ y absoluta³³⁶. En efecto, los interventores del **BNM** asumieron las facultades de la administración de esa entidad y limitaron las facultades de la Junta de Accionistas; la **SBS** redujo el capital de ese banco a cero, lo que provocó la eliminación de los derechos políticos y económicos de los accionistas y decretó su disolución; ello impidió que el banco fuera sujeto de crédito y que los accionistas persiguieran los fines de la sociedad³³⁷.

243. Afirma la **Demandante** que “el BNM no estaba arrojando pérdidas en sus balances, ni contaba con flujos de caja negativos antes de la medida, por lo que la privación sustancial cumple con el requisito económico de constituirse en una afectación

³³² Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 710 y 711.

³³³ Ibid., ¶ 715.

³³⁴ Ibid., ¶ 717.

³³⁵ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1), Laudo, 30 de agosto del 2000, ¶ 103.

³³⁶ *Tecmed*, nota anterior, ¶ 115.

³³⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 720 y 721.

real y no teórica en el goce económico de la inversión de la **Demandante**”³³⁸.

244. La **Demandante** agrega que, como consecuencia de la intervención, el inversionista no tuvo control efectivo sobre la toma de decisiones económicas y de negocios del **BNM**. Con la declaración de su disolución y liquidación la pérdida de control fue total e irreversible³³⁹. La **Demandante** cita los artículos 106 y 114 de la Ley de Banca en los cuales se regulan las consecuencias de la intervención, disolución y liquidación de un banco, que derivó en la pérdida de control de la inversión y la extinción del objeto social del **BNM**³⁴⁰.

245. La **Demandante** alega que la afectación económica no fue “*efímera ni leve*, ni mucho menos factible de ser mitigada por la Inversionista en el Perú”³⁴¹. En relación con este tema, la **Demandante** señala los siguientes actos “graves”, “explicados desde la perspectiva del impacto económico”: a) la negativa del **BCR** a ser prestamista de última instancia para aportar liquidez al sistema financiero; b) la inacción de la **SBS** para enfrentar las especulaciones y los rumores, lo que generó pánico financiero y retiro masivo de fondos; c) el retiro abrupto de fondos públicos que derivaron en el retiro de depósitos de particulares; d) la resolución de intervención de la **SBS** que provocó el cese de todas las operaciones del **BNM**; e) la irregular práctica contable de los interventores de la **SBS** que afectó el resultado económico del **BNM**; f) la reducción del capital del **BNM** a cero; g) la disolución ordenada por la **SBS** sustentada en un déficit de US\$217 millones, gran parte producto del deterioro que se produjo durante la administración de los interventores de la **SBS** y h) la resolución de la **SBS** que ordenó la disolución y liquidación del **BNM** que causó que el **BNM** dejara de ser sujeto de crédito³⁴².

246. Señala, además, la **Demandante** que los efectos de dichos actos no pudieron ser mitigados por los accionistas del **BNM** mediante las siguientes acciones que tomaron o trataron de tomar: aumentos de capital; venta de cartera; solicitud de redescuentos ante el

³³⁸ Ibid., ¶ 725.

³³⁹ Ibid., ¶ 726.

³⁴⁰ Ibid., ¶¶ 732 a 734.

³⁴¹ Ibid., ¶ 736.

³⁴² Ibid., ¶ 737.

BCR; peticiones a la **SBS** y al **MEF** para que neutralizaran el pánico financiero; plan de rescate y propuesta para adquirir el Banco Financiero³⁴³.

247. La **Demandante** alega que la arbitrariedad de las medidas fue notoria y señala los siguientes hechos concretos como arbitrarios: a) la segunda visita de la **SBS** en un mismo año que demuestra que el rol discrecional de visitas no fue ejercido con prudencia y reflejó un abuso de autoridad el cual generó desconfianza en el mercado; b) la omisión por parte del **BCR** y la **SBS** de neutralizar las especulaciones y rumores; c) el deterioro significativo de la cartera de créditos del **BNM** durante la intervención de la **SBS**; d) la reducción del capital del **BNM** a cero, que fue ilegal y declarada inaplicable en un proceso constitucional de amparo; e) la falta de valorización global del patrimonio del **BNM** al momento en que la **SBS** tomó la decisión sobre su disolución y f) las irregulares prácticas contables de los interventores de la **SBS**³⁴⁴.

248. La **Demandante** reitera que “[l]os efectos de las medidas denunciadas en contra de la inversión del **Demandante** tuvieron un impacto destructivo desde el mismo día de su ejecución en vista que afectaron la *confianza* en el mercado y su permanencia en el tiempo se proyecta hasta la fecha, consolidando la frustración de toda posibilidad de reactivar el negocio bancario”³⁴⁵.

249. La **Demandante** enfatiza que, en el contexto de las medidas de expropiación, el concepto de legítimas expectativas es relevante y que la autorización de funcionamiento del **BNM** hecha por la **SBS** “refleja una *obligación explícita* del Estado en dar las garantías indispensables a favor del inversionista para llevar a cabo una inversión, que por la naturaleza del negocio bancario es de largo plazo”³⁴⁶. El inversionista tenía legítimas expectativas de proyectar un plan de crecimiento y eso se acredita con la adquisición del Banco del País, el plan de adquirir el Banco Financiero y los aumentos de capital que se hicieron hasta el año 2000, cuando el **BNM** fue intervenido por la **SBS**³⁴⁷.

³⁴³ Ibid., ¶ 741.

³⁴⁴ Ibid., ¶ 746.

³⁴⁵ Ibid., ¶ 750.

³⁴⁶ Ibid., ¶ 760.

³⁴⁷ Ibid., ¶ 763.

Además, el **BNM** se había posicionado como sexto del país en cuanto a patrimonio y cuota de mercado, y había logrado consolidar relaciones comerciales importantes con bancos extranjeros³⁴⁸.

250. La **Demandante** destaca que, según la *sole effects doctrine*, si la expropiación excede los límites de interferencia arbitraria, se debe abonar una compensación al inversionista, independientemente del propósito u objetivo del supuesto interés general de la medida gubernamental³⁴⁹. El propósito de la expropiación no constituye un requisito necesario para que se configure la responsabilidad internacional del Estado³⁵⁰.

251. La **Demandante** se refiere a la existencia de dos posiciones con respecto al poder de policía: la primera es la llamada Doctrina Radical de los Poderes de Policía; la segunda es la Doctrina Moderada. Según la **Demandante**, frente a cualquiera de esas doctrinas, es imposible sostener que, en este caso, las acciones del Estado se basaron en el interés público. Según la primera teoría, son necesarios estos requisitos para que una medida sea arbitraria: que sea claramente discriminatoria y que se haya dictado de mala fe y con violación del debido proceso. Según la segunda teoría se toman en cuenta los efectos de la interferencia estatal y el propósito de la medida, considerando si existe un verdadero interés público o no y las legítimas expectativas del inversionista; entre esos elementos debe existir proporcionalidad. La prueba de la proporcionalidad permite determinar si se dio un equilibrio entre el interés público y los efectos negativos de la medida³⁵¹.

252. Según la **Demandante** en este caso, no es posible identificar el interés público que justifique las medidas dictadas por la **SBS**. También señala que no hay ni la mínima certeza de que el **BNM** haya incumplido alguna normativa pues ninguno de los informes de visita de la **SBS** identificó irregularidades graves; simplemente, hizo algunas observaciones propias del giro de negocio, en medio de una crisis de liquidez ocasionada por el propio Estado. Si buscaba asegurar el ahorro público y la estabilidad del sistema

³⁴⁸ Ibid., ¶¶ 765 a 766.

³⁴⁹ Ibid., ¶¶ 770.

³⁵⁰ Ibid., ¶ 772.

³⁵¹ Ibid., ¶ 773 a 783.

financiero, el **BCR** debió ser el prestamista de última instancia y la **SBS** debió repeler los rumores sobre la liquidación del **BNM**. Concluye que es imposible defender la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas en función de algún interés público que justifique la afectación sustancial de los derechos y las legítimas expectativas del inversionista³⁵².

253. Con base en el artículo 5 del **APPRI**, la **Demandante** se refiere a la ilegalidad del acto expropiatorio. Al respecto afirmó que “el Estado Peruano, al no cumplir con el compromiso internacional asumido de no expropiar, conlleva indefectiblemente la determinación de la ilegalidad del acto expropiatorio”³⁵³. Más adelante dice que “toda expropiación, derivada de un acto regulatorio o no, que incumpla los requisitos establecidos por dicho artículo o por el derecho internacional, resulta ser sancionable y acarrea, necesariamente, la responsabilidad del Estado receptor”³⁵⁴.

254. Seguidamente la **Demandante** analiza diversos aspectos del artículo 5 del **APPRI**. El primer elemento a considerar es la utilidad pública lo que obligaría al Estado a sancionar una ley que autorizara la expropiación de la inversión basada en ese concepto. En el caso del **BNM**, según la **Demandante**, el procedimiento establecido legalmente para una expropiación no se respetó³⁵⁵. La **Demandante**, luego, analiza dos condiciones adicionales que no están expresamente contempladas en el **APPRI**, pero que pueden ser consideradas parte de la defensa del interés público o la necesidad pública. La **Demandante** cita el artículo 87 de la Constitución Política de Perú y el artículo 2 de la Ley de Banca que regulan el ahorro y el funcionamiento del sistema financiero y señala que, en la acción de amparo interpuesta por el **NMH**, la **SBS** dijo que la finalidad de la intervención fue la de proteger la estabilidad del sistema financiero y los derechos de los inversionistas y acreedores del **BNM**. Para la **Demandante**, **Perú** no acreditó el supuesto interés o la utilidad pública que respalden la medida irreversible y destructiva de la intervención, disolución y liquidación del **BNM**³⁵⁶. La conducta del **BCR** no cumplió con

³⁵² Ibid., ¶ 787 a 792.

³⁵³ Ibid., ¶¶ 800 y 801.

³⁵⁴ Ibid., ¶¶ 801 y 804.

³⁵⁵ Ibid., ¶¶ 809 y 810.

³⁵⁶ Ibid., ¶¶ 812 a 816.

la función de último prestamista en cuanto a la protección de los ahorros del público. Alega, además, que, durante la intervención, se dio prioridad de pago a los bancos del exterior en desmedro de los ahorristas y que eso prueba la falta de la utilidad pública de la medida estatal³⁵⁷.

255. Afirma también la **Demandante** que se disolvió y liquidó un banco saludable patrimonialmente, como una salida a una iliquidez temporal causada por el Estado, por la propia inestabilidad política y por la exposición pública de los actos de corrupción generalizados del Gobierno, fortaleciendo a la banca grande y reduciendo la competencia del mercado³⁵⁸.

256. La **Demandante** señala, además, los siguientes actos de las autoridades peruanas que fueron hechos de mala fe y fueron discriminatorios: i) negativa a un redescuento del **BCR**; ii) creación del **PCSF** sin participar a la banca chica; iii) el **PCSF** favoreció la adquisición de bancos chicos y endureció los procesos de negociación de fusión; iv) falta de justificación técnica y legal para someter al **BNM** al Régimen Transitorio; v) actuación contradictoria de la **SBS**, pues en el informe de la segunda visita de inspección no dijo que era necesario que el **BNM** aumentara su capital pero, luego, alegó la insuficiencia de capital para negar la adquisición del Banco Financiero; vi) la reducción del capital del **BNM** a cero; vii) la falta de fundamento de la Resolución SBS n.º 775-2001, mediante la cual se ordenó la disolución del **BNM**; viii) la gestión del interventor al aplicarle al **BNM** una metodología inconsistente y ix) el registro retroactivo de ajustes contables durante la intervención³⁵⁹.

257. La **Demandante** también se refiere a un test de proporcionalidad entre los efectos de la medida, el interés público y las legítimas expectativas del inversionista. Si no existe el equilibrio entre esos factores, se produce un acto expropiatorio ilegal³⁶⁰. Se refirió, además, a que las medidas del Estado deben ser lo menos invasivas posible y que, al usar

³⁵⁷ Ibid., ¶¶ 818 y 819.

³⁵⁸ Ibid., ¶ 820 y 827.

³⁵⁹ Ibid., ¶¶ 833 y 834.

³⁶⁰ Ibid., ¶¶ 851 y 853.

las facultades discrecionales, debe respetarse el principio de mínima injerencia³⁶¹.

258. También señala la **Demandante** la implementación de un régimen paralelo al establecido en la Ley de Banca como un cambio de las reglas del juego referentes a los procedimientos de intervención y disolución de empresas bancarias, el cual claramente favorece la transferencia de bancos pequeños a bancos grandes, afecta las expectativas y derechos de los accionistas y no busca mantener bancos patrimonialmente sólidos en el mercado³⁶².

259. La **Demandante** afirma que es posible constatar el grado de severidad de la intervención de la **SBS** que paralizó las actividades del **BNM**; que las legítimas expectativas del inversionista se vieron afectadas de manera sustancial por lo que la intervención y la disolución son nulas. También menciona que, según el derecho internacional, la reducción del capital a cero es una medida desproporcionada. La **Demandante** además argumenta que aunque las acciones de la **SBS** puedan ser lícitas en virtud del derecho interno, fueron ilegales y arbitrarias a la luz del derecho internacional. De acuerdo con la **Demandante**, **Perú** violó los principios de predictibilidad, proporcionalidad, buena fe y seguridad jurídica, así como los principios de protección de inversiones y el derecho internacional y, en consecuencia, debe compensar los daños causados³⁶³.

260. De conformidad con el artículo 5 del **APPRI**, la **Demandante** afirma que un requisito para que una expropiación sea legal es que respete la legislación doméstica y el debido proceso. Sobre el cumplimiento del debido proceso, señaló que deben presentarse los siguientes factores: mecanismos básicos de impugnación; órganos de apelación o revisión independientes del organismo gubernamental que haya dictado o ejecutado la expropiación; órganos de revisión que puedan dejar sin efecto el acto y ordenar una compensación, y la existencia de normas procedimentales claras y transparentes para

³⁶¹ Ibid., ¶¶ 853 y 854.

³⁶² Ibid., ¶ 856.

³⁶³ Ibid., ¶¶ 864 a 868.

impugnar³⁶⁴.

261. Para la **Demandante**, las medidas de intervención y disolución del **BNM** no cumplieron con los requisitos formales ni de fondo de la Ley General de Expropiaciones de Perú³⁶⁵. De acuerdo con la **Demandante**, no existía “en el ordenamiento jurídico peruano un recurso disponible, inmediato, adecuado y efectivo” mientras que las decisiones de la **SBS** podían ser apeladas solo por vía judicial, ya que no hay un proceso de impugnación en vía administrativa³⁶⁶; la **SBS** declaró la disolución del **BNM** no obstante que existía una medida cautelar que suspendía los efectos de la Resolución SBS n.º 509-2001 que había reducido el capital del banco a cero³⁶⁷; asimismo, la disolución del **BNM** se basó en un informe que no contenía una valorización patrimonial completa; la **Demandada** reitera que no existía un recurso eficiente para impugnar la decisión de la **SBS** de liquidar y disolver el banco³⁶⁸. Asimismo, se violó el debido proceso cuando el **MEF** excluyó al **BNM** de la reunión sobre el **PCSF** y cuando las autoridades interfirieron en el proceso judicial de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia respecto de la resolución de la **SBS** que declaró la liquidación y disolución del **BNM**³⁶⁹. Todos esos hechos la llevan a concluir que no se cumplió con el debido proceso para la expropiación, según lo contemplado en el artículo 5 del **APPRI**, lo que la hace ilegal³⁷⁰.

262. También la **Demandante** indica que todos los actos discriminatorios que señaló anteriormente violan el principio de no discriminación y trato igualitario y que el artículo 5 del **APPRI** y el derecho internacional consuetudinario establecen como condición para que el acto expropiatorio sea legal que este no se realice de manera discriminatoria³⁷¹.

263. Manifiesta también la **Demandante** que el Estado peruano no ha cumplido con la obligación del artículo 5 del **APPRI** de reparar el perjuicio ocasionado y señala que el

³⁶⁴ Ibid., ¶¶ 870 a 873.

³⁶⁵ Ibid., ¶ 874.

³⁶⁶ Ibid., ¶ 876.

³⁶⁷ Ibid., ¶¶ 877 a 880.

³⁶⁸ Ibid., ¶¶ 881 a 884.

³⁶⁹ Ibid., ¶¶ 885 y 886.

³⁷⁰ Ibid., ¶ 887.

³⁷¹ Ibid., ¶¶ 888 y 898.

perjuicio que cita esa norma, en este caso, “tomó la forma de la destrucción total de la viabilidad y utilidad económica de la inversión de la **Demandante**”³⁷².

264. La **Demandante** se refiere a la teoría de la mitigación del daño y señala los siguientes actos mediante los cuales el **BNM** trató de superar los efectos de la crisis de liquidez generada por la crisis política del Estado: a) el aumento de capital del **BNM** acordado el 29 de febrero del 2000; b) la primera emisión de bonos hipotecarios del **BNM** hasta por US\$20 millones; c) el aumento de capital mediante escritura pública del 12 de septiembre del 2000; d) la creación de una reserva facultativa con emisión de primas de capital por S/.8.8 millones; e) en octubre el **BNM** comunicó a la **SBS** el cierre de la operación de fusión por absorción del Banco Financiero; f) el acuerdo del Directorio del 22 de noviembre del 2000 que autorizó la venta de parte de su cartera por un máximo de US\$50 millones; g) el 24 de noviembre del 2000 el **BNM** suscribió un Convenio de Cesión de Operaciones de Préstamos y Arrendamiento Financiero con **COFIDE**, mediante el que el **BNM** cedió sus derechos sobre diversos contratos de préstamo y de arrendamiento financiero por, aproximadamente, US\$105 millones; h) la solicitud de crédito al **BCR** por US\$12 millones; i) la presentación de la propuesta de rescate hecha al **MEF** el 25 de septiembre del 2001; j) el acta número 121 del Directorio del **BNM** en la que se aprecian las gestiones que realizó para afrontar la iliquidez temporal³⁷³.

265. Señala la **Demandante** que su conducta fue proactiva pero que obtuvo respuestas lentas y contradictorias y, en algunas ocasiones, conductas omisivas; la Resolución SBS n.º 775-2001, que declaró la disolución y liquidación del **BNM**, cerró toda posibilidad de encontrar alternativas³⁷⁴.

266. En relación con la valorización del **BNM**, la **Demandante** dice que el Informe de los expertos en auditoría contable acreditó que no existió fundamento contable para sostener la conclusión de que este banco era insolvente. Sostiene, además, que **Perú** ignoró la documentación relevante previa sobre la solvencia del **BNM**, los informes de

³⁷² Ibid., ¶ 902.

³⁷³ Ibid., ¶ 913.

³⁷⁴ Ibid., ¶ 914 a 918.

las clasificadoras de riesgo y la autorización que recibió el **BNM** para operar en la Bolsa de Valores³⁷⁵.

2. Respuesta de la Demandada

267. **Perú** señala que no toda medida regulatoria con un potencial efecto negativo sobre el valor de una inversión puede considerarse una expropiación³⁷⁶. Como reconoció la **Demandante** en su Memorial sobre el Fondo, “se diferencia una regulación no compensable de una expropiación *inter alia*, por el grado de privación del inversionista a su inversión y la naturaleza de la medida gubernamental”³⁷⁷. Agrega que, en este caso, no se privó a los accionistas del **BNM** de ninguno de sus derechos o valores económicos porque las acciones tomadas por **Perú** fueron un ejercicio legítimo y soberano de sus facultades reglamentarias³⁷⁸.

268. De acuerdo con **Perú**, no se dio una privación considerable de los derechos de propiedad de los accionistas del **BNM**. Señala que, antes de la resolución de disolución y liquidación del **BNM** de la **SBS**, la inversión ya había perdido valor pues, desde junio del 2000 ese banco estaba en quiebra. El 5 de diciembre del 2000 ya no pudo honrar sus obligaciones y los gerentes del **BNM** decidieron cerrarlo ese mismo día, horas antes de la intervención de la **SBS**³⁷⁹.

269. Alega **Perú** que todos los bancos de ese país estuvieron sujetos al mismo marco legal y que los accionistas del **BNM** debieron haber estado familiarizados con él. Cuando el **BNM** no pudo honrar sus obligaciones se desencadenó una intervención obligatoria. La pérdida de control del banco por parte de los accionistas se originó en la quiebra financiera del banco, no en un acto discrecional de las autoridades. Además, señala que los accionistas “retuvieron sus derechos al valor residual del BNM (de haberlos) luego que el BNM [pagara] todas sus obligaciones, y además retiene el derecho a una revisión judicial de las acciones del SBS de acuerdo con la Ley del Perú, y nunca hubo una

³⁷⁵ Réplica sobre el Fondo, ¶¶ 501 y 505.

³⁷⁶ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 389.

³⁷⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 714, 754, 773 y 774.

³⁷⁸ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 390.

³⁷⁹ *Ibíd.*, ¶ 392.

privación de dichos derechos”³⁸⁰.

270. **Perú** agrega que las expectativas sobre un crecimiento de plazo largo y un retorno de inversión garantizados por la **Demandada** no eran razonables o legítimas. El **APPRI** no es una garantía de éxito económico, en particular, porque el crecimiento de la inversión depende de la administración del inversionista³⁸¹. La **Demandada** argumenta que, en varios laudos arbitrales, se sostuvo que “un estado no puede ser responsable por las expropiaciones como resultado del ejercicio legítimo de su poder inherente de regular a fin de proteger, *inter alia*, el bienestar y orden público”³⁸²

271. **Perú** sostiene que una vez que el **BNM** incumplió con el pago de sus obligaciones, la ley establecía la intervención, liquidación y disolución de ese banco, que se llevaron a cabo de conformidad con la legislación vigente³⁸³. Además, dijo que el derecho de operar y controlar un banco depende de la satisfacción del regulador respecto a la solvencia del banco y a que pueda recibir depósitos del público³⁸⁴.

272. En la siguiente sección el Tribunal resumirá el reclamo de las partes sobre daños y perjuicios y daño moral.

VII. RECLAMOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS

A. Posición de la Demandante

273. La **Demandante** aclara que “toda referencia del método de valuación de daños dentro del contexto de la cláusula de expropiación del Artículo 5 del **APPRI**, se debe entender asimismo, aplicable a la valoración de los daños derivados de la violación de los

³⁸⁰ Ibid., ¶ 396.

³⁸¹ Ibid., ¶ 398.

³⁸² Ibid., ¶ 399 y 400; *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, (CNUDMI), Laudo, 30 de julio del 2010, ¶ 139; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, (TLCAN), Laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 3 de agosto del 2005, parte IV, capítulo D, ¶ 7.

³⁸³ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 401.

³⁸⁴ Ibid., ¶ 402.

demás estándares internacionales de garantía y protección”³⁸⁵.

274. La **Demandante** afirma también que los incisos 1 y 2 del artículo 5 del **APPRI** no son aplicables para establecer el monto de los daños y perjuicios porque se refieren a casos de expropiación legal, no a la ilegal, como en este caso; por eso indica la **Demandante** que consideraría el estándar reconocido en el derecho internacional consuetudinario, “mediante reglas integrales que tengan como finalidad reponer la totalidad del daño causado y, restituir todas las consecuencias del acto ilegal a la situación pre-existente, desde la fecha del acto sancionado, proyectada hasta la fecha de pago por parte del Estado receptor”³⁸⁶.

275. La **Demandante** señala que utilizaría el concepto de “prompt, full and adequate compensation”, pero como en este caso no es posible la restitución del activo, intentará obtener una reparación integral³⁸⁷. Explica que en el artículo 42 (1) del Convenio CIADI se prevé la coexistencia de la ley interna con los principios generales reconocidos del derecho internacional para determinar la cuantía de los daños que deberá pagar el estado receptor³⁸⁸. Con base en ese criterio, la **Demandante** indica que la Constitución Política de Perú reconoce la obligación de compensar incluso el eventual perjuicio. Señala también la **Demandante** que el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral están reconocidos por el Código Civil peruano³⁸⁹.

276. Con base en las citas de varios laudos³⁹⁰, la **Demandante** se refiere al principio de *restitutio in integrum* y explica que su experto, el señor Neil Beaton, determinó los daños reclamados proyectándolos a la fecha del Laudo, utilizando así una fórmula de cálculo *ex post*³⁹¹; además, el experto de la **Demandante** estimó los intereses correspondientes desde la fecha de expedición del Laudo hasta el pago efectivo del

³⁸⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶ 986.

³⁸⁶ Ibid., ¶¶ 988 y 990.

³⁸⁷ Ibid., ¶¶ 992 y 993.

³⁸⁸ Ibid., ¶¶ 994 y 995.

³⁸⁹ Ibid., ¶¶ 997 y 998.

³⁹⁰ Ibid., ¶ 999; *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI n.º ARB/03/28), Laudo, 18 de agosto del 2008, páginas 132 a 134.

³⁹¹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 1000.

monto debido y utilizó la metodología de valuación para obtener el valor justo de mercado³⁹².

277. Afirma la **Demandante** que “se plantea un *ítem* relacionado al *daño a la persona y daño moral* que el nombre y reputación de la **Demandante** ha sufrido, producto de la exposición mediática de todos los actos violatorios [...] en las innumerables acusaciones fiscales y penales contra los Directores y altos funcionarios del BNM, ante la comunidad judía y su repercusión en la libertad religiosa y finalmente, la repercusión en gravedad ante la comunidad empresarial, lo que en conjunto sobrepasa lo que la doctrina entiende como *circunstancias excepcionales* para su debida aplicación”³⁹³.

278. La **Demandante** señala que el **BNM** tenía relaciones comerciales consolidadas pues estuvo en operaciones desde 1993. Antes de la intervención, el banco generó ventas y utilidades mayores cada año, con una tendencia de crecimiento sostenido³⁹⁴. Agrega que las pérdidas del valor de la inversión se determinan al día del acto expropiatorio, así como las pérdidas generadas entre la fecha de la expropiación y la fecha estimada del Laudo³⁹⁵. La **Demandante** concluye que **Perú** debería pagarle por daños la suma de US\$4036 millones³⁹⁶. Explica que consideró una tasa del 11,11% como costo de oportunidad y que deben aplicarse los intereses posteriores al laudo capitalizables semestralmente hasta el pago real y total³⁹⁷.

279. En relación con el daño moral la **Demandante** expresa lo siguiente:

“... el daño moral a ser planteado es propuesto, bajo dos supuestos ante el Tribunal de manera *subordinada* una de la otra [...] plantea el daño moral por la afectación la imagen y/o prestigio generada por el acto del Estado, en principio a a (sic) la imagen del Grupo familiar Levy bajo control de la **Demandante** y de no

³⁹² Ibid. ¶ 1002.

³⁹³ Ibid., ¶ 1003.

³⁹⁴ Ibid. ¶¶ 1007 y 1008; informe de experto del señor Neil Beaton, ¶ 42

³⁹⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI n.º ARB/05/22), Laudo, 24 de julio del 2008, ¶ 775.

³⁹⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 1011 y 1012.

³⁹⁷ Ibid., ¶¶ 1013 y 1014.

ser aceptada por el Tribunal, considerar dicha afectación objetiva al prestigio de la corporación BNM”³⁹⁸.

280. La **Demandante** pide al Tribunal “considerar el pedido de resarcimiento de daño moral, en la medida en que el caso está frente a una *situación excepcional*”³⁹⁹. La **Demandante** dice haber sufrido una afectación grave en su prestigio por la intervención ilegal del **BNM** y por los daños causados a los altos funcionarios y Directores de ese banco⁴⁰⁰.

281. La **Demandante** cita los artículos 1984 y 1985 del Código Civil peruano referentes al daño no patrimonial, que, a su vez, se divide en daño a la persona y daño moral. En relación con el daño a la persona, la **Demandante** indica que es considerado como un atentado contra la integridad física, el honor y la buena reputación de una persona⁴⁰¹. La **Demandante** indica que, conforme el artículo 1984, el daño moral no solo debe calcularse en relación con el afectado, sino también con su familia o círculo cercano, y que el monto de esa reparación depende íntegramente de la valoración del juez⁴⁰². En el ámbito del derecho internacional, la **Demandante** indica que el daño moral incluye el que afecta al inversionista, al prestigio, reputación y crédito de la compañía y al daño psicológico producido por acoso, persecución y coerción contra los funcionarios de la corporación⁴⁰³.

282. Con base en el caso *Lemire contra Ucrania*⁴⁰⁴, la **Demandante** identifica las siguientes circunstancias excepcionales que perjudicaron al **BNM** y a sus accionistas: “[m]anifestaciones públicas por parte de autoridades peruanas contra la gestión del BNM, al punto de calificarnos como ‘estafadores’ y ‘ladrones de cuello blanco y corbata’”⁴⁰⁵; persecución judicial contra los principales directores del BNM en los tribunales civiles y

³⁹⁸ Ibid., ¶ 1016.

³⁹⁹ Ibid., ¶ 1021.

⁴⁰⁰ Ibid., ¶ 1022.

⁴⁰¹ Ibid., ¶¶ 1029 y 1030.

⁴⁰² Ibid., ¶ 1032.

⁴⁰³ Ibid., ¶¶ 1033 a 1035; *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen* (Caso CIADI n.º ARB/05/17), Laudo, 6 de febrero del 2008, ¶ 289.

⁴⁰⁴ *Joseph C. Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI n.º ARB/06/18), Laudo, 28 de marzo del 2011, ¶ 333.

⁴⁰⁵ Memorial sobre el Fondo., ¶ 1037

penales; imposición al señor David Levy Pessa de la obligación de firmar mensualmente en los juzgados y la consiguiente humillación ante las comunidades empresarial y judía en Perú; imposición del impedimento de salida por 5 años al señor Levy Pessa, salvo autorización judicial; exposición de la controversia a los medios de prensa; imposibilidad legal de hacer un nuevo proyecto bancario en Perú; excomunión de la comunidad judía por haber sufrido la calificación del Estado de estafadores; prohibición de la comunidad judía de Perú de enterrar al señor Levy Pessa en el cementerio judío de Lima; afectación de la salud de la familia Levy; excomunión de la familia Levy y retiro de los menores de esa familia de las escuelas; paralización de los proyectos inmobiliarios por parte de las autoridades peruanas⁴⁰⁶.

283. Señala la **Demandante** que el daño a la imagen no se agotó en su persona sino que recayó sobre su apellido y el prestigio y la reputación de negocios que implica ese apellido⁴⁰⁷. La **Demandante** argumenta que “en la medida que el propio Estado peruano [...] reconoce al Grupo Levy, como grupo familiar controlante de un Conglomerado Financiero [...] se le atribuye una connotación legal con derecho propio y por tanto capacitado en exigir el daño a la imagen sufrida por la acción del Estado, como consecuencia de la destrucción de la inversión BNM”⁴⁰⁸.

284. De acuerdo con la **Demandante**, el monto del daño moral debe considerar: el diferencial dejado de ganar por la **Demandante** y por los Directores del **BNM**, por haber sido expuestos y sancionados por la opinión pública como consecuencia de un acto arbitrario del Estado⁴⁰⁹. La **Demandante** argumenta que, por estar acreditado el control francés del Grupo Levy, ese grupo familiar como tal, también tiene derechos reconocidos en el **APPRI**⁴¹⁰. El artículo 1 (3) del **APPRI** se refiere a sociedades familiares y capitales, y el **BNM** representa una sociedad familiar. La **Demandante** agrega que el daño a su imagen y reputación no se agota en su persona, sino que resulta “consustancial

⁴⁰⁶ Ibid., ¶ 10037

⁴⁰⁷ Ibid., ¶ 1045.

⁴⁰⁸ Ibid., ¶ 1047.

⁴⁰⁹ Ibid., ¶ 1052.

⁴¹⁰ Ibid., ¶ 1060.

al ‘Grupo Levy’”⁴¹¹.

285. La **Demandante** señala que, para el supuesto de que no fuera aceptado el argumento anterior, también invoca el artículo 4 del **APPRI** referente a la Cláusula de la Nación Más Favorecida y solicita la aplicación del “ Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Italia sobre Promoción y Protección de Inversiones [...] y/o de manera complementaria el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [...] en cuanto al concepto y supuestos más amplios y beneficiosos de lo que se entiende por personas jurídicas, como parte del concepto de ‘**sociedades**’”⁴¹².

286. La **Demandante** indica, además, que, en caso de que el Tribunal no le otorgue una compensación por los daños a su imagen, en su calidad de representante y controlante del Grupo Levy, solicita que el pago “sea aplicado como concepto de daño a la imagen del BNM”⁴¹³. El experto de la **Demandante**, el señor Neil Beaton, estimó el daño moral de la **Demandante** (en el “valor de marca” del **BNM**) en US\$2953 millones⁴¹⁴.

B. Posición de la Demandada

287. La **Demandada** se opone al cobro pretendido por la **Demandante** e insiste en que la señora Levy no adquirió acciones del **BNM** ni de ninguna de sus empresas *holding* antes del 12 de julio del 2005, lo cual es un obstáculo insalvable para el cobro de los daños y perjuicios resultantes de los presuntos actos y omisiones del Estado que sucedieron en los años 2000-2001 y, agrega que, en 2005, las acciones que adquirió la **Demandante** no tenían ningún valor y, por lo tanto, ella no tuvo ninguna pérdida⁴¹⁵.

288. Según la **Demandada**, el enfoque de la **Demandante** y de su experto en daños y perjuicios constituyen un modelo del desarrollo hipotético del **BNM** a partir de diciembre

⁴¹¹ Ibid., ¶ 1061 a 1064.

⁴¹² Ibid., ¶¶ 1065 y 1066.

⁴¹³ Ibid., ¶ 1075.

⁴¹⁴ Ibid., ¶ 1076.

⁴¹⁵ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 407 y 409.

del 2000, sin la intervención que se hizo de ese banco, a pesar de que ella no adquirió ningún derecho sobre el banco hasta julio del 2005 y, por lo tanto, no tuvo nunca nada en riesgo al momento de la intervención⁴¹⁶. Por otro lado, la **Demandada** afirma que “[d]esafía a toda lógica que una persona pueda simplemente recibir acciones en una empresa extinta y luego reclamar USD 7,000 millones por presuntas pérdidas que nunca sufrió”⁴¹⁷.

289. También alega la **Demandada**, sobre la base del informe de su experto, el señor Brent Kaczmarek, que el capital del **BNM** era negativo en junio del 2000, aún antes de las primeras acciones de las autoridades peruanas. Ese hecho haría que el cálculo de daños y perjuicios fuera cero. Señala que la premisa que sustenta los cálculos (que el **BNM** era un banco saludable y que prosperaría si no se hubieran dado las acciones de la **Demandada**) es falsa. Además, señala que el experto Beaton, de la **Demandante**, utilizó estados financieros engañosos y no auditados del **BNM** fechados 30 de noviembre del 2000 e ignoró los Informes de inspección de la **SBS** de 1999 y del 2000, así como los generados por **PwC**⁴¹⁸.

290. De acuerdo con **Perú**, el **APPRI** y los principios del derecho internacional exigen una valoración de las pérdidas al momento en que ocurra la presunta violación del tratado (enfoque *ex ante*), pero el experto de la **Demandante** hizo la estimación sobre una base *ex post*, a partir del 2010⁴¹⁹.

291. Con base en el dictamen de su experto, el señor Kaczmarek, **Perú** señala varios errores en el modelo de daños y perjuicios de la **Demandante**⁴²⁰.

292. La **Demandada** también pide que el Tribunal le otorgue el pago de una indemnización por los daños morales sufridos, como compensación independiente y adicional de cualquier costo en el que ella haya incurrido con motivo de este proceso, por

⁴¹⁶ Ibid., ¶ 413; y Dúplica sobre el Fondo, ¶ 345.

⁴¹⁷ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 346.

⁴¹⁸ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 414 a 416 y 418.

⁴¹⁹ Ibid., ¶ 419.

⁴²⁰ Ibid., ¶¶ 427 y 428; Dúplica sobre el Fondo, ¶ 360.

el monto que el Tribunal determine discrecionalmente⁴²¹.

293. **Perú** manifiesta que los accionistas del **BNM** y ahora la **Demandante** abusaron de los procesos administrativos y judiciales disponibles y causaron un daño severo al prestigio de la **Demandada** y la legitimidad de su respuesta a la crisis financiera de **Perú**⁴²². Los accionistas interpusieron seis demandas judiciales en 10 años contra la **Demandada** y entorpecieron, así, los esfuerzos de las autoridades por cerrar algunas operaciones del banco eficientemente. También “alentaron a sus aliados políticos a iniciar dos investigaciones del Congreso”; presentaron una demanda contra el Superintendente de la **SBS** ante el tribunal federal de distrito del Distrito Sureño del Estado de Nueva York, que fue desestimada⁴²³. Los accionistas del **BNM** también intervinieron en una campaña mediática para socavar la credibilidad de la **Demandada**. La **Demandante** incluso hizo cabildeo para dañar la reputación internacional del **Perú** al identificarse como accionista estadounidense e intentar, en el Congreso de los Estados Unidos, entorpecer la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Perú⁴²⁴.

294. En relación con el argumento de la **Demandante** de que ella puede reclamar los daños por la continuidad de la inversión, la **Demandada** alega que la señora Levy no “demostró cómo hubo continuidad de inversión, fuera del hecho de que el Sr. Levy era su padre, lo cual es irrelevante a los efectos de demostrar que ella es una inversora protegida por el TBI. La **Demandante** no ha indicado ninguna disposición del TBI que extienda sus protecciones a los parientes de inversores cubiertos”⁴²⁵.

295. Concluye **Perú** que ni la **Demandante** ni sus peritos cuestionaron las conclusiones de la **SBS** contenidas en sus informes de visitas de inspección, y simplemente analizaron la trayectoria financiera del banco como si esos informes no existieran. Por ello, el cálculo de los daños del experto de la **Demandante**, que se basa en

⁴²¹ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 431.

⁴²² *Ibíd.*, ¶ 435.

⁴²³ *Ibíd.*, ¶ 436.

⁴²⁴ *Ibíd.*, ¶ 435 a 439.

⁴²⁵ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 347.

datos erróneos comunicados por el propio **BNM**, debería desestimarse⁴²⁶.

VIII. CONCLUSIONES DE LAS PARTES

296. A continuación, el Tribunal resumirá las principales conclusiones de las partes, presentadas en sendos escritos posteriores a la audiencia del 22 de enero del 2013. Primeramente, sintetizará la postura de la **Demandante** y luego la de la **Demandada**.

A. Conclusiones de la Demandante

297. La **Demandante** afirma que está acreditado que es inversionista protegida por el **APPRI**; que su nacionalidad es francesa; que no existe impedimento alguno, por el hecho de tener ella doble nacionalidad, para acudir al **CIADI**; que el **BNM** fue el resultado de las inversiones del señor David Levy y que la propia existencia del banco desde 1992 es evidencia de la inversión hecha. La **Demandante** también sostiene que no existe ningún requisito que exija que el inversionista inicial sea quien reclame ante el CIADI y que no existió mala fe en la transferencia de las acciones a su favor⁴²⁷. Por otro lado, el hecho de que la cesión de acciones se realizó a título gratuito no puede afectar la legitimidad o validez de la transacción⁴²⁸. Debido a que la **Demandada** no cuestionó el control accionario de la **Demandante** sobre el **BNM**, ella tiene un derecho legítimo a presentar reclamos en su nombre y en el del **BNM**⁴²⁹.

298. La **Demandante** aclara que no cuestionó el derecho soberano de Perú de dictar normativa referente a materia bancaria y financiera. Sin embargo, afirma que, de acuerdo con la jurisprudencia del CIADI, aún en una crisis de ese sector, los tribunales arbitrales tienen competencia para juzgar las medidas que afecten una inversión⁴³⁰. Agrega que ni el **APPRI** ni el **Convenio CIADI** contemplan normas sobre objeciones a la

⁴²⁶ *Ibíd.*, ¶¶ 351 y 352.

⁴²⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 12 a 25.

⁴²⁸ *Ibíd.*, ¶¶ 26 a 28.

⁴²⁹ *Ibíd.*, ¶¶ 29 a 31.

⁴³⁰ Réplica sobre el Fondo, ¶ 323.

admisibilidad⁴³¹.

299. La **Demandante** afirma que lo expresado en el Informe de Visita de Inspección de la SBS del 2000 sobre el “goodwill” y los bonos del tesoro son estimaciones conservadoras. Con la prueba presentada quedó demostrado que el **BNM** estuvo por encima de los niveles de liquidez de otros bancos; que su información contable y financiera era veraz; que **Perú** no cuestionó el método del experto, el señor Leyva, en cuanto a la determinación de los “ratios” a diciembre del 2000, ni la metodología ni las conclusiones de los informes hechos por el Congreso peruano⁴³².

300. Concluye la **Demandante** que **Perú** confundió términos como “capital” y “pérdidas” con “provisiones” y ratifica que en el **BNM** no hubo mala gestión ni prácticas contables engañosas, lo cual fue confirmado por el señor Alvarado, de **PwC**, en la audiencia⁴³³. La **Demandante** señala que las conclusiones de **Perú** sobre la política de captación de créditos del **BNM** son erróneas, ya que incluyó la cartera del Banco del País. Afirma que la adquisición de ese banco fue hecha con base en un “due diligence” contable y legal y, en todo caso, el plan de fusión fue aprobado por la **SBS**. En relación con la potencial fusión con Banco Financiero, la **Demandante** sostiene que también fue con base en un “due diligence” y que incluyó la participación del Bank of America⁴³⁴.

301. La **Demandante** señala que el aumento de capital del **BNM** no aparece como una exigencia legal en el Informe de Visita de Inspección del 2000 de la **SBS**, sino como una sugerencia para implementar en el plan de negocios dentro de los siguientes dos años. En relación con las tasaciones de los activos de los clientes como garantía de sus préstamos, estas fueron hechas por empresas autorizadas por la **SBS**. Sobre las operaciones efectuadas por el Fondo de Inversiones Multirenta, la **Demandante** afirma que se realizaron conforme a la normativa y que en las decisiones del Fondo no intervenían los señores Levy; agrega la **Demandante** que el funcionario Meza, que trabajó para el **BNM** y para el Fondo, nunca fue objetado por las autoridades correspondientes. También

⁴³¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante; ¶¶ 32 a 34.

⁴³² *Ibíd.*, ¶¶ 35 a 45.

⁴³³ Transcripción de la audiencia, 15 de noviembre del 2012, Alvarado, página 903:3 a 15 y 903:13 a 904:7.

⁴³⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 46 a 78.

afirma que el levantamiento de los gravámenes días antes de la intervención del **BNM**, sobre propiedades de GREMCO fue parcial pues se mantuvieron gravámenes sobre activos con un valor aproximado de US\$35 millones. Además, la **Demandante** sostiene que los avalúos de esos activos, es decir, de los terrenos ofrecidos en garantía, fueron hechos por empresas registradas ante la **SBS**⁴³⁵. En cuanto a la responsabilidad del personal administrativo del **BNM**, la **Demandante** argumenta que “se ejecutaron buenas prácticas gerenciales en el BNM y que cada una de las imputaciones de la **Demandada** no tiene sustento alguno en los hechos y con las competencias específicas de los funcionarios del BNM”⁴³⁶.

302. La **Demandante** ataca los argumentos de **Perú** que sustentaron su posición de que no se configuró la violación de los estándares internacionales contenidos en el **APPRI**. El **BNM** no era insolvente antes de la intervención y el Tribunal no debe juzgar la conducta de la **Demandada** con base en el marco legal interno, sino a la luz del **APPRI** y del derecho internacional; además, la discrecionalidad de un Estado no debe ser absoluta e ilimitada⁴³⁷.

303. En relación con la violación del tratamiento justo y equitativo, al obstaculizar la fusión del **BNM** con el Banco Financiero, la **Demandante** afirma que el Bank of America tuvo una participación activa en ese plan; hubo un “due diligence” y contratos firmados, pero la operación fue descartada al recibir condicionamientos ilegales de la **SBS**⁴³⁸. La **Demandante** agrega que la negativa de la **SBS** de neutralizar los rumores sobre la situación financiera del **BNM** violó el principio de tratamiento justo y equitativo, así como el principio de trato nacional, ya que la **SBS** no solo tenía conocimiento de esos rumores sino que también los neutralizó en los casos del Banco Wiese y el **BCP**⁴³⁹.

304. La **Demandante** afirma que el **BCR** rechazó la solicitud de préstamo de emergencia del **BNM** sin expresar motivación alguna. Su negativa es contradictoria con

⁴³⁵ Ibid., ¶¶ 79 a 96.

⁴³⁶ Ibid., ¶¶ 97 a 109.

⁴³⁷ Ibid., ¶¶ 110 a 119.

⁴³⁸ Ibid., ¶¶ 118 a 122.

⁴³⁹ Ibid., ¶¶ 123 a 126.

el rol de prestamista de última instancia, regulado en el ordenamiento jurídico peruano, como lo señalaron el experto de la **Demandante**, el señor Forsyth e, indirectamente, el testigo de la **Demandada**, el señor Monteagudo, en la audiencia. Además, Perú afirma que el **BCR** puede actuar en forma arbitraria, en virtud de los requisitos de la ley local sobre préstamos de emergencia y sin motivar sus decisiones. Por eso, la **Demandante** concluye que el propio **BCR** violó el estándar de tratamiento justo y equitativo regulado en el **APPRI**⁴⁴⁰.

305. La **Demandante** afirma que la Ley de Banca sufrió modificaciones mediante los Decretos de Urgencia, que establecieron nuevas reglas sobre los procesos de salvataje o de intervención de los bancos, “desechando toda posibilidad de reflotamiento por sus accionistas, quedando la única alternativa la venta de bloque patrimonial o la disolución y liquidación de la entidad bancaria”⁴⁴¹. La **Demandante** agrega que este tratamiento fue diferente respecto del que la **Demandada** confirió al Banco Wiese y al Banco Latino, ya que se permitió el salvataje de esas entidades mediante aportes directos o de terceros y que todo ello se realizó en contra del principio de trato nacional, según se establece en el artículo 4 del **APPRI**⁴⁴².

306. La **Demandante** también sostiene que quedó demostrada la viabilidad del modelo de valorización de los daños y; señala que el método *ex post*, presentado por su experto el señor Beaton, se sustenta en resoluciones de la Corte Suprema de Estados Unidos, mientras que el argumento de la **Demandada** se basa en casos de expropiación directa y no en un proceso como este en el que se reclama daños por lo que se deben considerar los tiempos previos y posteriores a la intervención⁴⁴³.

307. Señala también la **Demandante** que el modelo Montecarlo utilizado por el experto Beaton, que analiza todas las probabilidades en las que pueden combinarse los distintos escenarios, cuyo resultado es, luego, ajustado a la realidad, es la metodología más avanzada y utilizada. La **Demandante** también subraya que la aplicación de dicho

⁴⁴⁰ Ibid., ¶¶ 127 a 136.

⁴⁴¹ Ibid., ¶ 138.

⁴⁴² Ibid., ¶¶ 137 a 139.

⁴⁴³ Ibid., ¶ 155

modelo no fue objetada por la **Demandada**⁴⁴⁴.

308. La **Demandante** concluye que el planteamiento de daño moral tiene soporte legal en la ley peruana y en la jurisprudencia del CIADI y que en él se consideraron las circunstancias excepcionales de este caso⁴⁴⁵.

B. Conclusiones de la Demandada

309. La **Demandada** expresa las siguientes conclusiones: el **BNM** estaba en estado de insolvencia por lo menos desde principios de junio del 2000; es decir, antes de que el Gobierno lo interviniera y fuera una institución fallida. El **BNM** no reveló de forma apropiada el impacto de su creciente cartera de créditos riesgosos sobre sus ingresos y su capital. Exageró sus ingresos clasificando los créditos de consumo en forma incorrecta y registrando indebidamente los intereses sobre esos créditos. La **SBS** había determinado en el Informe de Visita de Inspección del 2000 que el capital del **BNM** era 25,7% menor de lo que el **BNM** había informado y llegó a la conclusión de que el **BNM** necesitaba US\$32 millones para cumplir con el requerimiento de capital que exigía la normativa bancaria peruana⁴⁴⁶. Los funcionarios del **BNM** conocían la situación, como lo reconoció el señor Jacques Levy en la audiencia, cuando afirmó estar de acuerdo con todo lo que la **SBS** había determinado en sus visitas de inspección al **BNM**⁴⁴⁷. Según las pruebas documentales aportadas, los propietarios y gerentes del **BNM** estaban al tanto desde 1997 de las violaciones de la normativa legal y bancaria de **Perú**⁴⁴⁸; el señor Kaczmarek presentó un análisis de los Informes de Visita de Inspección de la **SBS** de 1997 al 2000 y demostró que el porcentaje de los créditos incorrectamente clasificados aumentó todos los años⁴⁴⁹. Los funcionarios del **BNM** y el señor Levy en la audiencia “intentaron distanciarse de los memorandos y los problemas que identificaron” y afirmaron no estar al tanto de los contenidos de esos memorandos, lo que demuestra negligencia de su parte

⁴⁴⁴ Ibid., ¶ 158.

⁴⁴⁵ Ibid., ¶ 165.

⁴⁴⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 1 a 10.

⁴⁴⁷ Transcripción de la audiencia, 13 de noviembre del 2012, J. Levy página 370:17 a 19.

⁴⁴⁸ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 69.

⁴⁴⁹ Transcripción de la audiencia, 17 de noviembre del 2012, Kaczmarek página 1447:13 y 1448:15.

o que sus testimonios no son creíbles⁴⁵⁰.

310. La **Demandada** sostuvo en la audiencia que ninguno de los testigos de la **Demandante** negó que funcionarios del **BNM** utilizaron los recursos del banco para beneficiar a empresas afiliadas⁴⁵¹. De hecho, el señor Jacques Levy admitió en la audiencia que el **BNM** había levantado, solo un par de días antes de la intervención, hipotecas utilizadas como garantía de préstamos extendidos a la empresa afiliada Gremco⁴⁵². El testigo Meza, de la **Demandante**, admitió que la participación del **BNM** en el Fondo de inversión había excedido el nivel de apoyo permitido por ley y que el **BNM** había encontrado otro mecanismo, mediante operaciones ficticias con clientes del banco, para disminuir su porcentaje de participación en el Fondo⁴⁵³. Señaló, además, la **Demandada** que el señor Kaczmarek probó que si se eliminaba el “crédito por goodwill” de la fusión con Banco del País, el patrimonio del **BNM** caería por debajo del nivel mínimo requerido por la ley. También indicó ese señor que si se tomaban en cuenta las provisiones faltantes, el patrimonio también quedaba por debajo del mínimo legal y, aplicando a los estados financieros del **BNM** al 30 de junio del 2000 las provisiones para créditos riesgosos que **PwC** determinó en su auditoría del 2000, concluyó que el índice de suficiencia patrimonial del **BNM** sería negativo⁴⁵⁴. Además, **Perú** indicó que el **BNM** erró al afirmar que las provisiones para créditos vencidos no se consideran como pérdidas o no afectan el capital de un banco; se estableció que el **BNM** tenía la obligación de registrar todos los meses las provisiones como pérdidas y, en consecuencia, su información financiera era totalmente errónea⁴⁵⁵.

311. La **Demandada** afirma también que el **BNM** no utilizó la asistencia gubernamental para mejorar la situación del banco, sino para asumir más riesgos. También señala que, durante la audiencia, los peritos de la **Demandante** no pudieron respaldar el argumento de que las autoridades incumplieron alguna obligación legal

⁴⁵⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 11 a 15.

⁴⁵¹ *Ibid.*, ¶ 16.

⁴⁵² Transcripción de la audiencia, 13 de noviembre del 2012, J. Levy, página 380:10 y 381:16.

⁴⁵³ Transcripción de la audiencia, 14 de noviembre del 2012, Meza, página 732:11 a 734:16.

⁴⁵⁴ Transcripción de la audiencia, 17 de noviembre del 2012, Kaczmarek, página 1446:13 - 1447:4 a 1452:5 a 1454:4.

⁴⁵⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 16 a 31.

peruana o las mejores prácticas internacionales del sector bancario⁴⁵⁶. El señor Jacques Levy no indicó en la audiencia la forma en la que el **BNM** supuestamente informó a la **SBS** de los rumores existentes contra ese banco⁴⁵⁷. También indica **Perú** que los retiros de los depósitos públicos no se hicieron solo del **BNM** y que los que se efectuaron fueron insignificantes en comparación con los retiros de fondos privados. Reitera que la **Demandante** no logró demostrar la relación de causalidad entre la reducción de los depósitos públicos y el fracaso del **BNM**⁴⁵⁸. En relación con la fusión con Banco Financiero, **Perú** señala que, según la declaración del señor Jacques Levy, estaba finalizada y que lo único que faltaba era la autorización de la **SBS**, pero no existe evidencia alguna que respalde esas afirmaciones. También afirma **Perú** que el señor Levy admitió en la audiencia que no podía recordar si existía alguna carta de intención firmada y que tampoco se demostró de que el **BNM** hubiera hecho una solicitud formal a la **SBS** sobre esta fusión⁴⁵⁹. Sostiene que no hay pruebas de que el **BCR** rechazara en forma irrazonable la solicitud del **BNM** de un préstamo de liquidez de emergencia y que la normativa regula claramente el tipo de garantías que se exigen para esos préstamos⁴⁶⁰. Señala también que la **Demandante** no impugnó la legalidad o la idoneidad del hecho primario que llevó a la intervención del **BNM** el 5 de diciembre del 2000⁴⁶¹.

312. La **Demandada** enfatiza que la **Demandante** recurrió inicialmente a acusaciones infundadas de corrupción y conspiración gubernamental. Estas acusaciones, expresadas tanto en la segunda solicitud de medidas provisionales efectuada por la **Demandante** y en el libro del señor Jacques Levy sobre el **BNM**, siguen careciendo de fundamentos⁴⁶². La **Demandante** luego acusa a **Perú** de actuar de mala fe al manipular los estados financieros del **BNM**. Para **Perú**, la **Demandante** no presentó ninguna prueba de esas afirmaciones y, por ende, las descalifica en vista de que las pérdidas en los estados financieros auditados para el año 2000 del **BNM** fueron descubiertas por **PwC**, una

⁴⁵⁶ Ibid., ¶¶ 34 a 36.

⁴⁵⁷ Ibid., ¶¶ 37 y 38.

⁴⁵⁸ Ibid., ¶ 39.

⁴⁵⁹ Transcripción de la audiencia, 13 de noviembre del 2012, J. Levy, página 314:13 a 17.

⁴⁶⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 42.

⁴⁶¹ Ibid., ¶¶ 34 a 44.

⁴⁶² Ibid., ¶¶ 45 a 49.

empresa que había trabajado como auditor independiente del **BNM** por años⁴⁶³. La **Demandante** no explica cómo el Gobierno hubiera podido manipular los libros del **BNM** luego de la intervención, sin que **PwC** hubiera formado parte de esa conspiración. Señala que no existe ninguna prueba de esas graves acusaciones; no explica cómo y por qué el Gobierno idearía una conspiración de tan amplio alcance contra el **BNM** y la familia Levy⁴⁶⁴.

313. La **Demandada**, además, indica que las autoridades regulatorias de **Perú** no estaban obligadas a rescatar ningún banco, mucho menos al **BNM**, cuya situación financiera se había deteriorado debido a su mala gestión interna⁴⁶⁵. Señala que el mismo señor Dujovne, experto de la **Demandante**, reconoció que los bancos centrales tienen absoluta discrecionalidad en sus actuaciones, siempre que no incumplan la ley⁴⁶⁶. Indica la **Demandada** que el **BCR** tenía la opción de determinar en qué momento ajustar los estándares de las garantías que exigiría y que, para eso, debía tomar en consideración al sistema financiero en total, no las necesidades de un banco específico; exigir el ajuste para un banco en concreto sería socavar la regulación de la política monetaria⁴⁶⁷. Reitera **Perú** que los accionistas del Banco Wiese y del Banco Latino no fueron beneficiados, pues perdieron toda su inversión⁴⁶⁸.

314. En relación con el reclamo por los daños y perjuicios, la **Demandada** dice que se hicieron evidentes varios problemas: el cálculo no refleja los daños sufridos por la **Demandante**; no consideró el historial de crecimiento anterior del **BNM** y se basó en datos erróneos; además, el monto reclamado ha cambiado constantemente⁴⁶⁹. Señala que el señor Beaton, experto de la **Demandante**, aceptó que “nadie tenía nada de dinero en 2005”, “no había ningún valor para distribuir”⁴⁷⁰; que él revisó casi todos los documentos y que conocía que la **SBS** y **PwC** habían hecho serios cuestionamientos con respecto a la

⁴⁶³ Ibid., ¶ 50.

⁴⁶⁴ Ibid., ¶¶ 45 a 56.

⁴⁶⁵ Ibid., ¶ 57.

⁴⁶⁶ Transcripción, 17 de noviembre del 2012, Dujovne, página 1414:19 a 1415:2.

⁴⁶⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 59 a 60.

⁴⁶⁸ Ibid., ¶¶ 57 a 62.

⁴⁶⁹ Ibid., ¶¶ 63 a 67.

⁴⁷⁰ Transcripción, 19 de noviembre del 2012, Beaton, página 1661:3 a 8.

fiabilidad de la información que el **BNM** había dado a la **SBS** entre agosto y octubre del 2000. También expresó que el monto de los daños y perjuicios cambió desde la Solicitud de Arbitraje hasta la audiencia⁴⁷¹. Afirma **Perú** que el señor Beaton admitió en la audiencia que los daños a la reputación no podían asignarse a ninguna persona o entidad específica⁴⁷². Para la **Demandada**, el único objetivo de la **Demandante** en este proceso es manufacturar jurisdicción, ya que ella admitió no haber tenido ninguna relación con el **BNM** al momento en que los hechos en cuestión en esta disputa tuvieron lugar⁴⁷³; el hecho de que no pagó suma alguna por las acciones es significativo debido a que demuestra que no tenían ningún valor⁴⁷⁴.

315. **Perú** concluye que la **Demandante** presentó un argumento nuevo en el cierre: que el **BNM** debía ser considerado una empresa de Francia, según el artículo 8 (3) del **APPRI**, lo que, para la **Demandada**, es inoportuno y sin méritos, ya que el **BNM** nunca ha sido **Demandante** en este proceso⁴⁷⁵.

IX. PETITORIO DE LAS PARTES

316. La **Demandante** le pidió al Tribunal:

- a. Admitir el reclamo planteado por ella.
- b. Declarar la existencia de la violación de los estándares de tratamiento justo y equitativo, discriminación, trato nacional, protección y seguridad plenas, y de la prohibición de expropiación indirecta por parte del Estado peruano.
- c. Declarar la “responsabilidad internacional del Estado peruano con la orden de pagar a favor del inversor los daños sufridos por la suma de USD.4,036 MM [...] y por daño moral la suma de USD.2,953 MM”.

⁴⁷¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 68.

⁴⁷² Transcripción, 19 de noviembre del 2012, Beaton, página 1675:4 a 1677:2.

⁴⁷³ Transcripción, 13 de noviembre del 2012, R. Levy, página 443:17 a 19.

⁴⁷⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 70 a 73.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, ¶ 74.

- d. Declarar sobre ambos montos, el reconocimiento de una tasa de interés del 11,11% como costo de oportunidad desde la fecha del Laudo hasta el efectivo pago.
- e. Condenar a la República del Perú al “pago de todos los gastos y costos incurridos en el proceso arbitral [...] más los intereses devengados y cualquier otra reparación que [el Tribunal] considere pertinente”⁴⁷⁶.

317. La **Demandada** solicitó al Tribunal que:

- a. Desestime las demandas de la **Demandante** por falta de jurisdicción, o en el supuesto de que el Tribunal se declare competente;
- b. Desestime las demandas de la **Demandante** por falta de mérito.
- c. Otorgue daños morales a la República del Perú por el monto que considere apropiado el Tribunal.
- d. Otorgue una indemnización a favor de **Perú** por sus costes, incluidos los honorarios de los abogados⁴⁷⁷.

318. Con el fin de resolver la diferencia existente entre las partes, a continuación el Tribunal analizará los argumentos expuestos por ellas. Aun cuando el análisis puede parecer reiterativo, el Tribunal se vio precisado a proceder así para asegurarse de que abordará la totalidad de los argumentos de las Partes. Este proceder fue ineludible porque la **Demandante** utilizó básicamente los mismos hechos (las supuestas actuaciones equivocadas de la **Demandada**) para sustentar en ellos sus extensas alegaciones sobre la forma en la que esas acciones violaron los diversos estándares que invoca (tratamiento justo y equitativo, trato nacional, protección y seguridad plenas, y expropiación indirecta).

⁴⁷⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 1077 a 1079.

⁴⁷⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 441; Dúplica sobre el Fondo, ¶ 371.

X. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SOBRE LOS TEMAS DE FONDO

A. Violación del estándar de tratamiento justo y equitativo

319. El Tribunal está de acuerdo con lo expuesto por la **Demandante** en cuanto a que las legítimas expectativas de un inversionista están ligadas con el estándar de tratamiento justo y equitativo. También coincide en que para que un inversionista tome una decisión sobre una inversión, un elemento importante que usualmente considera es la estabilidad del marco jurídico del país. Ahora bien, a juicio del Tribunal, esa estabilidad no significa un congelamiento del ordenamiento ni una imposibilidad del Estado de reformar las leyes y otras normas vigentes en el momento en que el inversionista hizo su inversión.

320. Como lo ha señalado el profesor Schreuer: “[e]l estándar de trato justo y equitativo es relativamente impreciso. Su significado dependerá, con frecuencia, de las circunstancias específicas del caso en cuestión [Traducción del Tribunal]”⁴⁷⁸. Por ese motivo, el Tribunal examinará cada alegato de la **Demandante** para decidir si Perú, efectivamente, violentó dicho estándar.

321. En relación con el argumento de la **Demandante** de que la Resolución n.º 1455-92 de la **SBS**, que le dio al **BNM** la autorización para iniciar operaciones, “es el acto administrativo que generó expectativas de estabilidad y retorno de inversión”, el Tribunal considera que es erróneo afirmar que una autorización para comenzar a operar en una actividad comercial, cualquiera que esta sea, genere por sí sola la expectativa de un retorno sobre la inversión. Esa expectativa la puede tener el propio inversionista, pero basado en el conocimiento de sus capacidades y de los factores internos y externos.

322. En lo que concierne a la expectativa de un “marco legal claramente perceptible”, el Tribunal analizó en este caso los siguientes aspectos:

a. La Ley de Banca estaba vigente en el año 2000 y continúa estándolo hoy.

⁴⁷⁸ Schreuer, Christoph. “Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral”. *Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre del 2006, n.º 5, página 29.

- b. El Decreto de Urgencia 108-2000 fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano*.
- c. La **SBS** en sus Informes de Visita de Inspección le señaló al **BNM** los problemas que había detectado y le indicó la normativa violada en cada caso (ver, a manera de ejemplo, los párrafos 42 a 45, 47, 52 y 53 anteriores).
- d. La **Demandante** no se quejó de que la **SBS** hubiera impuesto una multa al **BNM**.

En vista de lo anterior, concluye el Tribunal que el marco legal era claro y conocido por los gerentes y accionistas del **BNM**.

323. Para el Tribunal también es importante destacar que los accionistas y funcionarios del **BNM** conocían la crisis existente antes de la intervención del **BNM**; la propia **Demandante** señala la existencia de una crisis política y económica en **Perú**⁴⁷⁹. Por lo tanto, era lógico suponer que las autoridades estatales tomarían medidas para mantener la estabilidad del sistema financiero, tal y como lo ordena la normativa peruana y que, para lograr ese fin, dictaran Decretos de Emergencia.

1. Legítimas expectativas

324. En relación con los actos y omisiones alegados por la **Demandante** como violatorios de las legítimas expectativas (párrafo 172 anterior), el Tribunal analizará cada situación separadamente:

a. Adquisición y toma de control del Banco Financiero

325. El primer argumento de la **Demandante** en esta materia se refiere a la **frustración de la operación de adquisición y toma de control del Banco Financiero**: la **Demandante** señala que la **SBS** nunca le notificó que se requería un aumento de capital para que esa entidad autorizara la fusión del **BNM** con el Banco Financiero. En la audiencia el señor Jacques Levy dijo “En ese momento hubo una conversación,

⁴⁷⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 268 a 276.

esperábamos que lo pongan por escrito y nosotros íbamos a cumplir”⁴⁸⁰. El Tribunal no entiende la lógica del argumento de violación de legítimas expectativas esgrimido por la **Demandante**, ya que el señor Levy era el presidente del Directorio del **BNM**, un hombre muy experimentado en el mundo bancario, según se confirmó en la audiencia donde él mismo dijo que estaba en la industria bancaria desde los años 80 y que había sido el jefe de operaciones del **BNM** cuando este inició operaciones en 1992⁴⁸¹. No puede entonces comprender el Tribunal que una persona con la experiencia en materia bancaria como la que tenía el señor Levy y con conocimiento de la crisis que vivía Perú, presentara una propuesta preliminar a la **SBS** en octubre del 2000⁴⁸² con respecto a la fusión con Banco Financiero y esperara que la **SBS** le indicara si debía hacerse un aporte de capital. La propia **Demandante** alega que desde julio del 2000 hubo retiros de depósitos del sector público⁴⁸³ y que en agosto el sector privado retiró más de US\$70 millones⁴⁸⁴. Por lo anterior, es obvio que el Presidente del **BNM** sabía que esa institución requería un aporte de capital, con o sin la fusión solicitada.

326. También se discutió en la audiencia si el **BNM** en efecto presentó una solicitud formal a la **SBS** referente a la fusión de esa entidad bancaria con Banco Financiero. El señor Jacques Levy, sobre este asunto, contestó después de insistentes preguntas del señor Alexandrov, abogado de **Perú**, lo siguiente:

“Lo hicimos de la misma forma que lo hicimos con Banco del País. Ya lo habíamos hecho una vez. Primero va uno a la Superintendencia y habla con el superintendente y luego le dicen “esperen un poco”. Insisten y nos dicen: lo va a hacer de otra forma. Fuimos con ellos y lo hicimos de la misma forma que lo hicimos con Banco del País. En esta ocasión dijo lo que declara exactamente en la (En español) Comisión de Economía: ha declarado que nosotros ya teníamos la operación lista y que simplemente él estaba

⁴⁸⁰ Transcripción de la audiencia, 12 de noviembre del 2012, página 244.

⁴⁸¹ *Ibíd.*, página 158.

⁴⁸² Memorial sobre el Fondo, ¶ 505.

⁴⁸³ *Ibíd.*, ¶ 297.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*, ¶ 296.

esperando o algo por el estilo”⁴⁸⁵.

Evidentemente, esa respuesta no puede servir de base para tener por demostrada la existencia de una solicitud formal referente a la fusión.

b. Falta de transparencia

327. El segundo argumento de la **Demandante** es el de falta de transparencia respecto de la normativa sobre el PCSF y la no convocatoria del BNM a una reunión sobre ese asunto: La **Demandante** alega que, para la reunión convocada por el MEF con respecto al PCSF (párrafo 75 anterior), no se tomó en cuenta al BNM, “ni siquiera se buscó conocer su posición respecto a los sustanciales cambios legales proyectados, violando las legítimas expectativas de la inversionista”⁴⁸⁶.

328. La **Demandante** no explica cuáles fueron los “sustanciales cambios legales” que se hicieron con motivo del PCSF y además, considera creíble la respuesta de **Perú**, de que en esa reunión los bancos invitados no desempeñaron ningún papel en la formulación del PCSF⁴⁸⁷. Si se considera la cronología de los hechos, lo anterior se hace evidente: la reunión se realizó el domingo 26 de noviembre del 2000; la normativa se promulgó el 27 y se publicó el 28 de ese mismo mes. No parece creíble que los bancos invitados que asistieron a la reunión hayan contribuido a la redacción de unas normas que se aprobaron al día siguiente y se publicaron de inmediato. La **Demandada** admite que no invitó al **BNM** a esa reunión, pero no es lógico creer que en ella los “diez bancos más grandes del país”⁴⁸⁸ decidieron cómo proceder junto con el Superintendente y el Ministro del MEF. El Tribunal concluye que la reunión fue convocada para explicar los alcances de ese Decreto de Emergencia y que la falta de convocatoria del **BNM** no puede haber tenido las consecuencias que la **Demandante** pretende atribuirle. Además, el Decreto de Emergencia fue publicado en el Diario Oficial, por lo que no puede afirmarse que hubiera falta de transparencia.

⁴⁸⁵ Transcripción de la audiencia, 13 de noviembre del 2012, J. Levy, página 316.

⁴⁸⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶ 508.

⁴⁸⁷ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 279.

⁴⁸⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶ 312.

c. Retiro de fondos

329. El tercer argumento de la **Demandante** se refiere al **retiro abrupto de los fondos de las empresas del Estado**: la **Demandante** afirma que esos “fondos eran legítimamente considerados por el inversionista como una importante variable en la generación de valor de la inversión”⁴⁸⁹. También señala la **Demandante** que los retiros fueron hechos de manera intempestiva, desproporcionada y sin un plan de contingencia⁴⁹⁰ y, por eso, afectaron de manera directa la viabilidad y liquidez del **BNM**.

330. A juicio del Tribunal, la **Demandada** no tenía ninguna obligación de elaborar “un plan de contingencia” para el retiro de los fondos estatales. Como cualquier ente público o privado, el **MEF** podía retirar los depósitos cuando lo estimara conveniente, en especial, porque no tenían un plazo de vencimiento posterior a la fecha de su retiro. Es muy revelador el hecho de que desde el 25 de abril del 2000 la **SBS** le indicó al **BNM** que tenía una alta concentración de depósitos públicos y que existía un riesgo potencial de liquidez (párrafo 53 anterior). El **BNM** dispuso en 2000 de tres meses para elaborar un plan de contingencia porque los retiros se iniciaron en julio de ese año (párrafo 54 anterior; párrafos 28 y 278 de la Réplica sobre el Fondo); por lo tanto, no existió el factor intempestivo del que se queja la **Demandante**. Además, es importante observar que también en el Informe de Visita de Inspección de 1999, la **SBS** le señaló al **BNM** que tenía una concentración de depósitos y que debía “dinamizar el incentivo para la captación de depósitos alternativos de menor de (sic) costo..., dado que uno de los riesgos que enfrenta el Banco es el de liquidez por la excesiva concentración del pasivo en pocos acreedores” (párrafo 46 anterior).

331. En el párrafo 302 de su Memorial sobre el Fondo, la **Demandante** incluye unos gráficos para afirmar que “el impacto relativo de dichos retiros fue bastante significativo en el Banco”. Luego en el párrafo 304, la **Demandante** destaca que en octubre del 2000 el impacto del retiro de fondos públicos fue crítico. La **Demandante** destaca que no hubo un cronograma ordenado de los retiros y que los especialistas y los medios de

⁴⁸⁹ Ibid., ¶ 510.

⁴⁹⁰ Réplica sobre el Fondo, ¶ 358.

comunicación criticaron ese retiro de los fondos y señala que el Estado conocía muy bien el riesgo de iliquidez que su política representaba para el **BNM**, lo cual la **SBS** también mencionó en el Informe de Noviembre del 2000⁴⁹¹.

332. Agrega la **Demandante** que “el retiro de los fondos fue abrupto y sistemático, y su impacto relativo fue mayor en el BNM en comparación con todos los bancos del sistema peruano”⁴⁹². La **Demandante** señala en el párrafo 303 de su Memorial sobre el Fondo que los retiros de fondos públicos del **BNM** entre julio y octubre del 2000 sumaron US\$24 millones. El Tribunal no encontró información fidedigna sobre las sumas retiradas de otros bancos, ni demostración alguna sobre la desproporción y el “impacto relativo” alegado. Por ello, no puede tener por demostrada una actitud estatal discriminatoria y desproporcionada por parte de **Perú** en contra de la **Demandante**, en lo que respecta al retiro de los fondos públicos depositados en el **BNM**.

d. Pánico financiero

333. El cuarto argumento de la **Demandante** se refiere a la supuesta **inacción estatal para enfrentar en forma directa al pánico financiero**. La **Demandante** alega que la **SBS** violó el rol de entidad estabilizadora para contrarrestar el pánico financiero. La **Demandante** afirma que existía una legítima expectativa del inversionista de esperar acciones rápidas, claras, firmes y diligentes de la **SBS** para estabilizar el sistema financiero. El Tribunal señala que la prueba aportada en la audiencia sobre los rumores transmitidos por correo electrónico muestra cómo varias personas alertaron de la intervención del **BNM**⁴⁹³ y que funcionarios de ese banco informaron que la difusión de esos correos está tipificado en la legislación peruana como delito de pánico financiero⁴⁹⁴. Sobre los correos electrónicos del 4 de diciembre del 2000 (mencionados en el párrafo 77 de este Laudo) en los que se alertó de la intervención de ese banco, el 11 de diciembre la **SBS** autorizó a presentar una denuncia penal ante el Ministerio Público. El señor Jacques

⁴⁹¹ Prueba IV-6 aportada por la Demandante.

⁴⁹² Memorial sobre el Fondo, ¶ 310.

⁴⁹³ Declaración Testimonial del señor Jacques Levy Calvo, 20 de agosto del 2011, ¶ 52; Prueba JL-14 aportada por la Demandante.

⁴⁹⁴ Prueba R- 172 aportada por la Demandada.

Levy indicó en su primera declaración testimonial que, en la tercera semana de octubre, tuvo una reunión con el Superintendente de Banca en la que le solicitó que la **SBS** cumpliera con su rol de estabilizador del sistema bancario local y que emitiera un comunicado oficial en el que asegurara la estabilidad de la banca local.⁴⁹⁵ El Tribunal no logra encontrar ningún documento que pruebe esa reunión ni la solicitud que supuestamente hizo el señor Levy. Las copias de los correos electrónicos aportadas al proceso en los cuales se comenta sobre la intervención del **BNM** están fechadas a partir de noviembre del 2000. Tampoco entiende el Tribunal cómo el señor Levy o algún otro accionista o funcionario de alto nivel del **BNM**, con experiencia bancaria y conocimiento de los posibles efectos de los rumores, no dejaron constancia escrita de la supuesta solicitud que le hicieron a la **SBS**.

334. El artículo 345 de la Ley de Banca señala que la **SBS** es una institución constitucionalmente autónoma, cuyo objeto es proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros. El artículo 346 señala que esa entidad tiene autonomía funcional, económica y administrativa. El artículo 347 dispone:

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

335. El Tribunal considera, en vista de las disposiciones citadas, que la **SBS** debería contribuir a la estabilidad del sistema financiero, que para ese fin tiene poderes discrecionales y que ningún banco tiene la facultad de exigirle a la **SBS** que actúe de determinada manera para desvirtuar rumores.

⁴⁹⁵ Declaración Testimonial del señor Jacques Levy Calvo, 20 de agosto del 2011, ¶ 58.

336. A juicio del Tribunal, la experiencia demuestra que, cuando se desata una corrida bancaria, es muy difícil controlar su impacto y que las acciones que se pueden tomar son muy pocas, pues se corre el riesgo de que produzcan un efecto contrario al deseado. Así lo indican los expertos propuestos por la **Demandada**, los señores Powell y Clarke⁴⁹⁶. Por lo expuesto, el Tribunal no puede tener por demostrado que existiera una actitud negligente de la **SBS** para combatir los rumores que habían estado circulando contra el **BNM**.

e. Crédito del BCR

337. El quinto argumento de la **Demandante** fue el **rechazo por parte del BCR del crédito de emergencia sobre la base de la regulación monetaria**. La **Demandante** alega que la decisión del **BCR** de rechazar la solicitud del **BNM** de un préstamo por US\$12 millones fue injustificada, a pesar de que tenía derecho a un determinado número de operaciones de redescuento y que, con esta negativa, se afectaron las legítimas expectativas del **BNM** y la garantía de una conducta previsible de las autoridades estatales.

338. En opinión del Tribunal, en las circunstancias existentes en Perú en el año 2000, no era razonable que el **BNM** esperara la aprobación, con certeza absoluta, del préstamo que solicitó. Aun cuando el **BCR** sea en Perú el “prestamista de última instancia”, está también obligado a exigir garantías suficientes antes de otorgar un préstamo; el **BNM** no ofreció esas garantías y, por esa razón fundamental, se rechazó su solicitud⁴⁹⁷. Para reforzar el argumento de que el **BCR** actuó arbitraria y discriminatoriamente, la **Demandante** indicó en su Escrito Posterior a la Audiencia, que el experto de **Perú**, el señor Monteagudo, señaló que el **BCR** no tenía que motivar sus decisiones sobre solicitudes de préstamos⁴⁹⁸. El asunto no parece tener mayor importancia ante la evidente carencia de garantías adecuadas por parte del **BNM**, que fue un factor esencial para el

⁴⁹⁶ Opinión de Experto del señor Robert L. Clarke, 25 de enero del 2012, ¶ 54; Opinión de Experto del señor Donald Powell, 23 de enero del 2012, ¶28.

⁴⁹⁷ Declaración Testimonial del señor Juan Antonio Ramírez Andueza, 25 de agosto del 2011, Prueba RWS-002 aportada por la Demandada, ¶ 26; Transcripción de la Audiencia, 15 de noviembre del 2012, M. Valdez, página 957.

⁴⁹⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 134.

rechazo de su solicitud, y ante el hecho incontrastable de que el **BCR** no estaba obligado a acceder a la solicitud del **BNM**.

f. Deterioro de la cartera de crédito

339. El sexto reclamo se relaciona con el **deterioro de la cartera crediticia del BNM durante la intervención**. La **Demandante** afirma que las actuaciones de los interventores tuvieron un gran impacto sobre el patrimonio del **BNM**⁴⁹⁹. El reclamo de la **Demandante** se basa fundamentalmente en el informe de los Administradores Judiciales, el cual fue estudiado cuidadosamente por el Tribunal. Si bien es cierto que ese informe incluye varias críticas referidas a asuntos administrativos y contables, a la gestión financiera y crediticia y relacionadas con los estados financieros del **BNM** (párrafo 95 anterior), también se refiere a un período muy corto, del 21 de julio al 8 de agosto del 2001 (13 días hábiles). Además, el Tribunal no halla en él lo que afirma la **Demandante**: que los Administradores Judiciales señalaran que las políticas inadecuadas usadas durante la intervención llevaron a la reclasificación arbitraria de la cartera y generaron mayores pérdidas sustanciales⁵⁰⁰. También señala el Tribunal que, por muy respetable que sea la participación de los funcionarios judiciales, le parece difícil fundar en ella criterio sólido basado en la labor de los interventores de la **SBS** con las consecuencias que le imputa la **Demandante**. También afirma la **Demandante** que el inversionista esperaba un manejo idóneo y transparente del patrimonio y de la cartera crediticia del **BNM** por parte de los interventores, lo que, a su juicio, no ocurrió⁵⁰¹. Llama la atención que la **Demandante** no se refiriera en ninguno de sus escritos al informe final de la **SBS** fechado 28 de febrero del 2003 y presentado por la **Demandada** como prueba R-199 sobre la gestión de los interventores. Tampoco refuta la **Demandante** en ninguno de sus escritos la afirmación de **Perú** de que los interventores lograron recuperar S/.559 millones (US\$160,7 millones) en beneficio de los depositantes y acreedores del **BNM**⁵⁰². Por lo dicho, concluye el Tribunal que, con base en el informe de los Administradores Judiciales, no es posible tener por demostrado el supuesto deterioro de la cartera crediticia del **BNM** ocurrido

⁴⁹⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 522.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, ¶ 523.

⁵⁰¹ *Ibíd.*, ¶ 527.

⁵⁰² Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 219.

durante su intervención.

g. Prelación de pagos

340. El séptimo reclamo de la **Demandante** se refiere a la **violación de la prelación de pagos a los acreedores del BNM**. La **Demandante** afirma que la violación se relaciona con los pagos a bancos extranjeros que eran acreedores y no depositantes y que esos pagos se hicieron conforme a las órdenes que dio la **SBS** a la empresa liquidadora del **BNM**, Consorcio Define-Dirige. La **Demandante** sostiene que esa actuación constituye una violación de una norma fundamental del debido proceso en intervención bancaria, cuyo objetivo es proteger a los ahorristas. Por ello, la **Demandante** alega que el Estado peruano transgredió el interés público y suscitó dudas sobre la legitimidad de sus acciones en lo que respecta a la intervención y liquidación del **BNM**⁵⁰³.

341. El Tribunal revisó los documentos que citó la **Demandante** en su Memorial sobre el Fondo y en su Réplica sobre el Fondo, y observa que en el informe final de la **SBS** del 28 de febrero del 2003 existe una sección denominada “Adeudo por Capital de Trabajo”⁵⁰⁴. Como bien lo afirmó la **Demandada** en su Dúplica sobre el Fondo⁵⁰⁵, esa sección del informe es clara en su explicación de por qué la **SBS** trasladó a varios bancos extranjeros de la categoría D a la B en el orden de pago y por qué otros acreedores, como el EFG Private Bank, no cambiaron de categoría. El Tribunal considera que la explicación contenida en ese informe de la **SBS** es clara y no viola las expectativas que pudiera haber tenido la **Demandante** sobre el monto que le hubiera podido corresponder de acuerdo con el orden legal de pagos. En todo caso, las expectativas de la **Demandante** en ese sentido no fueron acreditadas, ya que, como aclara la **Demandada**, siguen existiendo obligaciones pendientes de pago por un monto de US\$87 076 millones⁵⁰⁶.

342. La **Demandante** concluye que, en general, las medidas tomadas por las autoridades correspondientes del Estado peruano no cumplen las condiciones mínimas de

⁵⁰³ Réplica sobre el Fondo, ¶¶ 387 y 388.

⁵⁰⁴ Prueba IV-33 aportada por la Demandante; Prueba R-199 aportada por la Demandada.

⁵⁰⁵ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 238.

⁵⁰⁶ *Ibíd.*, ¶ 239.

proporcionalidad, razonabilidad y predictibilidad⁵⁰⁷. Sin embargo, la **Demandante** no demostró esas afirmaciones.

2. Estabilidad jurídica

343. En relación con la estabilidad jurídica, la **Demandante** alega que, en la época en la que ocurrieron los hechos que originaron este proceso, se dio en Perú una tendencia legislativa en virtud de la cual, mediante el **PCSF**, se impuso la fusión de bancos de la banca chica⁵⁰⁸. La **Demandante** alega que la publicación y la notificación de las normas es fundamental, como lo es el derecho de comentarlas y que los eventuales afectados participen en su proceso de elaboración. También sostiene que las modificaciones en la normativa deben ser razonables, no discriminatorias; hechas de buena fe y producir reglas claras y previsibles. El Tribunal observa que las reformas a la normativa a las que se refiere la **Demandante** (el **PCSF** y el Régimen Especial Transitorio) fueron publicadas según lo dispuesto en la normativa vigente. Como se comentó anteriormente (párrafo 75) en este Laudo, si bien es cierto que, cuando se invitó a algunos bancos el domingo, 26 de noviembre del 2000 a una reunión en relación con el **PCSF**, se excluyó al **BNM**, esa invitación no fue para que esos bancos elaboraran la normativa, la cual se promulgó y publicó inmediatamente después de la reunión. Tampoco encuentra el Tribunal demostración adecuada de que las autoridades hubieran impuesto a la denominada “banca chica” la fusión con bancos grandes cuando se promulgó el **PCSF**. Ese programa fue aprobado mediante un Decreto de Emergencia, el cual indica que está destinado a facilitar la reorganización societaria en el sistema financiero. El Tribunal encuentra creíble el argumento de **Perú** de que se creó para beneficiar a las instituciones que voluntariamente decidieran participar y, de esa manera, facilitar las fusiones⁵⁰⁹.

344. La **Demandante** afirma que, luego de la reunión convocada por el **MEF**, para comentar sobre el **PCSF** “arreciaron los retiros de depósitos de particulares”⁵¹⁰. El Tribunal estima que esa afirmación no tuvo ningún sustento en la prueba aportada. La

⁵⁰⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶ 533.

⁵⁰⁸ *Ibíd.*, ¶ 561; Réplica sobre el Fondo, ¶ 400.

⁵⁰⁹ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 304.

⁵¹⁰ Memorial sobre el Fondo, ¶ 567.

reunión tuvo lugar el 26 de noviembre del 2000 y el decreto se publicó dos días después. Según la **Demandante**, “la corrida de fondos de ahorristas privados en el BNM” se inició en agosto del 2000⁵¹¹ y, como lo demuestra un cuadro que la **Demandante** misma aportó en la página 93 (versión en español) y en la página 85 (versión en inglés) de su Memorial sobre el Fondo, los retiros en noviembre, si bien continuaron, no aumentaron ni “arreciaron”, luego de la reunión sobre el **PCSF**. Ese cuadro contiene los siguientes datos: agosto del 2000, US\$272 337; septiembre del 2000, US\$250 364; octubre del 2000, US\$256 037; y noviembre del 2000, US\$201 899.

345. La **Demandante** argumenta que, con el **PCSF**, se violaron las expectativas de rehabilitación de las instituciones intervenidas, pero la **Demandante** no demostró que el **BNM** fuera una institución bancaria que hubiera podido, según la legislación peruana, pedir su rehabilitación. La normativa sobre rehabilitación señala que “[l]os acreedores de una empresa que, acumulativamente, representen cuando menos el treinta por ciento (30%) de los pasivos de la misma, podrán presentar a la Superintendencia un plan de rehabilitación de la empresa”⁵¹². La **Demandante** no demostró que ese porcentaje de los acreedores (ni ningún otro) hubiera hecho esa gestión o que el **BNM** hubiera cumplido con los demás requisitos.

346. La **Demandante** señala como violatoria de la garantía de estabilidad jurídica la vulneración de la prelación de pagos a los acreedores. También alega que esos pagos fueron hechos ilegalmente y sin transparencia, transgrediendo el interés público⁵¹³. El Tribunal analizó este tema en el párrafo 340 anterior y consideró satisfactoria la explicación dada en el Informe Final de la **SBS** del 28 de febrero del 2003 de por qué a algunos bancos extranjeros se les pagó antes. No encuentra el Tribunal ilegalidad alguna ni falta de transparencia en la forma en que se hicieron los pagos. La información sobre los pagos hechos la obtuvo la **Demandante** del informe de la **SBS**. Por lo tanto, el Tribunal no considera que las actuaciones de la **SBS** respecto a esos pagos violaran la estabilidad jurídica o que tuvieran los efectos perniciosos que la **Demandante** les

⁵¹¹ Ibid., ¶ 296.

⁵¹² Artículo 124 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, ley 26 702, Prueba R-021 aportada por la Demandada.

⁵¹³ Memorial sobre el Fondo, ¶ 570.

atribuye.

347. La **Demandante** afirma que la **SBS** violó la estabilidad jurídica cuando no acató las resoluciones judiciales. En su Memorial sobre el Fondo (281 en la versión en inglés), la **Demandante** expresa lo siguiente: “mediante sentencia del 63° Juzgado Civil de Lima del 23 de octubre de 2002, confirmada por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución del 11 de agosto de 2003 [...] se declaró inaplicable al BNM dicho acto administrativo, por ser ilegal e inconstitucional, reconociéndose los derechos de los accionistas del BNM. Sin embargo, a pesar de la existencia de estas Resoluciones Judiciales, la SBS emitió la Resolución SBS n.° 775-2001 [...] ordenando la disolución y liquidación del BNM, acto claramente arbitrario y contrario al Estado de Derecho, dado que se basó en la Resolución n.° 509-2001, a pesar que ésta, por haberlo declarado así una sentencia con calidad de cosa juzgada, carecía de efectos legales respecto al BNM”⁵¹⁴. Al analizar las fechas de las resoluciones citadas, el Tribunal concluye que no hay lógica alguna en este argumento. La Resolución n.° 509-2001 se dictó el 28 de junio de 2001; la segunda (la 775-2001) que, en opinión de la **Demandante**, es la que no acata las órdenes judiciales, fue emitida el 18 de octubre de 2001. Las dos resoluciones que, según la **Demandante**, declararon inaplicable la Resolución n.° 509-2001 son de 2002 y de 2003⁵¹⁵. ¿Cómo podría haberse declarado el desacato de la **SBS** por esas resoluciones al dictar la Resolución n.° 775-2001 en 2001?

348. La **Demandante** alega que, en este caso, se dieron actuaciones estatales con intenciones “subalternas y extralegales”⁵¹⁶ y comenta el video del señor Carlos Boloña Behr, Ministro de Economía y Finanzas en ese momento, que la **Demandante** envió al CIADI con su Solicitud de Registro. El Tribunal constata que la **Demandante** aportó tres videos con su Solicitud de Arbitraje, pero el correspondiente al señor Boloña, es ininteligible. Llama la atención que la **Demandante** no se refiriera a él durante la audiencia final ni en su escrito posterior a la audiencia.

⁵¹⁴ Ibid., ¶ 289.

⁵¹⁵ Pruebas III-7 y III-8 aportadas por la Demandante.

⁵¹⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 574-576.

3. Actos arbitrarios y discriminatorios y abuso de poder

349. La **Demandante** alega violación del estándar de tratamiento justo y equitativo mediante los siguientes “actos arbitrarios y/o discriminatorios”⁵¹⁷: a) prácticas contables irregulares por parte de los interventores de la **SBS** en el **BNM**; b) deterioro deliberado de la cartera de crédito durante la intervención del **BNM**; c) rechazo de la solicitud de crédito de emergencia por parte del **BNM** al **BCR**; d) rechazo arbitrario de la propuesta de aumento de capital del **BNM** para salir del Régimen Especial Temporal; e) reducción del capital social del **BNM** a cero; f) disolución del **BNM** con base en un informe que no valoró el negocio en forma completa y g) omisiones graves de la **SBS** y del **BCR** al no colaborar para buscar alternativas de liquidez para el **BNM**.

a. Prácticas contables

350. En relación con las prácticas contables de los interventores de la **SBS**, la **Demandante** se fundamenta en la declaración del testigo Pablo Seminario y en dos documentos⁵¹⁸: el informe de la Subcomisión de Economía del Congreso de la República que investigaba la intervención de la **SBS** en dos bancos (el **BNM** y otro) y el informe⁵¹⁹ de la Junta de Administración Judicial del **BNM**⁵²⁰.

351. La **Demandante** alega que durante el año 2001 el Comité de Intervención de la **SBS** permitió el deterioro de la cartera crediticia del **BNM**, recategorizó el nivel de riesgo de los créditos otorgados, ordenó el registro de las provisiones resultantes en los Estados Financieros a diciembre del 2000 y, de manera retroactiva, registró, deliberadamente, otros ajustes patrimoniales negativos⁵²¹.

352. La **Demandante** cita la conclusión del informe de la **Subcomisión** de que la **SBS** alteró la situación patrimonial del **BNM**, convirtiendo un patrimonio neto de US\$72,3 millones al 30 de noviembre del 2000 a uno negativo de US\$23,3 millones al 31 de

⁵¹⁷ Ibid., ¶ 584.

⁵¹⁸ Prueba I-6 aportada por la Demandante.

⁵¹⁹ Prueba III-6 aportada por la Demandante.

⁵²⁰ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 415 a 421.

⁵²¹ Ibid., ¶ 415.

diciembre del 2000. La **Demandante** también afirma que el interventor de la **SBS** hizo un ajuste arbitrario e ilegal en el rubro de amortización del “goodwill”, relacionado con la fusión con Banco del País, por más de US\$10 millones. Asimismo, hace referencia a la declaración del señor Pablo Seminario, Jefe de Revisión de Créditos del **BNM**, quien manifestó que recibió instrucciones del Comité de Intervención de la **SBS** para calcular provisiones retroactivas por riesgo de cartera, lo que también fue señalado por los Administradores Judiciales del **BNM**⁵²².

353. En relación con los ajustes de los Estados Financieros del **BNM** del 2000, la **Demandada** y el señor Arnaldo Alvarado, de **PwC**, señalan que la **SBS** hizo esos ajustes de acuerdo con las recomendaciones de **PwC**⁵²³.

354. Para el Tribunal es importante señalar que, en el informe de la **Subcomisión**, no se indica que hubiera pedido algún informe de la empresa **PwC** para evaluar la supuesta retroactividad; lo mismo se aplica a la Junta de Administración Judicial, cuya misión en el **BNM** era, como se indicó antes, limitada en el tiempo (del 21 de julio al 6 de agosto del 2001). El Tribunal considera necesario tener presente que ni la **Subcomisión** ni los Administradores Judiciales son entidades especializadas en materia bancaria; la primera es un organismo esencialmente político y los segundos no son, necesariamente, conocedores de estos asuntos. Por muy respetables que sean ambos grupos, el Tribunal valorara sus juicios teniendo en cuenta esos factores.

355. También considera relevante el Tribunal indicar que, en la declaración que el señor Seminario rindió en la audiencia, él puso en duda que hubiera redactado correctamente un mensaje electrónico en el cual había indicado que hizo ajustes por instrucción de los auditores (**PwC**)⁵²⁴. Esa declaración le parece al Tribunal evasiva y contradictoria; es obvio que entre la fecha de ese mensaje electrónico y la declaración del señor Seminario pasaron varios años pero, afirmar que la redacción del mensaje no fue correcta; que la interpretación de ese mensaje no fue la adecuada y que él no se hubiera

⁵²² Declaración Testimonial del señor Pablo Hugo Seminario Olortigue, 19 de agosto del 2011, ¶ 35.

⁵²³ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 200 y 201; Segunda Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 26 de septiembre del 2012, Prueba RWS-013 aportada por la Demandada, ¶¶ 3 y 19.

⁵²⁴ Transcripción de la audiencia, 14 de noviembre del 2012, Seminario, página 543.

imaginado que en 2012 estaría declarando sobre estos temas, parece poco creíble.

356. Durante el testimonio del señor Arnaldo Alvarado, de **PwC**, el abogado de la parte **Demandante** le preguntó sobre los ajustes:

“P. Y el comité interventor estuvo de acuerdo con las conclusiones y la metodología que ustedes emplearon para llevar a cabo estas recomendaciones y particularmente llevar a cabo los ajustes.

R. Es así. Ellos estuvieron de acuerdo; ellos consultaron con sus respectivos centros operativos, digamos, con el área de riesgos, con el área de contabilidad, con el área de préstamos, e incorporaron los ajustes de tal manera que nosotros pudimos emitir finalmente la opinión sobre los estados financieros”⁵²⁵.

357. Durante el resto del interrogatorio que le hizo el abogado de la **Demandante** al señor Alvarado, no se logró desvirtuar el fondo de su declaración sobre los supuestos ajustes retroactivos a los Estados Financieros del **BNM** de acuerdo con las recomendaciones de **PwC**.

358. También es importante considerar que el señor Edgar Choque de la Cruz, Contador General del **BNM**, señaló en su declaración escrita que los estados financieros de ese banco estaban “aún abiertos” al 14 de junio del 2001 y que durante abril y junio del 2001 se efectuaron reajustes en las provisiones referidas al año 2000⁵²⁶. El Tribunal considera que esas declaraciones confirman lo dicho por el señor Alvarado en cuanto a que **PwC**, desde del 5 de marzo del 2000 hasta el 11 de julio del 2001, la fecha en que **PwC** presentó su posición sobre la auditoría final a la **SBS**, siguió señalando los ajustes que se requerían hacer en consulta con los interventores de la **SBS**, quienes, al mismo tiempo, estaban realizando dichos ajustes⁵²⁷.

359. En vista de lo expuesto, el Tribunal no puede tener por demostradas las supuestas

⁵²⁵ Transcripción de la audiencia, 15 de noviembre del 2012, páginas 833 y 834

⁵²⁶ Declaración Testimonial del señor Edgar Choque de la Cruz, 20 de agosto del 2011, ¶¶ 29 y 30.

⁵²⁷ Segunda Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 26 de septiembre del 2012; Prueba RWS -013 aportada por la Demandada, ¶ 6.

irregularidades contables cometidas por la **SBS** en los Estados Financieros del **BNM**.

b. Cartera de créditos

360. En cuanto al supuesto deterioro deliberado de la cartera de crédito del **BNM** durante la intervención, una vez más la **Demandante** se fundamenta en el informe de los Administradores Judiciales, el cual se ha indicado reiteradamente (párrafos 339 y 354 anteriores) tuvo una duración muy corta y no consideró, en relación con este argumento, el informe final de la **SBS** del 28 de febrero del 2003, referente al proceso de intervención. El otro fundamento de la posición de la **Demandante** en este tema fue un informe del 1º de abril al 30 de junio del 2003, elaborado por el Consorcio Define-Dirige Soluciones en Procesamiento, en el cual, según la **Demandante**, se indicó que ese Consorcio encontró “dificultades en la recepción de información del BNM”, por los problemas de organización que se presentaron durante la intervención⁵²⁸. En otras palabras, no hubo un adecuado ordenamiento de “los documentos copias SUNAT”⁵²⁹ que sustentaban los registros de compras relacionados y había desorden en el área de contabilidad. También indica la **Demandante** que es difícil calcular cuánto de los S/.155 millones de mayores provisiones exigidas por la **SBS** corresponden a la cartera deteriorada por la mala gestión de la **SBS** durante la intervención y afirma que, de ese monto, S/.103 millones se deben exclusivamente al acto de la intervención⁵³⁰.

361. El Tribunal no encuentra en el informe del Consorcio fundamento para la afirmación de la **Demandante** de que hubo un deterioro deliberado de la cartera de crédito del **BNM**. Tampoco logra hallar en ese informe ni en ninguna otra de las pruebas aportadas por la **Demandante** base para la afirmación de esta de que los S/.103 millones en provisiones se deben a la intervención del **BNM**. A juicio del Tribunal, no es claro el argumento de la **Demandante** ni están probadas sus aseveraciones. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** se refiere al mismo tema de la siguiente manera: “una buena parte de dicha ‘pérdida’ (de S/. 328 millones que aparece en los Estados Financieros del

⁵²⁸ Réplica sobre el Fondo, ¶ 118; Prueba XI-15 aportada por la Demandante, página 2.

⁵²⁹ Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.

⁵³⁰ Réplica sobre el Fondo, ¶ 118 a 123.

BNM al 31/12/2000) es atribuible exclusivamente a la intervención estatal del BNM”⁵³¹, y consistió en la eliminación del “goodwill”, en mayores exigencias de provisiones y en el deterioro natural de la cartera de créditos durante la intervención⁵³². Esta argumentación tampoco hace más comprensible la argumentación de la **Demandante**.

362. En cuanto al “goodwill”, que surge de la fusión entre el **BNM** y el Banco del País, la **Demandante** no explica por qué se dio “arbitrariedad y/o discriminación” por parte de los interventores de la **SBS** en el cálculo de las pérdidas. La **Demandante** simplemente dice que ese crédito fue autorizado previamente por la misma **SBS**. En lo que respecta a la exigencia de mayores provisiones, la **Demandante** afirma que “se recolocó en el Balance General del BNM en calidad de pérdida la cartera que había sido temporalmente intercambiada por bonos del tesoro en aplicación del Programa de Canje de Cartera por Bonos. Dicha restitución estuvo acompañada de una exigencia de mayores provisiones [...] por la suma de S/. 65 millones”⁵³³. En relación con el supuesto deterioro de la cartera durante la intervención, la **Demandante** dice que, mientras los interventores no definan la situación, los prestatarios suelen dejar de pagar los créditos que tienen con un banco intervenido, y afirmó que el Comité de Intervención de la **SBS** hizo poco para reducir ese problema⁵³⁴. El Tribunal estima que la **Demandante** no logró demostrar de qué manera los hechos descritos afectaron el estándar de tratamiento justo y equitativo por haber sido arbitrarios o discriminatorios.

363. En una sección separada, en su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** se refiere a la “imputación de mayores provisiones que eliminó el patrimonio del BNM”. La **Demandante** alega arbitrariedad de la **SBS** al imputar al **BNM** pérdidas por S/.328 millones y afirma que esa imputación es contraria a conclusiones previas de la propia **SBS** y que se debe a que los funcionarios de la **SBS** utilizaron una práctica contable inadecuada y una metodología diferenciada e ilegítima⁵³⁵. Afirma la **Demandante** que, en el Informe de Visita de Inspección de la **SBS** correspondiente al año 2000, esa entidad

⁵³¹ Ibid., ¶ 110.

⁵³² Ibid., ¶ 111.

⁵³³ Ibid., ¶ 112.

⁵³⁴ Ibid., ¶ 113 a 115.

⁵³⁵ Ibid., ¶ 125.

identificó un déficit de provisiones de S/.70 millones, frente a S/.220 millones que determinó durante la intervención. También alega la **Demandante** que varios ajustes en la contabilidad del **BNM** eran técnicamente incorrectos y que fueron hechos por los interventores después de que los auditores externos terminaron su auditoría del banco⁵³⁶. En cuanto a la metodología, la **Demandante** afirma que los interventores asumieron la condición de administradores del banco y, por ese motivo, no está claro quién hacía la evaluación de riesgo y la clasificación de cartera crediticia y quién reclasificaba la cartera del **BNM**⁵³⁷. La **Demandante** concluye que “existen razonables indicios de que la SBS aplicó una metodología arbitraria para la reclasificación de los prestatarios y para el cálculo de mayores provisiones con la finalidad de castigar el patrimonio del BNM y ensayar el argumento de su insolvencia. No existe, por el contrario, evidencia de que el BNM haya pretendido ocultar prácticas contables ilegales”⁵³⁸.

364. El Tribunal no puede basarse en el decir de la **Demandante** para afirmar que la **SBS** tuvo la finalidad de castigar el patrimonio del **BNM** y “ensayar el argumento de su insolvencia” y, por el contrario, encuentra que, de manera reiterada, en los Informes de Visita de Inspección de la **SBS** durante varios años, desde 1997 hasta 2000, esa entidad le señaló al **BNM** varias irregularidades. En algunos casos, ellas fueron atendidas por los funcionarios del **BNM** y en otras no; en 1999 hubo discrepancias en la clasificación de la cartera de créditos en al menos 127 deudores (párrafo 42 anterior); ese mismo año se detectaron problemas con las provisiones del **BNM** (43 (d) anterior); durante 1999 el **BNM** incumplió la normativa sobre los créditos refinanciados (párrafo 44 anterior) y durante ese mismo año la **SBS** instruyó al **BNM** que reformulara las políticas acerca de sobregiros (párrafo 45 anterior). Durante los años 1997, 1998 y 1999, el **BNM** realizó operaciones refinanciadas que no fueron registradas contablemente como tales y, por eso, fue multado por la **SBS** (párrafo 47 anterior); en esos mismos años y en 2000, la **SBS** informó al **BNM** sobre créditos vencidos, refinanciados y reestructurados que estaban contabilizados como cartera de créditos vigente, lo cual contravenía la normativa bancaria (párrafo 68); la **SBS** también informó al **BNM** que hubo incumplimientos por

⁵³⁶ Ibid., ¶¶ 127 a 133.

⁵³⁷ Ibid., 126 a 139.

⁵³⁸ Ibid., ¶ 146.

parte del **BNM** de la normativa referente a los límites de los préstamos (párrafo 53 anterior). En 2000, existieron incumplimientos de resoluciones de la **SBS** referentes a la clasificación de las carteras de créditos, (párrafo 71 anterior), las cuales en muchos casos, fueron aceptadas tácitamente por los funcionarios del **BNM**; ellas se describen en los párrafos 60, 62, 63 y 64 anteriores.

365. En relación con el alegato de la **Demandante** sobre los ajustes hechos por los interventores a la contabilidad del **BNM**, después de que los auditores externos terminaron su trabajo, la **Demandada** explica que esos ajustes se hicieron conforme a las recomendaciones de **PwC** e insiste en que nunca se efectuó una atribución retroactiva de pérdidas. En el párrafo 202 de su Memorial de Contestación sobre el Fondo, **Perú** señala que los ajustes fueron recomendados por **PwC**, lo cual fue confirmado en la declaración del señor Arnaldo Alvarado, socio de la empresa, miembro de **PwC** que realizó la auditoría⁵³⁹. El señor Alvarado explica que el 5 de marzo del 2001 la auditoría terminó el trabajo de campo pero que, debido a las recomendaciones que los auditores les hicieron a los interventores, terminaron el informe el 11 de julio de ese año y lo fecharon correctamente, de acuerdo con la norma ISA 700⁵⁴⁰, con la fecha en que terminaron el trabajo de campo, el 5 de marzo⁵⁴¹. Esas explicaciones le parecen al Tribunal razonables. No considera el Tribunal que la **Demandante** haya demostrado que se hicieron ajustes retroactivos con el fin de “ensayar el argumento de la insolvencia del **BNM**” como lo alegó, ni que esos actos fueron arbitrarios ni discriminatorios.

366. El Tribunal considera importante destacar, no solo para este tema, sino para los otros vinculados con la contabilidad del **BNM** y con las labores de auditoría realizadas por **PwC**, que fue el **BNM** quien contrató a esa compañía desde 1997 hasta 2000, para auditar sus Estados Financieros⁵⁴². El señor Arnaldo Alvarado indicó en su declaración que tiene una experiencia del 20 años como auditor de instituciones financieras y de

⁵³⁹ Segunda Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 26 de septiembre del 2012; Prueba RWS-013 aportada por la Demandada, ¶ 3.

⁵⁴⁰ Normas Internacionales de Contabilidad, Prueba R-296 aportada por la Demandada, ¶ 23.

⁵⁴¹ Segunda Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 26 de septiembre del 2012, Prueba RWS-013 aportada por la Demandada, ¶¶ 8 a 10.

⁵⁴² Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 30 de enero del 2012; Prueba RWS-003 aportada por la Demandada, ¶ 3; Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 15.

compañías de seguros⁵⁴³. Además la compañía **PwC** tiene un prestigio internacional reconocido. Esos hechos le permiten al Tribunal concluir que las labores de auditoría realizadas cuando el **BNM** estuvo intervenido fueron efectuadas con cumplimiento de las mejores prácticas contables.

c. Crédito del BCR

367. En relación con la alegada arbitrariedad en el rechazo de la solicitud de un crédito de emergencia presentada por el **BNM** al **BCR**, la **Demandante** insiste en que el **BCR** tiene la función de cubrir picos temporales de iliquidez y garantizar la estabilidad del sistema bancario y, además, en este caso concreto, el **BNM** no había agotado el número de pedidos establecidos en la normativa vigente. Por ello, la **Demandante** afirma que ese rechazo fue arbitrario y basado en criterios propios de la banca privada⁵⁴⁴. La **Demandante** afirma que el **BCR** tenía facultades legales para otorgar el préstamo y que actuó arbitrariamente al denegarlo. No obstante, ese argumento es contradictorio con lo dicho por el experto que ella llevó a la audiencia, el señor Dujovne, quien explicó que “el Banco Central de Reserva del Perú, tenía facultades como para asistir por iliquidez al Banco Nuevo Mundo. Y cuando digo tenía, digo tenía las facultades legales y era discreción del Banco Central de Reserva del Perú utilizarlas o no”⁵⁴⁵. Aun cuando se considere válida la afirmación de que el **BCR** debió haber actuado como prestamista de última instancia, la misma **Demandante** cita los requisitos legales que el **BCR** estaba obligada a exigir para otorgar un crédito de emergencia al **BNM**: el artículo 59 (b) de la Ley Orgánica del **BCR**, que se refiere a “garantías negociables de primera calidad” y el artículo 78 (b) del Estatuto de ese banco que alude a “cualquier otra garantía adecuada a juicio del BCR”⁵⁴⁶. Para el Tribunal, la cita de esa normativa por parte de la **Demandante** y la declaración del señor Dujovne confirman que el **BCR** tenía, por ley, que pedirle al **BNM** garantías suficientes para otorgarle el préstamo solicitado y que, por lo tanto su rechazo, al no haber dado el **BNM** esas garantías, no fue arbitrario.

⁵⁴³ Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 30 de enero del 2012; Prueba RWS-003 aportada por la Demandada, ¶ 4.

⁵⁴⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 593 y 594.

⁵⁴⁵ Transcripción de la audiencia, 17 de noviembre del 2012, página 1383.

⁵⁴⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 342 y 343.

d. Propuesta del BNM

368. El 23 de septiembre del 2001 el **NMH** presentó al **MEF** una propuesta⁵⁴⁷, que, según la **Demandante**, el **MEF** rechazó arbitrariamente. De acuerdo con la **Demandante**, la propuesta consideraba el levantamiento de la intervención del **BNM** y su retorno a operaciones, y que los accionistas se harían cargo de la totalidad de la deuda del **BNM**. Según la **Demandante**, el **BNM** no recibió ninguna respuesta⁵⁴⁸. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** amplía este reclamo y confirma que el **BNM** nunca recibió contestación a su propuesta, a diferencia de los bancos Latino y Wiese, a los cuales se les ofreció un programa de rescate⁵⁴⁹. **Perú** explicó cuáles fueron los motivos por los cuales los funcionarios del **MEF** consideraron que el plan propuesto por los accionistas del **BNM** no era viable ni posible desde el punto de vista legal⁵⁵⁰. **Perú** insiste en el hecho de que, según la Ley de Banca, la rehabilitación de un banco requiere al menos que el 30% de los acreedores del banco y que los accionistas del **BNM** no habían propuesto, en realidad, aportar fondos propios. El Tribunal encuentra que no hay contraargumentos de la **Demandante** (excepto su afirmación de que el plan era viable, porque el banco era solvente)⁵⁵¹ que desvirtúen las explicaciones de la **Demandada**.

369. En relación con la diferencia de trato que, según la **Demandante** sufrió el **BNM**, en comparación con los bancos Latino y Wiese, el Tribunal observa que ese alegato fue presentado en un solo párrafo de la Réplica sobre el Fondo⁵⁵², sin más explicación que una nota al pie que remite a dos documentos⁵⁵³ en ninguno de los cuales el Tribunal encuentra fundamento para lo argumentado por la **Demandante**. El primero de esos documentos es una presentación en “PowerPoint” de una Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros de los años 1990-2001. Ese documento se refiere al Banco Latino pero no da explicación alguna ni remotamente demuestra lo alegado por la **Demandante** con respecto al **BNM**. El segundo documento citado es el “Informe de la

⁵⁴⁷ Prueba II-40 aportada por la Demandante.

⁵⁴⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 441 a 445.

⁵⁴⁹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 430.

⁵⁵⁰ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 237 a 248.

⁵⁵¹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 432.

⁵⁵² *Ibíd.*, ¶ 430.

⁵⁵³ Pruebas XI y XI-10-04 aportadas por la Demandante.

Comisión Investigadora encargada de cumplir las conclusiones y recomendaciones a las que arribaron las cinco Comisiones Investigadoras del período legislativo 2001-2002”, elaborado en julio del 2003. En este informe se criticó acremente la actitud de la **SBS** con respecto a los bancos Latino, Wiese e Interbank. Mucha de esa crítica fue en el sentido de que esa entidad no actuó con más firmeza en las visitas que hizo a esos bancos, según surge de los Informes de Visitas de Inspección, y que los programas de salvataje implicaron mucho dinero. En nada demuestra este informe lo afirmado por la **Demandante** y que se analiza en este párrafo. Además, la **Demandante** no se refirió a esos dos documentos ni en la audiencia ni en su escrito posterior a la audiencia.

e. Reducción del capital

370. La **Demandante** afirma que “la arbitraria, ilegal e inconstitucional reducción del capital social del **BNM** a cero” afectó de manera indirecta al inversionista, al privar a **NMH** de su condición de accionista del **BNM**; afectó su derecho de propiedad y el derecho a participar del remanente del patrimonio del **BNM** que pudiera resultar de la liquidación⁵⁵⁴. La **Demandante** señala al Tribunal el hecho de que según el artículo 107 (1) de la Ley de Banca:

“Cuando un banco es intervenido, la SBS está facultada para determinar el capital real de la entidad y compensar las pérdidas contra reservas legales y, de ser necesario, contra el capital social”⁵⁵⁵.

371. En el párrafo 125 de su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** afirma que no cuestiona la autoridad de la **SBS** para ejercer la mencionada facultad (de determinar el capital real de un banco), sino el hecho de que se le imputaran arbitrariamente al **BNM** pérdidas por la suma de S/.328 millones. Es obvio para el Tribunal que la **Demandante** se contradice al afirmar que la reducción del capital hecha por la **SBS** fue arbitraria e ilegal y luego sostener que la **SBS** tiene la facultad de determinar el capital real del **BNM**. El Tribunal confirmó la anterior contradicción al examinar el texto del artículo

⁵⁵⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 422 a 427 y 596.

⁵⁵⁵ Réplica sobre el Fondo, ¶ 124.

107 de la Ley de Banca que señala como facultad de la **SBS**, durante el régimen de intervención, la determinación del patrimonio real, y la cancelación de las pérdidas con cargo a las reservas legales y facultativas y, en su caso, al capital social.

372. En esta materia es necesario analizar la argumentación de la **Demandante** de que si la **SBS** no hubiera dictado la Resolución n.º 509-2001, se hubiera evitado la liquidación del **BNM**⁵⁵⁶. De acuerdo con el artículo 114 (1) de la Ley de Banca, las empresas del sistema financiero se disuelven luego de la intervención declarada conforme con los artículos 104 y 105. El artículo 105 regula el plazo de la intervención e indica que una vez transcurrido “se dictará la correspondiente resolución de disolución de la empresa, iniciándose el respectivo proceso de liquidación”. Sobre la base de estas disposiciones, el Tribunal concluye que si una entidad bancaria no es rehabilitada debe ser liquidada. Por esa razón estima que la respuesta de **Perú**, al afirmar que “la Ley General de Banca requiere que *todas* las entidades intervenidas se liquiden, independientemente de su solvencia” es suficiente para justificar las medidas de la **SBS**⁵⁵⁷.

f. Disolución

373. La **Demandante** afirma que la **SBS** fue arbitraria al haber declarado la disolución del **BNM** mediante la Resolución n.º 775-2001 fundamentándose en un informe contable elaborado por la empresa Arthur Andersen, que no hizo una valoración completa del capital del **BNM**⁵⁵⁸. La **Demandante** considera que se violó el estándar de tratamiento justo y equitativo establecido en el **APPRI**⁵⁵⁹. **Perú** afirma que la valoración hecha por esa empresa no fue el fundamento para la liquidación del **BNM**, ya que la **SBS** estaba obligada por la ley a liquidarlo, sin importar el valor que ese banco tuviera en ese momento⁵⁶⁰. En su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante** afirma que, independientemente de que la **SBS** se basara o no en ese informe, al referirse a él en la Resolución n.º 775-2001, “la SBS dio un mensaje equivocado al mercado respecto a la

⁵⁵⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 437 y 596.

⁵⁵⁷ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 318.

⁵⁵⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 597 y 598.

⁵⁵⁹ *Ibíd.*, ¶ 599.

⁵⁶⁰ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 236.

salud patrimonial del BNM, que como ha quedado acreditado, era un banco solvente antes de su intervención, lo que en sí mismo es un acto arbitrario”⁵⁶¹. El Tribunal estudió con detenimiento la Resolución n.º 775-2001 y observa que, efectivamente, entre los catorce considerandos que contiene, la **SBS** hace referencia al hecho de que la empresa Arthur Andersen hizo una valoración del **BNM**, que **PwC** revisó y, que al 30 de abril del 2001, había un importe negativo de US\$217 062 000; el cual, sumado a la pérdida operativa del **BNM** en ese entonces de US\$5 455 000, se incrementó a US\$222 517 000⁵⁶². A juicio del Tribunal, la referencia al estudio hecho por Arthur Andersen no es el fundamento de la resolución que decretó la disolución. En los considerandos de esa resolución también se afirma que, según los estados financieros del **BNM** auditados por **PwC**, las pérdidas del **BNM** ascendían a S/.328 875 366,91. El Tribunal, por ende, concluye, que la resolución que decretó la disolución del **BNM** no puede calificarse de arbitraria por el simple hecho de que también se refería en sus considerandos al estudio elaborado por Arthur Andersen.

g. Omisiones de la SBS y del BCR

374. La **Demandante** también alega que existió una omisión grave de la **SBS** y del **BCR** en su deber de colaborar y actuar con diligencia en la búsqueda de alternativas de liquidez temporal para el **BNM**, a diferencia del trato preferencial que esas entidades le dieron al Banco Wiese y al Banco Latino, que se beneficiaron con procesos de salvataje, lo cual evidencia un tratamiento discriminatorio. Además, la **Demandante** señala que el retiro de fondos de las empresas estatales tuvo en el **BNM** un impacto significativamente mayor y desproporcionado comparado con el que produjo en otros bancos con su mismo nivel de actividad⁵⁶³.

375. En relación con la supuesta omisión en la búsqueda de alternativas para el **BNM**, que, según la **Demandante**, implicó un tratamiento diferente con respecto a los otros dos bancos de **Perú** mencionados, el Tribunal analizará esta situación más adelante cuando se refiera al alegato de trato nacional que planteó la **Demandante**.

⁵⁶¹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 440.

⁵⁶² Prueba R-090 aportada por la Demandada.

⁵⁶³ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 600 y 601.

376. En cuanto a la segunda alegación expuesta sobre los retiros de depósitos de las empresas estatales, no encontró el Tribunal ninguna prueba que fundamente el reiterado dicho de la **Demandante** de que esos retiros tuvieron un impacto mayor en el **BNM** que en otros bancos. La **Demandante** admitió que “el retiro de depósitos estatales fue general”⁵⁶⁴, pero no demostró su aseveración de que afectó más al **BNM** que a otros bancos, ni probó que ese supuesto mayor impacto fuera responsabilidad de las entidades estatales.

377. En lo que respecta a la supuesta omisión deliberada de dar tranquilidad a los ahorristas del **BNM**, por parte de la **SBS**, la **Demandante** afirma que “la omisión deliberada, no solo de salir al mercado y mantener la tranquilidad de los ahorristas en el **BNM**, así como de perseguir a aquellos que originaban los infundados rumores de una posible intervención, constituyen actos arbitrarios de la **SBS**”⁵⁶⁵. Como se dijo en el párrafo 333 anterior, no hay pruebas de que el **BNM** informara a la **SBS** de los mensajes electrónicos que aportó en la prueba JL-14, que se inician con el fechado 30 de noviembre del 2000. El Tribunal no encontró prueba de que algún funcionario del **BNM** le enviara copia de esos mensajes a la **SBS** o que remitiera alguna comunicación a esa entidad informándole de los rumores. Además, como el Tribunal expresó en el párrafo 336, el campo de acción de las entidades públicas frente a una corrida bancaria es muy limitado, y cualquier medida puede no solo ser ineficaz sino también contraproducente.

378. En el caso del **BNM**, quedó acreditado que la **SBS** presentó una denuncia penal contra la persona que envió el 4 de diciembre un mensaje electrónico que incitaba al retiro de dinero del **BNM** (párrafo 77 anterior). En relación con la supuesta omisión de “salir al mercado y mantener la tranquilidad de los ahorristas en el **BNM**”⁵⁶⁶ la **Demandante** parece indicar que la **SBS** debió referirse específicamente a ese banco; sin embargo, en la Réplica sobre el Fondo que presentó posteriormente, afirma que no pidió que la **SBS** hiciera declaraciones particulares respecto a la salud patrimonial del **BNM**, sino declaraciones generales sobre la estabilidad y fortaleza del sistema financiero en

⁵⁶⁴ Réplica sobre el Fondo, ¶ 276.

⁵⁶⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶ 603.

⁵⁶⁶ *Ibíd.*

general⁵⁶⁷. El Tribunal concluye que la posición de la **Demandante** sobre la alegada inacción de las autoridades para evitar la corrida bancaria no es clara; también concluye que la **SBS** y el **BCR** no tenían una obligación legal de actuar en la forma que pretende la **Demandante** y que los efectos de la acción sugerida —si la hubieran tomado— no necesariamente habrían beneficiado al **BNM**.

379. La **Demandante** alega, además, que los siguientes son actos en los cuales hubo abuso de poder gubernamental y constituyen actos arbitrarios o discriminatorios y de abuso de poder:

- a. Falta de acceso a medios de impugnación o apelación en la ley doméstica. Alega que no hay en la ley peruana un remedio, a nivel administrativo y judicial, eficiente e inmediato para impugnar directamente el retiro de fondos del Estado, los actos del interventor, la declaratoria de intervención de un banco o la resolución que ordena la reducción de su capital social y su disolución. La **Demandante** argumenta que la vía judicial no es eficiente por las siguientes razones: los procesos son públicos y afectan la confianza puesta en la gestión y la credibilidad del inversionista; el contencioso administrativo que interpuso el **NMH** duró aproximadamente seis años; la resolución dictada por la Sala de la Corte Suprema fue injusta, inadecuada e ineficaz porque, conforme a la Ley de Banca, los derechos y activos adquiridos por terceros de buena fe durante la intervención no pueden ser objeto de impugnación judicial, por lo que no existía medio alguno para impugnar los actos de disposición del patrimonio del banco⁵⁶⁸.
- b. Prácticas contables irregulares: La **Demandante** insiste en que el registro de mayores provisiones con efecto retroactivo transgrede las normas contables internacionales y que esa actuación afectó negativamente el patrimonio del **BNM**, lo que constituye un acto contrario al Estado de Derecho⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Réplica sobre el Fondo, ¶¶ 366 y 367.

⁵⁶⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 606 a 609.

⁵⁶⁹ *Ibíd.*, ¶¶ 610 y 611.

- c. Desacato de órdenes judiciales firmes: La **Demandante** afirma que los siguientes actos constituyen abusos de poder: la reducción del capital social del **BNM** a cero; “la restitución del derecho de los accionistas del BNM a recuperar su participación efectiva en el capital social” y “la entrega de información relativa al proceso de liquidación del BNM”⁵⁷⁰.

380. El Tribunal analizará más adelante, conjuntamente con el alegato de la **Demandante** sobre la “negativa a brindar protección y seguridad plenas” (párrafo 406 siguiente), el alegato de la **Demandante** expuesto en el inciso a) del párrafo anterior, sobre la supuesta falta de acceso a remedios directos y eficientes. Respecto a lo alegado por ella sobre las supuestas irregularidades cometidas por funcionarios de la **SBS** en la contabilidad del **BNM** cuando fue intervenido, el Tribunal analizó este tema en los párrafos 339, 350 y siguientes, y 360. En cuanto al supuesto incumplimiento de las resoluciones judiciales, el Tribunal se refirió al tema de la resolución que ordenó la reducción del capital social del **BNM** en los párrafos 370, 371 y 372 anteriores.

4. Mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento

381. En los párrafos 614 al 623 del Memorial sobre el Fondo, bajo el título “Garantía contra actos estatales que impliquen mala fe, coerción, amenazas y hostigamiento contra el inversionista o la inversión”, la **Demandante** se refiere a los siguientes hechos: a) “los efectos de la segunda visita del Regulador al BNM”; b) “reducción del capital social a cero (S/.0.00) del BNM”; c) “promoción e intento de venta de un bloque patrimonial”; d) “declaración de disolución del BNM sin contar con una valorización total del patrimonio” y e) “persecución penal contra accionistas y directivos del BNM”. Seguidamente, el Tribunal analizará cada uno de esos hechos.

a. Visita de la SBS

382. En relación con la visita de la **SBS** entre agosto y octubre del 2000, la **Demandante** sostiene que fue un acto estatal de coerción y de actitud agresiva, que

⁵⁷⁰ Ibid., ¶ 613.

afectó la confianza de los ahorristas del **BNM**, por lo prolongada que fue, y que originó especulación y falsos rumores que, finalmente, llevaron al retiro masivo de los depósitos de particulares del banco⁵⁷¹. La **Demandada** respondió que la visita realizada al **BNM** en agosto del 2000 tardó 60 días, y aportó un cuadro con el promedio de duración de las visitas a otros bancos⁵⁷², en el cual el Tribunal observa que, por ejemplo, la visita al Scotiabank se efectuó del 26 de septiembre al 29 de noviembre del 2011 (64 días); la **SBS** visitó al Banco Financiero del 23 de marzo al 3 de junio de 1999 (72 días); al Citibank, del 24 de julio al 24 de octubre del 2000 (92 días). Según ese cuadro, el promedio de la duración de las visitas durante los años 1999 y 2000 fue de 74 días. También señala el Tribunal que el artículo 357 de la Ley de Banca establece la facultad de realizar las inspecciones “por lo menos una vez al año”, lo cual significa que esa entidad puede realizar más de una visita si lo juzga necesario. En la prueba aportada por la **Demandada** también se observa que no solo el **BNM** tuvo dos visitas de la **SBS** en un año: en 1999 Banex tuvo dos y en 2000 el Banco Financiero también tuvo dos⁵⁷³. Por lo dicho, el Tribunal no puede concluir que la segunda visita de la **SBS** al **BNM** fuera más prolongada o frecuente que lo usual o hecha con mala fe, coerción, amenazas ni hostigamiento contra el inversionista o su inversión. Tampoco considera el Tribunal que la **Demandante** probara que esa visita originó la especulación y los rumores sobre el **BNM**.

b. Reducción del capital social

383. Sobre la resolución que ordenó la reducción del capital social del **BNM** a cero, la **Demandante** manifiesta que fue un procedimiento arbitrario para facilitar la disposición de la propiedad de ese banco por parte del Estado, mediante la declaración de disolución del **BNM**⁵⁷⁴. No encuentra el Tribunal ninguna explicación de la **Demandante** que permita afirmar que ese acto fue hecho de mala fe o bajo coerción, amenazas u hostigamiento contra el inversionista o la inversión. Es más, la propia **Demandante** acepta en el párrafo 124 de su Réplica sobre el Fondo (citado en el párrafo 370 anterior)

⁵⁷¹ *Ibíd.*, ¶ 618.

⁵⁷² Prueba R-226 aportada por la Demandada.

⁵⁷³ *Ibíd.*

⁵⁷⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶ 619.

que, una vez que un banco es intervenido, la **SBS** tiene la facultad de determinar el monto del capital real de la entidad intervenida; la **Demandante** también sostiene que no cuestiona la autoridad de la **SBS** para ejercer esa facultad; lo que objeta es que se imputara arbitrariamente al **BNM** una determinada cantidad de pérdidas⁵⁷⁵. Este argumento fue analizado por el Tribunal en el párrafo 373 del presente Laudo.

c. Venta del patrimonio en bloque

384. En relación con la “promoción e intento de venta de un bloque patrimonial”; la **Demandante** alega que fue “un acto de coerción del Estado buscar la promoción y venta de un bloque patrimonial representado por el activo más líquido constituido por una cartera de clientes que no le pertenece al Estado, mediante la figura de CEPRE del BNM a favor del Banco Interamericano de Finanzas –BIF- y presionar al inversionista con el fantasma de la disolución y liquidación del BNM”⁵⁷⁶. La **Demandada** afirma que, incluso cuando la **SBS** vende como un bloque los activos y pasivos de un banco intervenido a otro banco, liquida las porciones no vendidas del banco intervenido; así se hizo con el NBK Bank, que fue adquirido por el Banco Financiero y, luego de esa adquisición, fue puesto en liquidación⁵⁷⁷. El Tribunal no cree que la **SBS** presionara al inversionista con el “fantasma de la disolución y liquidación”⁵⁷⁸; estima que no se trató de una amenaza, sino del cumplimiento por parte de la **SBS** de una obligación legal que ordena la disolución y liquidación de un banco intervenido. Como lo señala **Perú**⁵⁷⁹, el Régimen Especial Transitorio funcionó como una continuación de la intervención, y la **SBS** debía cumplir el mismo mandato de ley⁵⁸⁰, aun cuando se vendieran los activos del banco, al igual que en el caso del banco **NBK**.

d. Disolución

385. Respecto a la “declaración de disolución del BNM sin contar con una valorización

⁵⁷⁵ Réplica sobre el Fondo, ¶ 125.

⁵⁷⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶ 620.

⁵⁷⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 235; Prueba R-092 aportada por la Demandada.

⁵⁷⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶ 620.

⁵⁷⁹ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 231.

⁵⁸⁰ Pruebas R-082 (artículos 21 a 24) y R-077 aportadas por la Demandada.

total del patrimonio”, la **Demandante** alega mala fe del Estado por utilizar el informe de la empresa Arthur Andersen, que está referido específicamente a un bloque patrimonial, como base para la supuesta valorización integral del patrimonio del **BNM**, a pesar de que el informe de esa empresa dice que no hizo una auditoría de los estados financieros del **BNM**, ni una tasación de sus activos y pasivos⁵⁸¹. **Perú** contesta que la **SBS** no se basó en el avalúo de Arthur Andersen para poner al **BNM** en liquidación, pues la decisión de liquidarlo no tiene que ver con el valor del **BNM**, sino con la disposición legal que ordena que todos los bancos intervenidos deben ser liquidados para que se pueda disponer de los activos que queden⁵⁸². El artículo 105 de la Ley de Banca, efectivamente, ordena la disolución de los bancos intervenidos luego de transcurrido el plazo legal de la intervención. Por ello, no le cabe duda al Tribunal de que **Perú** tenía una obligación legal de disolver y liquidar el **BNM** y, por tanto, no puede imputársele mala fe por haber acatado una norma. El hecho de que la **SBS** también tuvo en consideración el estudio de Arthur Andersen a la hora de ordenar la disolución y liquidación del **BNM** no desvirtúa el hecho de que estaba obligada a proceder como lo hizo y, por ello, no puede atribuírsele mala fe a las acciones de la **SBS**.

e. Persecución penal

386. En relación con la mala fe, la coerción, las amenazas y el hostigamiento alegados por la **Demandante** y materializadas, según ella, en la “persecución penal contra accionistas y directivos del BNM”⁵⁸³, el Tribunal señala lo siguiente: El artículo 358 de la Ley de Banca le impone una obligación muy clara al Superintendente. Esta obligación requiere que el Superintendente ponga en conocimiento del Ministerio Público, “los hechos delictivos que hubieren sido detectados en el curso de las inspecciones que se practiquen a las instituciones sometidas a su control”. Como el Superintendente no es especialista en derecho penal, debe poner en conocimiento del Ministerio Público los hechos que le parezcan sospechosos; esa entidad los analizará y decidirá si los somete a las autoridades judiciales las cuales, en definitiva, determinarán si esos hechos son

⁵⁸¹ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 451 y 452; Prueba I-3 aportada por la Demandante.

⁵⁸² Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 235.

⁵⁸³ Memorial sobre el Fondo, ¶ 622.

delictuosos o no. De nuevo, el cumplimiento de una obligación legal por el Superintendente no puede ser considerada un “acto de coerción y hostigamiento” contra personas vinculadas al **BNM**.

5. Debido proceso

387. Como último reclamo en relación con el estándar de tratamiento justo y equitativo, la **Demandante** alega que la **SBS** violó la garantía del debido proceso y su derecho de defensa. La **Demandante** sostiene que el debido proceso puede ser violado tanto por las autoridades judiciales como las administrativas y se refiere a las dos situaciones siguientes⁵⁸⁴: a) “falta de transparencia y violación del debido procedimiento administrativo en la variación normativa” y b) “fundamentación de la Resolución SBS n.º 775-2001 que declara la Disolución del **BNM** en una resolución declarada ilegal e inconstitucional”.

a. Variación de la normativa

388. En relación con su primer alegato referente a la variación de la normativa, la **Demandante** afirma que la creación del **PCSF** “implicó la exclusión inconsulta de los denominados bancos chicos” y que se dio con una “absoluta falta de transparencia y violando el debido procedimiento, al no notificar ni escuchar la opinión de todos los actores involucrados del sistema bancario y financiero, como es el caso del **BNM**, más aun tratándose de uno de los bancos a ser afectados directamente en su propiedad, debido a la intencionalidad del Estado de imponer la tendencia de transferir el patrimonio de la banca chica a favor de la banca grande en el Perú”⁵⁸⁵. La **Demandada** contesta que los derechos del **BNM** no estuvieron en juego en la creación del **PCSF**, el cual tampoco impuso requerimiento alguno a ninguna de las instituciones financieras. El **PCSF** se creó con el simple objetivo de beneficiar a aquellas instituciones que quisieran participar voluntariamente para facilitar fusiones. “Por tanto, el decreto de **PCSF** no tuvo impacto en los intereses de propiedad investidos en los accionistas del **BNM** y ellos no tuvieron

⁵⁸⁴ Ibid., ¶¶ 627 a 631.

⁵⁸⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 628 y 629.

derecho a participar o hacer comentarios por adelantados (sic)”⁵⁸⁶.

389. Aun cuando este reclamo de la **Demandante** se encuentra dentro de una alegación de violación del debido proceso, en su Réplica sobre el Fondo, la **Demandante**, además, afirmó que “.nada justificaba un tratamiento discriminatorio” en lo referente al **PCSF**. Para el Tribunal, la convocatoria a una reunión que hizo el **MEF** en relación con el **PCSF** fue meramente informativa, y no tuvo el fin de elaborar ese programa con la colaboración de los bancos invitados. Si el Estado peruano no hubiera publicado en el Diario Oficial *El Peruano* esa normativa, la **Demandante** podría haber alegado una violación del debido proceso porque los cambios reglamentarios se habrían aplicado sin su publicación previa. Aunque quizás habría convenido que las autoridades peruanas hubieran hecho la invitación extensiva a todos los bancos, el hecho de que no lo hicieran no viola el debido proceso; si los accionistas del **BNM** se consideraron afectados por la normativa publicada, pudieron haber pedido a las autoridades las aclaraciones que consideraran necesarias o haber tratado de impugnarla por la vía legal que correspondiera. Además, a juicio del Tribunal, es obvio que el Estado peruano puede emitir la normativa que considere adecuada, sin estar obligado a consultar a los posibles afectados sobre su contenido.

b. Disolución

390. El segundo alegato de la **Demandante** en este tema fue que la reducción del capital social del **BNM** a cero constituyó la base para la disolución del banco, no obstante que el Poder Judicial había suspendido los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución n.º 509-2001, que ordenó esa reducción, con lo cual la **SBS** violó el debido proceso administrativo⁵⁸⁷. El Tribunal ya emitió sus conclusiones sobre este tema en el párrafo 347 anterior.

391. Luego de haber revisado todos los alegatos de la **Demandante** referentes a su reclamo de violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, el Tribunal concluye

⁵⁸⁶ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 361.

⁵⁸⁷ Memorial sobre el Fondo, ¶ 630.

que **Perú** no violó ese principio mediante ninguno de los actos reclamados por la **Demandante**; consecuentemente, rechazará los argumentos de la **Demandante** en ese sentido.

392. A continuación, el Tribunal analizará los argumentos de la **Demandante** relacionados con el reclamo de la violación del estándar de trato nacional.

B. Violación del estándar de trato nacional

393. Las partes parecen tener algún grado de acuerdo sobre algunos de los elementos que se deben analizar para determinar si hubo una violación del estándar de trato nacional, como alega la **Demandante**, a saber:

- a. Identificación del “comparador” y de las circunstancias similares (según la **Demandante**); identificación de una o varias entidades nacionales que se encontraban en circunstancias similares al **BNM** (según la **Demandada**).
- b. Existencia de un trato diferenciado y ausencia de una justificación razonable (según la **Demandante**); necesidad de que la **Demandante** demuestre que el **BNM** recibió un trato menos favorable que sus semejantes nacionales (según la **Demandada**).
- c. Irrelevancia de la intención estatal (según la **Demandante**); demostrar que el Estado actuó sin justificación razonable (según la **Demandada**)⁵⁸⁸.

La **Demandante** compara el **BNM** con el **BCP** y con el Banco Wiese y se refiere a la reacción del gobierno peruano ante los rumores que se divulgaron sobre la supuesta insolvencia de dichos bancos⁵⁸⁹; también la **Demandante** lo compara con el Banco Wiese y con el Banco Latino, en relación con las medidas de salvataje⁵⁹⁰. Si bien la **Demandante** también hace una comparación entre el índice de liquidez del Banco de

⁵⁸⁸ *Ibíd.*, ¶ 637; Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 375.

⁵⁸⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 654.

⁵⁹⁰ *Ibíd.*, ¶¶ 660 a 662.

Comercio y el del **BNM**⁵⁹¹, no demuestra cuáles actos del Estado implicaron un trato más favorable para con el Banco de Comercio. La **Demandada** no está de acuerdo con la **Demandante** respecto a los bancos que la **Demandante** usó para compararlos con el **BNM** y señala diferencias entre ellos. Además, afirma que, al final, el resultado de todos esos bancos fue el mismo (es decir, disolución y liquidación); también manifiesta que el banco más comparable con el **BNM** es el NBK Bank cuyos propietarios también perdieron su participación accionaria⁵⁹².

394. Sobre el estándar de trato nacional, el Tribunal considera indispensable revisar el artículo 4 del **APPRI**, cuyo primer párrafo dice:

“Cada Parte Contratante otorga, en su territorio y en su área marítima, a los nacionales o a las sociedades de la otra parte, en lo que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que aquel acordado a sus nacionales o sociedades, o el tratamiento acordado a los nacionales o a las sociedades de la nación más favorecida, si este último es más favorable. A este respecto, los nacionales autorizados a trabajar en el territorio y en el área marítima de una de las partes contratantes gozarán de las facilidades materiales apropiadas para el ejercicio de sus actividades profesionales”.

395. El Tribunal primeramente analizará si, en efecto, había similitud entre los bancos a los que se refirió la **Demandante** y luego determinará si se dio un trato más favorable a ellos que al **BNM**, con lo que se violó el artículo 4 citado.

396. En vista del acuerdo de las partes sobre la necesidad de primero identificar las entidades locales que estaban en circunstancias similares a las del **BNM**, el Tribunal Arbitral considera, como lo han señalado otros tribunales arbitrales⁵⁹³, que solo existe

⁵⁹¹ Ibid., ¶ 667.

⁵⁹² Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 379 a 385.

⁵⁹³ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI n.º ARB/03/29), Laudo, 27 de agosto del 2009, ¶ 402; *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre

discriminación entre grupos o categorías de personas que se encuentran en una situación similar, luego de haber analizado, caso por caso, las circunstancias importantes. Los bancos citados por la **Demandante** se encuentran en un mismo sector (el bancario) y son regulados por un ente común, la **SBS**. Sin embargo, a pesar de este denominador común, el Tribunal considera que, por ser el sector bancario un área delicada para todo país, existen marcadas diferencias entre los distintos bancos que operan en él. Por ejemplo, existen bancos dedicados primordialmente a la administración e inversión de activos, otros dedicados a la banca comercial y de consumo, como el **BNM**⁵⁹⁴. El segmento del mercado al que se dedica, en especial, un banco marca lo que lo diferencia de otros y permite determinar si son competidores o no.

397. A efectos de considerar cuáles son las consecuencias de los errores de un banco se debe considerar el segmento y la cantidad de sujetos afectados, su participación en el mercado y otros factores similares.

398. **Perú** presentó en este proceso varios datos que, según el criterio del Tribunal, prueban que el **BNM** no estaba en circunstancias similares a las del Banco Wiese, **BCP** y Banco Latino. El **BCP** y el Banco Wiese eran, respectivamente, el primero y el segundo banco más grandes de Perú hasta noviembre del 2000; juntos representaban el 44% de los préstamos de ese país y el 51% de los depósitos. Por el contrario, el **BNM** tenía el 4% de los préstamos y el 2% de los depósitos hasta noviembre del 2000⁵⁹⁵. Esos datos no fueron cuestionados por la **Demandante** y son bastante cercanos a las cifras que ella presentó sobre el **BNM**: estaba ubicado en la sexta posición en colocaciones y en depósitos recibidos (séptimo a finales de 1999), con una participación en el mercado en junio del 2000 del 4,5% (colocaciones) y 2,8% (depósitos)⁵⁹⁶. **Perú**, además, señaló que el Banco Latino no se diferenciaba tanto del **BNM**, cuya clientela comprendía, fundamentalmente, empresas, otros bancos y empresas estatales⁵⁹⁷. Estos elementos de comparación entre

el Fondo, Fase 2, 10 de abril del 2001, ¶ 75; *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo, 24 de mayo del 2007, ¶ 87.

⁵⁹⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶ 209.

⁵⁹⁵ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 379 y 380; Prueba R-169 aportada por la Demandada.

⁵⁹⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶ 210; Prueba I-1 aportada por la Demandante.

⁵⁹⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 172.

estos cuatro bancos son convincentes para el Tribunal.

399. Los criterios que utilizó la **Demandante** fueron que el **BNM**, el **BCP** y el Banco Wiese eran empresas del mismo sector financiero, que desarrollaban sus actividades en condiciones de competencia⁵⁹⁸. El experto de la **Demandante**, el señor Beaton, señaló que el **BNM** realizaba las mismas funciones que los otros bancos mencionados; es decir, brindaba servicios financieros similares; tenía un crecimiento similar y asumía riesgos semejantes. Asimismo, tenía el mismo tipo de clientes: corporaciones y personas naturales⁵⁹⁹.

400. El Tribunal considera que los criterios de comparación expuestos por la **Demandante** son muy generales. También señala que la **Demandante** presentó, a lo largo del proceso, diferentes versiones de la posición del **BNM** en el sector bancario peruano: en algunas ocasiones, el **BNM** era parte de la denominada “banca chica”; en otras, no estaba en esa categoría y era un banco de importancia sistémica. Para ilustrar lo anterior, el Tribunal hará referencia a algunas de las declaraciones de la **Demandante**:

- a. El **PCSF** impuso un mecanismo de fusión a la banca chica, incluido el **BNM**, por el cual se veía forzada a fusionarse a pesar de su fortaleza patrimonial para seguir desarrollándose en el sistema⁶⁰⁰;
- b. La creación del **PCSF** fue hecha de consenso con los principales bancos grandes del país, sin participación de la banca chica, en la cual se encontraba el **BNM**⁶⁰¹;
- c. El **MEF** ordenó el retiro de fondos públicos depositados en bancos chicos, como el **BNM**⁶⁰²;
- d. “Situados en diciembre de 1999 el Banco Nuevo Mundo (BNM) era el sexto banco

⁵⁹⁸ Memorial sobre el Fondo, ¶ 655.

⁵⁹⁹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 467; Informe de refutación del señor Neil J. Beaton, 15 de mayo del 2012, ¶ 46.

⁶⁰⁰ Memorial sobre el Fondo, ¶ 561.

⁶⁰¹ *Ibíd.*, ¶ 833.

⁶⁰² *Ibíd.*, ¶ 264.

- por tamaño del Perú. Con su participación de mercado de sus depósitos del 2,3% y de su activo del 3,4% en relación a la totalidad de la banca múltiple del Perú. Para contextualizar dicho tamaño, el equivalente por tamaño al BNM en los Estados Unidos sería una entidad de un tamaño similar a la de U.S. Bancorp, y al Citibank. Por ende, el BNM era una institución que poseía una importancia sistémica”⁶⁰³;
- e. “Los indicadores del BNM demuestran objetivamente que el resquebrajamiento de su salud patrimonial conllevaría implícitamente un riesgo sistémico, y adicionalmente a ello, no representaba un banco chico dada la envergadura que había logrado alcanzar al año 1999 en términos absolutos de la cuota de mercado”⁶⁰⁴.

401. Por lo señalado, al Tribunal le resulta imposible determinar cuál era la posición del **BNM** en el sistema bancario peruano. Además, tampoco puede definir si el **BNM** era comparable con los otros bancos que señaló la **Demandante**. En consecuencia, no puede analizar si el tratamiento que le dio el Gobierno peruano a esos bancos fue diferente al que recibió el **BNM**. Ante la falta de prueba suficiente, el Tribunal sólo puede intuir que cuando hubo un trato diferenciado, se debió a la existencia de circunstancias justificables.

402. Para finalizar el análisis de este tema, el Tribunal transcribirá lo dicho por la **Demandante** en su escrito posterior a la audiencia:

“... se encuentra acreditado que los sistemas de salvataje aplicados por el Estado a los bancos locales, no recortaban la posibilidad de un reflatamiento de las entidades bancarias por aporte directo o de terceros y la permanencia de algunos directores. A diferencia de ello, en el caso del BNM, la Ley de Banca sufrió modificaciones mediante Decretos de Urgencia días antes de la intervención del BNM para establecer nuevas reglas de juego en los procesos de salvataje o de intervención de los bancos, desechando toda posibilidad de reflatamiento por sus accionistas, quedando la única alternativa la venta de bloque patrimonial o la

⁶⁰³ Réplica sobre el Fondo, nota al pie 319, página 109.

⁶⁰⁴ *Ibíd.*, ¶ 473.

disolución y liquidación de la entidad bancaria”⁶⁰⁵.

403. El Tribunal no logra entender el argumento de la **Demandante**, el cual parece indicar que **Perú** modificó la Ley de Banca mediante los Decretos de Urgencia promulgados justo antes de la intervención del **BNM**, con el fin de incluir nuevas reglas para rescatar o intervenir un banco. En particular, el Tribunal no pudo determinar si el argumento de la **Demandante** es que la normativa fue reformada solo para perjudicar al **BNM**, mientras que, para los otros bancos, esas reformas no se aplicaron.

404. En vista de lo expuesto, el Tribunal rechazará el alegato de violación del estándar de trato nacional por parte de **Perú** hacia el **BNM**.

405. En la siguiente sección el Tribunal analizará el argumento de la **Demandante** de que **Perú** no brindó protección y seguridad plenas a su inversión.

C. Negativa a brindar protección y seguridad plenas

406. El Tribunal concuerda plenamente con la descripción que hizo la **Demandante** al exponer que el estándar de protección y seguridad plenas ha pasado de referirse a la mera seguridad física y evolucionó para comprender, en forma más general, los derechos de los inversionistas⁶⁰⁶.

407. El **APPRI** regula la garantía de protección y seguridad plenas en el artículo 5 (1) que dice lo siguiente: “Las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de una parte contratante gozarán de una amplia y plena protección y seguridad en el territorio y en el área marítima de la otra parte contratante”.

408. La **Demandante** afirma que, en su caso, la denegación de justicia se originó en la falta de un sistema judicial justo y en el incumplimiento de las resoluciones judiciales de los tribunales peruanos.

⁶⁰⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 138.

⁶⁰⁶ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 675 y 676.

409. En relación con el supuesto incumplimiento por parte de la **SBS** de resoluciones judiciales, la **Demandante** sostiene que “estas resoluciones ordenaban la restitución del derecho de los accionistas del BNM a recuperar su participación efectiva en el capital social del Banco. A pesar de la declaración de inaplicabilidad de la Resolución SBS n.° 509-2001 al BNM por parte del Poder Judicial, la SBS se fundamentó en dicha disposición para declarar de manera ilegal e inconstitucional la disolución y liquidación del BNM”⁶⁰⁷.

410. El Tribunal estudió cuidadosamente las sentencias del 23 de octubre del 2002 y del 11 de agosto del 2003 en las que se determinó que la Resolución SBS n.° 509-2001 era inaplicable y que la **SBS** no podía dictar otra resolución. Ambas sentencias reconocieron la facultad de la **SBS** de fijar el capital de la empresa intervenida; el derecho de los accionistas de impugnar las decisiones de la **SBS** y el de pronunciarse sobre el eventual remanente que pudiera corresponderles. El Tribunal entiende, por ello, que la Resolución n.° 509-2001 fue declarada inaplicable por las citadas sentencias y que los accionistas del **BNM**, una vez que termine su proceso de liquidación, podrán participar del remanente que quede. Debido a eso, el Tribunal concluye que no existió a este momento incumplimiento de lo resuelto por esas sentencias. El Tribunal también se refirió a este asunto en el párrafo 347 anterior.

411. La **Demandante** cita lo siguiente del “Proyecto de artículos de Harvard sobre responsabilidad internacional de los Estados por daños ocasionados a los extranjeros o sus propiedades”: “Existe denegación de justicia cuando existe un impedimento, retraso injustificado u obstrucción de acceso a tribunales, deficiencia grave en la administración del proceso judicial o de recursos, incumplimiento de brindar aquellas garantías que son generalmente consideradas indispensables para la apropiada administración de justicia, o una sentencia manifiestamente injusta”⁶⁰⁸.

412. En relación con la cita anterior el Tribunal considera útil destacar lo siguiente:

⁶⁰⁷ Ibid., ¶ 693.

⁶⁰⁸ Ibid., ¶ 683.

- a. La **Demandante** no alegó que estuvo impedida de presentar sus reclamos en Perú.
- b. Tampoco demostró que hubiera retrasos injustificados en los procesos judiciales que interpuso.
- c. No alegó ni demostró obstrucción de acceso a los tribunales, los cuales evidentemente atendieron sus recursos.
- d. No probó una deficiencia grave en la administración de justicia, como serían, por ejemplo, falta de notificación de resoluciones, denegación de audiencias o del derecho a ser escuchado.
- e. No indicó cuáles garantías fundamentales suyas fueron incumplidas durante los procesos judiciales que interpuso en Perú.
- f. Aunque ha afirmado que algunas sentencias dictadas por el Poder Judicial fueron injustas, no explicó en qué sentido lo fueron ni presentó pruebas que respaldaran su afirmación.

413. En el párrafo 380 el Tribunal dejó pendiente el análisis de otros argumentos de la **Demandante** porque están muy vinculados con los reclamos que analiza en esta sección. Los examinará ahora.

414. La **Demandante** alega que no existen en el sistema peruano medios de impugnación eficientes contra las decisiones de algunos órganos. Manifiesta que no existen en las vías administrativas y judiciales recursos eficientes e inmediatos contra el retiro de fondos por parte del Estado, los actos del interventor, la declaratoria de intervención del **BNM**, o la resolución que ordenó la reducción de su capital social y su disolución. También sostuvo la **Demandante** que, para impugnar directamente esos actos, no existen remedios por la vía administrativa, solo por vía judicial (excepto contra el retiro de fondos que no es impugnabile ni siquiera por vía judicial), pero esa vía no es eficiente, adecuada ni inmediata. La **Demandante** insiste en que la vía judicial no es

eficiente debido a que los procesos son públicos y, por ello, afectan la confianza del cliente en el inversionista. Además, son muy prolongados; el contencioso administrativo que interpuso el **NMH** duró, aproximadamente, 6 años; la resolución dictada por la Sala de la Corte Suprema fue injusta, inadecuada e ineficaz. Según la Ley de Banca, las adquisiciones hechas por terceros de buena fe durante la intervención no pueden ser objeto de impugnación judicial, por lo que no existe medio alguno para impugnar los actos de disposición del patrimonio⁶⁰⁹.

415. **Perú** no niega que en su legislación no existe un procedimiento administrativo para impugnar ciertos actos de la **SBS**, como los señalados por la **Demandante**. Agrega que “por lo general no hay una norma aceptada que demande a un Estado a que brinde la revisión administrativa de las acciones administrativas, ni dicha revisión administrativa deberá considerarse como indispensable a la administración de justicia”⁶¹⁰.

416. El Tribunal está de acuerdo con **Perú** en que no existe una obligación de los Estados de ofrecer una vía administrativa para revisar las decisiones que tomen sus órganos o entidades. Posiblemente, ante esa carencia de recursos en la vía administrativa, los accionistas del **BNM** presentaron, desde el año 2000, diversos procesos judiciales de carácter civil y constitucional contra varios actos dictados por la **SBS**; en cada uno de ellos, sus reclamos fueron atendidos cumpliendo con el debido proceso. El Tribunal tiene conocimiento de que al menos en uno de esos procesos judiciales el **NMH** solicitó una medida cautelar para nombrar a curadores administradores judiciales en sustitución de los interventores del **BNM** y que esa petición fue resuelta inicialmente de manera favorable⁶¹¹. Concluye el Tribunal, que el sistema judicial peruano sí ofrece remedios para proteger los derechos de los administrados en este campo.

417. Según lo indicado en el párrafo 231 anterior, la **Demandante** considera violatorio del estándar analizado en esta sección el hecho de que el **BNM** y sus inversionistas no tuvieran acceso “a un sistema de solución de controversias justo y predecible”. A juicio

⁶⁰⁹ Ibid., ¶¶ 606 a 609.

⁶¹⁰ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 363.

⁶¹¹ Prueba R-199 aportada por la Demandada, página 2.

del Tribunal, la **Demandante** no demostró esta afirmación, ni explicó por qué, según su opinión, las sentencias que se dictaron en materia civil y constitucional fueron injustas e impredecibles.

418. También afirma la **Demandante** que no tuvo acceso a un sistema judicial cuyas resoluciones fueran cumplidas cabal y oportunamente por los órganos del Estado peruano. Este argumento se analizará en los párrafos 429 y siguientes de este Laudo, junto con otros más que la **Demandante** planteó en el párrafo 693 de su Memorial sobre el Fondo.

419. La **Demandante** también afirma que existió “una conducta ilícita atribuible al sistema judicial y al Estado” y manifestó que el proceso contencioso administrativo en Perú solo permite cuestionar aspectos formales del acto administrativo, no temas de fondo. Afirma que el sistema judicial debe ser realmente efectivo y, por eso, “denuncia y acredita la actuación del Estado Peruano y de su sistema judicial como una actuación violatoria del **APPRI**, particularmente del estándar de ‘protección y seguridad plenas’”⁶¹².

420. La **Demandante** alega, además, que la vía judicial “no se encuentra capacitada de manera técnica ni profesional para cuestionar la ‘verdad’ del Estado [...] convirtiendo el medio de revisión judicial en un medio formal pero ineficiente para los derechos del inversionista”⁶¹³; agregó que en la vía del contencioso administrativo solo se analizan los asuntos de forma, y no de fondo⁶¹⁴.

421. La **Demandante** sostiene que en la vía contenciosa administrativa de Perú no es posible analizar el fondo de los asuntos. El Tribunal estima que, incluso de ser cierta —cosa que considera innecesaria determinar—, esa característica del sistema judicial peruano no constituye *per se* una violación del **APPRI** ni de ningún estándar del orden jurídico internacional. Además, la **Demandante** no probó que el hecho de que el sistema

⁶¹² Memorial sobre el Fondo, ¶ 692.

⁶¹³ Réplica sobre el Fondo, ¶ 488.

⁶¹⁴ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 690 y 691.

judicial peruano es formal y no realmente efectivo ni de qué forma el Estado peruano y ese sistema violaron el **APPRI**, particularmente el estándar de protección y seguridad plenas.

422. En apoyo del argumento de que el sistema judicial peruano no es efectivo, la **Demandante** cita el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo⁶¹⁵, que contiene una lista de causales de anulación de los actos administrativos. Las causales se centran en aspectos formales de los actos administrativos y, en consecuencia, la **Demandante** argumenta que los jueces peruanos no tenían capacidad de revisar el fondo de las resoluciones emitidas por la **SBS** que declararon la intervención y disolución del **BNM**.

423. La **Demandante** también cita un artículo del señor Alexis Mourre titulado “Algunos comentarios sobre la denegación de justicia en el derecho internacional público y privado después de Loewen y Saipen”⁶¹⁶, el cual debe considerarse en su contexto, y no aisladamente. Ese autor afirma que “el derecho internacional impone a los Estados la obligación de mantener un sistema judicial que permita a cualquier persona un acceso efectivo, y no solo técnico, a la justicia [...] Como una cuestión de principio, al no ejercer los remedios disponibles bajo el sistema judicial local, la víctima pierde el derecho de sostener que dicho sistema no cumple con las obligaciones internacionales del Estado del que forma parte”⁶¹⁷.

424. Las citas del párrafo anterior se refieren a una situación en la que un error o fallo de un sistema judicial puede generar denegación de justicia, porque no sea susceptible de ser rectificado mediante los remedios existentes; es decir, que exista un error de un tribunal que el sistema judicial no permita que sea corregido por una instancia superior. Como se explicará más adelante, para el Tribunal Arbitral, no hay congruencia entre lo alegado por la **Demandante** y la referencia al autor citado. La **Demandante** aporta las siguientes pruebas sobre procesos judiciales de la justicia peruana: i) la sentencia de la

⁶¹⁵ El enlace aportado por la Demandante en la nota al pie 339 del Memorial sobre el Fondo no parece funcionar.

⁶¹⁶ Prueba VII-20 aportada por la Demandante.

⁶¹⁷ *Ibíd.*, página 51.

Corte Superior de Justicia de Lima dictada en el expediente número 3787-2001 del Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, sentencia constitucional del 23 de octubre del 2002 (prueba III-7); ii) la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima dictada en el expediente número 1794-2002 de la Tercera Sala Civil, sentencia del 11 de agosto del 2003 (prueba III-8); iii) la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el expediente número 1219-2003-HD/TC, sentencia constitucional del 21 de enero del 2004 (prueba III-9); iv) la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República dictada en el expediente número 473-2001/LIMA por la Sala Civil Permanente, sentencia del 11 de noviembre del 2005 (prueba III-10) y v) la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República dictada en el expediente número 509-2006/LIMA de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, sentencia del 11 de octubre del 2006 (prueba III-12). En relación con esas pruebas, el Tribunal señala lo siguiente: la última sentencia citada, se dictó en un contencioso administrativo en apelación, en el que **NMH** recurrió la sentencia de primera instancia. El considerando primero de la sentencia expresa que “la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado, tiene por finalidad el control jurídico por parte del Poder Judicial respecto a las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”. Es evidente que en el proceso en el que se dictaron esas sentencias no se está en presencia de una de las burdas denegaciones de justicia a las que se refiere el señor Mourre. Este Tribunal también observa que **NMH** solicitó la nulidad de la resolución de la SBS número 775-2001 (sobre la disolución del **BNM**) y de todos los actos administrativos contenidos en esa resolución. Ello también contradice el argumento de la **Demandante** de que el **BNM** y sus personeros no gozaron de protección judicial. Adicionalmente, el Tribunal considera que esas sentencias judiciales demuestran el acceso a la justicia peruana.

425. En resumen, a juicio del Tribunal, ni las argumentaciones de la **Demandante** ni la prueba aportada por ella sustentan sus aseveraciones sobre la incapacidad del sistema judicial peruano de enmendar sus errores ni sobre las supuestas deficiencias de la vía contenciosa administrativa.

426. La **Demandante** tampoco probó que la vía judicial peruana “no está capacitada de manera técnica ni profesional para cuestionar la ‘verdad’ del Estado”⁶¹⁸.

427. La **Demandante** también funda su argumentación sobre la supuesta indefensión en su imposibilidad de obtener las pruebas que necesitaba. Afirma lo siguiente:

“Lo mismo puede ser señalado respecto al reiterado desacato de la SBS, durante su vigencia, de diversas resoluciones que le ordenaban entregar a los accionistas del BNM información relativa al proceso de liquidación del Banco (J. Levy, ¶8,...)”⁶¹⁹.

428. El párrafo 8 de la Declaración Testimonial del señor Levy, al que se refiere la **Demandante**, no prueba la supuesta negativa de la **SBS** a suministrarle información⁶²⁰; es una simple afirmación de que la familia Levy hizo esfuerzos por acceder a alguna documentación sobre el **BNM** que le interesaba.

429. En relación con el alegato de que el **BNM** y sus inversionistas estuvieron imposibilitados de acceder a un sistema judicial que no cediera ante las presiones públicas de los principales Poderes del Estado⁶²¹, el Tribunal entiende que este es el mismo alegato que planteó la **Demandante** en la Solicitud de Arbitraje, al afirmar que:

“... el poder político interfirió en la neutralidad e imparcialidad de la Corte Suprema de Justicia, quienes se vieron obligados a declarar infundada la demanda interpuesta por la empresa vehículo Nuevo Mundo Holding S.A. [...] conforme es de apreciar de la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del 11.10.2006. En otras palabras, el Poder Judicial ratificó la Resolución de la SBS que ordenó la ilegal liquidación del

⁶¹⁸ Réplica sobre el Fondo, ¶ 488.

⁶¹⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 573.

⁶²⁰ Declaración Testimonial del señor Jacques Levy Calvo, 20 de agosto del 2011, ¶ 8.

⁶²¹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 685.

BNM”⁶²².

430. Además, en el Memorial sobre el Fondo, la **Demandante** se refiere a una “abierta e ilegal interferencia del mismo Presidente de la República del Perú y de la Presidencia del Congreso de la República, así como del propio Superintendente de Banca y Seguros (ver Video ajunto a Solicitud de Registro), quienes de manera concertada, en el año 2007 ofrecieron en el mismo día declaraciones públicas a la prensa, con el único y claro objetivo de influenciar en el resultado final del Proceso Judicial Contencioso Administrativo que había sido iniciado por los accionistas del BNM contra la Resolución 775-2001 que ordenó la disolución y liquidación del BNM”⁶²³.

431. La **Demandante** expresa con respecto a la mencionada Resolución del 11 de octubre del 2006 que “no se trata de un simple error de derecho que exonere de responsabilidad al Estado, sino que la Corte únicamente asumió la postura de la SBS obviando todo análisis, motivación suficiente y referencia a los argumentos de los accionistas del BNM”⁶²⁴.

432. A juicio del Tribunal, carece de sentido cronológico la afirmación de la **Demandante** de que la supuesta interferencia de funcionarios públicos mencionada en el párrafo 429, que, según su decir, ocurrió en 2007, pueda haber influenciado una Resolución dictada en 2006.

433. El Tribunal Arbitral no es, ni puede ser, una forma de apelación contra las sentencias dictadas por los órganos judiciales de Perú. Sin embargo, se referirá a algunos aspectos de la Resolución dictada el 11 de octubre del 2006 por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú. El Tribunal Arbitral es consciente de que no revisará dicha decisión, sino que valorará los argumentos de la **Demandante** de que esa Resolución obvia todo análisis y carece de motivación suficiente y referencia a los argumentos de los accionistas del **BNM** (párrafo 431

⁶²² Solicitud de Arbitraje, ¶ 63.

⁶²³ Memorial sobre el Fondo, ¶ 693 (ii).

⁶²⁴ *Ibíd.*, ¶ 693 (iv).

anterior) y que ese hecho prueba la influencia e interferencia de los otros poderes del Estado peruano.

434. La Resolución mencionada expone los hechos relacionados con lo pedido por **NMH**; cita la normativa aplicable al caso; se refiere a los cuatro alegatos del **NMH**; razona y explica por qué en cada ocasión la Corte Suprema consideró que los agravios señalados por el accionante eran infundados; señala que los restantes agravios presentados no inciden en la decisión adoptada porque son reiteraciones y cita las normas en las que se fundamenta la Sala para “ plasmar en su resolución sólo las valoraciones esenciales que la sustentan”. Indica además cuáles hechos no fueron probados por el **NMH**; analiza los planteamientos del Fiscal Supremo de lo Contencioso Administrativo y, en su parte dispositiva, declara infundada la demanda planteada por el **NMH**.

435. Por lo expuesto, el Tribunal considera infundadas las afirmaciones de la **Demandante** de que esa sentencia carece de “todo análisis, motivación suficiente y [que no hace] referencia a los argumentos de los accionistas del **BNM**.”

436. Sobre este mismo tema, la **Demandante** alega otro tipo de presión sobre el Poder Judicial. Indica que en las fechas en las que se emitieron las declaraciones mencionadas en el párrafo 429 anterior, el Congreso de la República del Perú presentó al Poder Ejecutivo la autorización de una ley para suspender los incrementos remunerativos de los vocales de la Corte Suprema de Justicia, donde se estaba analizando la demanda del **NMH**. La **Demandante** explica que, el 27 de septiembre del 2006, el Pleno del Congreso aprobó un proyecto de ley que disminuiría los salarios a los vocales de la Corte; luego de esa aprobación, el proyecto pasaría al “Presidente quien cuenta con facultades constitucionales para vetar la ley”⁶²⁵. La **Demandante** señala que la prensa se refirió a esas presiones y presenta varios artículos periodísticos que se publicaron en ese entonces.

437. Afirma también la **Demandante** que el 3 de octubre del 2006 el Congreso de la República del Perú aprobó un proyecto de ley en virtud del que se reduciría el salario

⁶²⁵ Ibid., ¶¶ 473 y 474.

mensual de los vocales de la Corte Suprema. El 11 de octubre la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de Perú emitió la sentencia citada anteriormente, y el 24 de octubre el Presidente de Perú vetó el proyecto de ley citado, “en retribución a la conducta sometida de la Corte Suprema frente a sus advertencias previas”⁶²⁶.

438. La **Demandante** agrega lo siguiente: “La Corte Suprema, excediendo sus facultades y violando el derecho a una tutela judicial efectiva, interpretó de forma restrictiva una sentencia firme de segunda instancia, emitida en un proceso judicial distinto de la causa que tenía en revisión. El exceso cometido por el Tribunal, modificó ilegalmente el sentido de lo resuelto a favor de NMH en el proceso que siguió contra la ilegal reducción del capital social del BNM a cero”⁶²⁷.

439. A juicio del Tribunal, la **Demandante** hizo afirmaciones graves sin explicarlas ni fundamentarlas; además, no indicó de qué manera se excedió la Corte en sus facultades ni de qué forma modificó ilegalmente lo que había sido resuelto, “en un proceso judicial distinto de la causa que tenía en revisión”.

440. En relación con el proyecto de ley que se discutía en el año 2006 mediante el que se rebajarían los salarios de los vocales de la Corte, el Tribunal revisó los artículos periodísticos que aportó la **Demandante** y notó lo siguiente:

- a. Fue el Presidente de la Corte Suprema de Justicia quién le solicitó al Presidente de la República que “observara” la ley en cuestión.
- b. El Presidente de la Corte indicó a los medios que “no somos personas renuentes a la austeridad [...] El titular del Poder Judicial dijo también que está de acuerdo con la reforma judicial pero que el Congreso no puede hacerla unilateralmente, pues debe respetar la autonomía del Poder Judicial. Esperamos que el Congreso nos invite a participar en los debates que están llevando a cabo porque si se va a legislar para

⁶²⁶ Ibid. ¶ 481.

⁶²⁷ Ibid., ¶ 480.

nosotros, es obvio que debe invitarnos para participar”⁶²⁸.

441. Se deduce de esos artículos periodísticos que en Perú se estaba llevando a cabo en ese entonces una reforma judicial que incluía el tema presupuestario, como lo dijo el Presidente de la Corte Suprema de Justicia al referirse a la austeridad y a las reformas judiciales. Por lo anterior, y por la falta de elementos probatorios adecuados en contrario, el Tribunal no puede concluir que la reforma señalada por la **Demandante** tenía la intención de presionar al Poder Judicial para que resolviera en contra de los accionistas del **BNM**.

442. El **BNM** había estado operando en Perú desde 1993. El señor Jacques Levy, presidente ejecutivo del **BNM**, es un experimentado banquero que no solo conocía el negocio bancario, sino la realidad institucional de ese país. Cuando los inversionistas crearon al **BNM**, contaron no solo con su experiencia y conocimiento de la realidad peruana, sino —como ocurre siempre en estos casos— con el consejo de distintos profesionales, entre ellos, juristas, que conocían la estructura legislativa de ese país y, particularmente, la del Poder Judicial. Sabían, pues, esos inversionistas que, al igual que ocurre en otros países, este sistema tenía sus propias características, con debilidades y fortalezas. Por estas razones, este Tribunal no puede apoyar las afirmaciones de la **Demandante** que en unas ocasiones denigra al Poder Judicial de la República del Perú, calificándolo de corrupto, sujeto a influencias de otros poderes públicos, incapaz, ineficiente y lento, y se refiere en repetidas ocasiones al incumplimiento de las decisiones dictadas por tribunales de ese Poder Judicial que la favorecían. Los inversionistas que fundaron el **BNM** conocían la organización del Poder Judicial de Perú que, como el de otras Naciones, tiene sus virtudes y fallas. No puede pretender ahora la **Demandante** que este Tribunal Arbitral, con el pretexto de las supuestas violaciones al **APPRI**, examine las resoluciones de ese Poder y su misma estructura organizativa.

443. Por lo dicho, este Tribunal no puede, con base en las pruebas presentadas, afirmar que las acciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo afectaron la imparcialidad de los

⁶²⁸ Prueba V-53 aportada por la Demandante.

Magistrados que dictaron la sentencia del 11 de octubre del 2006 ni las supuestas violaciones al **APPRI** que la **Demandante** le imputa al Poder Judicial de la República del Perú.

D. Expropiación indirecta

444. La **Demandante** cita el artículo 5 (2) del **APPRI**, que dispone que “[l]as Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante. Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada...”⁶²⁹.

445. La **Demandante** alega la existencia de una “creeping expropriation” desde la prolongada visita de la **SBS** en agosto del 2000 hasta la declaración de disolución del **BNM**. Lo relacionado con la visita de la **SBS** en agosto del 2000 se analizó en el párrafo 382 anterior, donde el Tribunal concluyó que esa visita no fue prolongada, ni se realizó con mala fe, coerción, amenazas ni hostigamiento contra el inversionista o la inversión y que la **Demandante** no probó que ese hecho hubiera originado la especulación ni los rumores sobre la precariedad de la situación financiera del **BNM**.

446. También alega la **Demandante** que los efectos de la expropiación indirecta se incrementaron a causa de las siguientes acciones: la segunda visita de inspección de la **SBS**; la inacción de la **SBS** frente a los rumores; el deterioro de la cartera de créditos durante la intervención; la reducción del capital del **BNM**; la falta de una valoración global del patrimonio del **BNM** a la hora de tomar la decisión sobre su disolución, y la inexistencia de informes legales y técnicos, durante la intervención del **BNM**, que

⁶²⁹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 702.

sustentaran la reclasificación de la cartera y la exigencia de mayores provisiones⁶³⁰. El Tribunal determinó que no se aportaron pruebas de que la **SBS** estuviera enterada antes del 4 de diciembre del 2000, de los rumores contra el **BNM** (párrafo 333 anterior). En el párrafo 339 de este Laudo, el Tribunal indicó que no le fue posible determinar si, efectivamente, se dio un deterioro de la cartera crediticia durante la intervención; en relación con la Resolución SBS n.º 509-2001 que ordenaba la reducción del capital del **BNM** a cero, el Tribunal hizo observaciones sobre el hecho de que la resolución fue declarada inaplicable por los tribunales peruanos (párrafos 349 y 412 anteriores). En el párrafo 373 anterior, el Tribunal señaló que el estudio hecho por Arthur Andersen no fue el fundamento de la disolución del **BNM**. En relación con la reclasificación de la cartera del **BNM**, el Tribunal analizó lo vinculado con las prácticas contables en los párrafos 350 a 359 de este Laudo. Seguidamente, se analizan las circunstancias que se dieron durante los últimos días del **BNM**.

447. La **Demandante** alega que, con la declaración administrativa de la disolución y liquidación del **BNM**, se dio la pérdida total e irreversible de la inversión⁶³¹. Por ello, es indispensable analizar por qué llegó el **BNM** a su disolución y liquidación.

448. El 5 de diciembre del 2000, se declaró la intervención del **BNM**; el 18 de abril del 2001 se le sometió al Régimen Especial Transitorio; el 18 de octubre de ese mismo año se terminó la participación de ese banco en el mencionado Régimen y se ordenó su disolución y liquidación.

449. De acuerdo con el artículo 104 la Ley de Banca, las causales de intervención de un banco son:

- “1. La suspensión del pago de sus obligaciones;
2. Incumplir durante la vigencia del régimen de vigilancia con los compromisos asumidos en el plan de recuperación convenido o con lo dispuesto por la Superintendencia de acuerdo a lo establecido en el Título V de la presente

⁶³⁰ Memorial, ¶ 710.

⁶³¹ *Ibíd.*, ¶ 726.

sección;

3. En el caso de empresas del sistema financiero, cuando el patrimonio efectivo sea menos de la mitad del requerido en el primer párrafo del artículo 199°;
4. Pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo en los últimos 12 meses.
5. [...]”.

450. El artículo 106 de la misma ley determina las consecuencias de la intervención:

“Son consecuencias indesligables de la intervención y subsisten en tanto no concluya:

1. La competencia de la Junta General de Accionistas se limita exclusivamente a las materias de que trata este capítulo;
2. La suspensión de las operaciones de la empresa;
3. La aplicación de la porción necesaria de la deuda subordinada, en su caso, a absorber las pérdidas, después de haber cumplido con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 107°;
4. La aplicación de las prohibiciones contenidas en el artículo 116°, a partir de la publicación de la resolución que determine el sometimiento al régimen de intervención; y,
5. Otras que la Superintendencia estime pertinentes para el cumplimiento de lo dispuesto en este capítulo”.

451. El artículo 114 de la Ley de Banca establece:

“Las empresas de los sistemas financiero o de seguros se disuelven, con resolución fundamentada de la Superintendencia, por las siguientes causales: 1. En el caso a que se refiere el artículo 105° de la presente ley; [...]”.

En ese mismo artículo se indican las consecuencias: “... la empresa deja de ser sujeto de crédito, queda inafecta a todo tributo que se devengue en el futuro, y no le alcanzan las obligaciones que esta ley impone a las empresas en actividad, incluido el pago de las cuotas de sostenimiento a la Superintendencia”.

452. En este caso, la declaratoria de intervención se fundamentó en el artículo 104 (1), pues el **BNM** fue excluido de la Cámara de Compensación Electrónica de Perú por no haber cubierto su saldo multilateral deudor. “[E]l Banco Nuevo Mundo presentó una

posición multilateral deudora de US\$9,2 millones en moneda extranjera y de S/ 4,1 millones en moneda nacional, en tanto que los saldos en sus cuentas corrientes que mantiene en este Banco ascendían a US\$0,1 millones y S/. 1,8 millones, respectivamente. Como resultado, el Banco Nuevo Mundo tenía un déficit de US\$9,1 millones y S/. 2,3 millones”⁶³². Lo anterior no fue negado por la **Demandante** en este proceso arbitral. Lo que la **Demandante** ha alegado de manera reiterada es que el Banco tuvo un problema de liquidez temporal, que este fue provocado por la **Demandada** y que esta no le ayudó a resolverlo. Por ello, el Tribunal revisará qué sucedió con el **BNM** antes de la intervención.

453. La **Demandante** afirma que “[l]a arbitrariedad de la medida es notoria y obedece al hecho de estar ante un acto *que excede el marco regulatorio* peruano, como es entendida en el ámbito del derecho internacional”⁶³³. Señala que “el concepto de arbitrariedad sugiere una decisión basada no en justicia, derecho o razón, sino en preferencia personal o esencialmente en un capricho o en el ejercicio ilimitado del poder”⁶³⁴. Identifica los siguientes hechos como arbitrarios: segunda visita de inspección de la **SBS**; inacción de la **SBS** ante los rumores; deterioro de la cartera durante la intervención; reducción del capital del **BNM** a cero; falta de valorización del patrimonio para ordenar la disolución del **BNM**; irregular práctica contable de los interventores para justificar el patrimonio negativo del banco. Cada uno de esos hechos fue analizado anteriormente en este Laudo; en ninguna parte encontró el Tribunal arbitrariedad, mala fe, coerción, abuso de poder, injusticia, falta de derecho, preferencia personal o ejercicio ilimitado del poder por parte de las autoridades peruanas.

454. **Perú** alega que la inversión de los accionistas en el **BNM** había perdido su valor antes de su intervención y que el banco ya estaba en quiebra en junio del 2000. Al momento de la intervención, el **BNM** no era solvente y tuvo una crisis de liquidez tal que no pudo pagar los cheques que había emitido ni cumplir sus obligaciones con sus clientes. Por ello, el 5 de diciembre del 2000 los gerentes del **BNM** lo cerraron horas

⁶³² Prueba IV-9 aportada por la Demandante; Prueba R-072 aportada por la Demandada.

⁶³³ Memorial sobre el Fondo, ¶ 743.

⁶³⁴ *Ibíd.*, ¶ 745.

antes de la intervención de la **SBS**. Según **Perú**, debido a que la inversión no valía nada, no se ha privado de ningún valor económico a los accionistas del **BNM**⁶³⁵. **Perú** agrega que los derechos de los inversionistas no eran derechos absolutos e incondicionales, sino que estaban sujetos a limitaciones y, en el presente caso, todos los bancos estuvieron sometidos a un mismo marco legal y los accionistas del **BNM** debieron haber estado familiarizados con él⁶³⁶.

455. El señor Arnaldo Alvarado, quien supervisó la auditoría que hizo **PwC** de los estados contables anuales del **BNM** desde 1997 al 2000, explicó claramente en su declaración escrita del 30 de enero del 2012, lo siguiente sobre el procedimiento de una auditoría: en agosto o septiembre se hace una reunión con la gerencia de la compañía para planear la auditoría, y se revisan los controles financieros internos y los estados financieros preliminares. En diciembre los auditores revisan los estados financieros actualizados; este proceso, por lo general, termina en el segundo trimestre del año siguiente. El procedimiento sigue las normas de la **SBS**; subsidiariamente, los “International Accounting Standards” (IAS) aprobados por el Consejo Normativo de Contabilidad y, por último, las “United States Generally Accepted Accounting Principles” (USA GAAP)⁶³⁷.

456. Durante la revisión preliminar de los estados financieros del **BNM** del 2000, **PwC** identificó varios problemas los cuales evidenciaron pérdidas que el **BNM** no había declarado en sus estados contables. Entre los problemas detectados están los siguientes: discrepancias en la clasificación de riesgo de los prestatarios; falta de documentación referente a créditos al consumo y créditos hipotecarios; créditos refinanciados registrados como vigentes; valoración inadecuada de activos deteriorados; ausencia de un inventario de activos fijos; déficit de provisiones para pérdidas por activos que garantizaron operaciones, los cuales fueron recuperados pero aún no se habían vendido; gastos que tendrían que realizarse por completo; incongruencia en la contabilización de obligaciones adeudadas a otras entidades bancarias y necesidad de reevaluar el “goodwill” de la fusión

⁶³⁵ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 392.

⁶³⁶ *Ibíd.*, ¶¶ 395 y 396.

⁶³⁷ Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 30 de enero del 2012, Prueba RWS-003 aportada por la Demandada, ¶¶ 6, 10 y 12.

del **BNM** con el Banco del País. En total **PwC** identificó pérdidas no registradas por S/.121,5 millones⁶³⁸. El señor Alvarado también explicó que la auditoría dejó al descubierto pérdidas adicionales a las identificadas durante el análisis preliminar y el Informe de Visita de Inspección elaborado por la **SBS** entre agosto y octubre del 2000⁶³⁹.

457. El señor Alvarado indicó específicamente en su primera Declaración Testimonial que:

“[l]a auditoría de PwC identificó importantes pérdidas y le recomendó a BNM ‘en intervención’ (es decir, a los interventores de la SBS) que las pérdidas se reflejaran en los estados financieros al 31 de diciembre de 2000. Los interventores de la SBS estuvieron de acuerdo con las recomendaciones de PwC y las pusieron en práctica. En total, de acuerdo con las recomendaciones de PwC y la implementación de tales recomendaciones por parte de los interventores, los estados financieros finales indicaban que las pérdidas incurridas por BNM al 31 de diciembre de 2000 ascendían a S/.-329 millones”⁶⁴⁰.

458. La **Demandada** explica que el **BNM** no podía continuar participando en el programa de canje de cartera de créditos después de intervenido (párrafo 40 anterior) porque no habría podido recomprar en el futuro los créditos (artículo 4 del Decreto Supremo 099-99-EF, que creó el Programa de Canje de Cartera de Créditos y Bonos del Tesoro Público)⁶⁴¹. Por ese motivo, el contrato del **BNM** con el Gobierno concluyó el día siguiente de la intervención y los créditos regresaron al balance general del **BNM**, junto con la exigencia de aumentar sus provisiones para créditos riesgosos. El resultado de esta situación fue que se requerían S/.65 millones para cubrir el riesgo de esos créditos⁶⁴².

459. La **Demandada**, además, explica que, en su visita de inspección al **BNM** de agosto a octubre del 2000, la **SBS** solo estudió el 58% de la cartera de créditos de ese

⁶³⁸ Ibid., ¶¶ 21 y 22.

⁶³⁹ Ibid., ¶¶ 23 y 24.

⁶⁴⁰ Ibid., ¶ 26.

⁶⁴¹ Prueba R-030 aportada por la Demandada.

⁶⁴² Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 36; Estados Financieros del 31 de diciembre del 2000 y 31 de diciembre de 1999, auditados por PwC, Prueba R-080 aportada por la Demandada, páginas 3 y 4.

banco, mientras que **PwC** revisó, desde allí en la auditoría final de los estados financieros del **BNM** del 2000, casi toda la documentación del **BNM**⁶⁴³.

460. El Tribunal señala que, de acuerdo con los párrafos 2.1 y 2.2 de la página 14 y 2.1.1 y 2.1.2 de la página 15 del Reglamento Aplicable a las Empresas del Sistema Financiero para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones de la **SBS**, los créditos reestructurados y refinanciados se clasifican en una categoría de mayor riesgo⁶⁴⁴. Por esa razón, debían asignarse mayores provisiones para créditos riesgosos, para respaldar el riesgo de falta de pago⁶⁴⁵. Esto también debía cumplir con el artículo 132 (4) de la Ley de Banca, una disposición que enumera varios mecanismos para atenuar los riesgos de los ahorristas.

461. El experto Kaczmarek, presentado por la **Demandada**, muestra en su informe⁶⁴⁶ los siguientes cuadros con los datos de los informes de inspección de la **SBS** que fueron emitidos entre 1997 y 2000:

Cuadro 6 – Deficiencias de provisiones remarcadas por las inspecciones de la SBS en 1997, 1998 y 1999⁹⁸

| Calc. | | 1997 | 1998 | 1999 |
|---------|---|---------|-----------|-----------|
| [A] | Numero de Deudores en la Cartera Evaluada | 79 | 80 | 238 |
| [B] | Numero de Deudores Reclasificados por la SBS | 14 | 38 | 127 |
| [C]=B/A | Porcentaje del Numero de Deudores Reclasificados por la SBS | 18% | 48% | 53% |
| [D] | Cartera Total de Créditos (en S/. '000) | 862,188 | 1,480,408 | 1,661,165 |
| [E] | Cartera Evaluada (en S/. '000) | 234,421 | 316,755 | 601,944 |
| [F]=E/D | Porcentaje del Total de la Cartera Evaluada | 27.19% | 21% | 36% |
| [G] | Cartera Evaluada Reclasificada por la SBS | 29,725 | 138,576 | 206,880 |
| [H]=G/E | Porcentaje de la Cartera Evaluada | 13% | 44% | 34% |
| [I]=G/D | Porcentaje de la Cartera Total de Créditos | 3% | 9% | 12% |
| [J] | Total de la Provisiones Adicionales Requeridas por la SBS | 1,743 | 11,094 | 21,536 |
| [K] | Provisiones Totales | 14,587 | 27,229 | 46,877 |
| [L]=K/J | Porcentaje del Aumento Requerido por la SBS | 12% | 41% | 46% |

⁶⁴³ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 37; Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 30 de enero del 2012, Prueba RWS-003 aportada por la Demandada, ¶ 10.

⁶⁴⁴ Prueba R-023 aportada por la Demandada.

⁶⁴⁵ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 38; Prueba R-021 aportada por la Demandada.

⁶⁴⁶ Informe de experto del señor Brent C. Kaczmarek, 30 de enero del 2012; cuadro 6, ¶ 99 y cuadro 8, ¶ 140.

Cuadro 8 – Revisión de Cartera de Colocaciones por la SBS¹⁷⁵

| Calc. | 2000 |
|---|------------|
| [A] Numero de Deudores en la Cartera Evaluada | 295 |
| [B] Numero de Deudores Reclasificados por la SBS | 141 |
| [C]=B/A Porcentaje del Numero de Deudores Reclasificados por la SBS | 48% |
| [D] Cartera Total de Créditos al 30-Jun-2000 (en S/. '000) | 2,221,412 |
| [E] Cartera Evaluada al 30-Jun-2000 (en S/. '000) | 1,288,386 |
| [F]=E/D Porcentaje del Total de la Cartera Evaluada | 58% |
| [G] Cartera Evaluada Reclasificada por la SBS | 587,406 |
| [H]=G/E Porcentaje de la Cartera Evaluada | 46% |
| [I]=G/D Porcentaje de la Cartera Total de Créditos | 26% |

462. De esos cuadros resulta evidente que, durante el período 1997-2000, el número de deudas reclasificadas del **BNM** fue en aumento.

463. La **Demandada** indica que, para ocultar el deterioro de su cartera de crédito y evitar la exigencia de que aumentara provisiones para créditos riesgosos, el **BNM** reestructuraba créditos con problemas y los registraba como créditos “vigentes”⁶⁴⁷. El Tribunal confirmó en los párrafos 43, 44, 52, 60, 71 y 72 anteriores que, durante los años 1999 y 2000, la SBS le hizo saber al **BNM** la existencia de situaciones que implicaban incumplimiento de la normativa respectiva (circular B-2017-98 y Resolución SBS n.º 572-97). Además, en el año 1999, el **BNM** fue multado porque en los informes de 1997 y 1998 la **SBS** descubrió que el **BNM** refinanció operaciones que no fueron registradas contablemente como tales, sino como créditos nuevos (párrafo 47 de este Laudo).

464. La **Demandada** señala en su Memorial de Contestación sobre el Fondo que el **BNM** se valió de otras tácticas para ocultar los créditos vencidos en su cartera de créditos. La primera táctica se relaciona con el “sobregiro”, mediante el cual un prestatario del banco podía cargar el repago de su crédito, aunque la cuenta corriente del banco tuviera saldo insuficiente. Entonces, los créditos vencidos aparecían como que habían sido pagados a tiempo y la cuenta corriente del prestatario tenía un saldo negativo

⁶⁴⁷ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 38.

igual al monto del préstamo impago⁶⁴⁸. La segunda táctica se relacionaba con las operaciones de retroarrendamiento financiero, mediante las cuales el **BNM** adquiría un activo de un prestatario moroso para cancelar un crédito vencido y luego la arrendaba de vuelta al mismo prestatario en términos similares a los del crédito original. Entonces, el **BNM** registraba los créditos vencidos como cerrados y cancelados y registraba las operaciones de arrendamiento como nuevas o créditos normales; de esta manera, eliminaba los créditos vencidos y riesgosos de sus libros⁶⁴⁹.

465. El 12 de octubre del 2000, la **SBS** le manifestó al **BNM** su preocupación por las operaciones refinanciadas clasificadas como cartera vigente y le pidió información sobre las medidas correctivas que se tomarían; el Gerente de Riesgos e Internacional del **BNM** atendió esa comunicación y aceptó las observaciones de la **SBS** (párrafo 64 de este Laudo).

466. La **Demandante** indica, en su Réplica sobre el Fondo, que el señor Dujovne, experto presentado por ella, dijo que “el Banco Nuevo Mundo era una entidad con adecuados niveles de liquidez y solvencia [...] mostraba un mejor desempeño que el promedio del sistema. Ni los indicadores del BNM, ni la actuación de la SBS, ni su calificación de riesgo, ni la percepción que sobre el banco tenían los depositantes sofisticados apoyan la hipótesis de que esta entidad mostraba los problemas que el señor Powell (el experto de Perú) sugiere en su reporte”⁶⁵⁰. La **Demandante** cuestiona que las provisiones por créditos riesgosos exigidas por la **SBS** a fines de octubre del 2000 eran de US\$22,43 millones y que esa cantidad es radicalmente diferente al déficit de esas provisiones de US\$220 millones que, según la **SBS**, **BNM** tenía al cierre del ejercicio contable del 2000⁶⁵¹. Critica el método que utiliza la **SBS** durante sus visitas, ya que esa institución hace una proyección al 100% pero, a pesar del método, en este caso, la **SBS** dijo que requería intervenir el **BNM** para evaluar el 100% de la cartera del **BNM**⁶⁵². Dice que no existía sustento técnico para afirmar que, con base en una tendencia derivada de

⁶⁴⁸ Ibid., ¶¶ 41 a 43.

⁶⁴⁹ Ibid., ¶¶ 45 a 47.

⁶⁵⁰ Réplica sobre el Fondo, ¶45; Opinión de Experto del señor Dujovne, 15 de mayo del 2012, página 6.

⁶⁵¹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 50.

⁶⁵² Ibid., ¶ 52.

las conclusiones de una visita de la **SBS**, no podía determinar si un banco era insolvente⁶⁵³. También indica, con base en lo dicho por sus peritos, los señores Zapata y Leyva⁶⁵⁴, que en los informes de 1998 y 1999, la **SBS** no emitió ninguna alerta sobre un detrimento patrimonial del **BNM** para declararlo en insolvencia y, además, que no existe evidencia de que la **SBS** tomara alguna medida sobre este aspecto⁶⁵⁵.

467. La **Demandante** se refiere también a los informes de las visitas de la **SBS** de 1998, 1999 y 2000. En cuanto al primer informe, la **Demandante** concluye que el déficit de provisiones representaba el 7% del patrimonio del **BNM**, lo que no afectaba su fortaleza patrimonial⁶⁵⁶. En relación con el Informe de 1999, la **Demandante** afirma, además, que la reclasificación de cuentas hecha por la **SBS** demostró que el riesgo crediticio de los clientes que tenían mayor deuda con el **BNM** eran mínimos y afirma que la afectación patrimonial fue cubierta por el **BNM** y no afectó la capacidad operativa de ese banco en el mercado⁶⁵⁷. Sobre el Informe de Abril del 2000, la **Demandante** destaca que la **SBS** no detectó discrepancias ni necesidades de mayores provisiones que pudieran ocasionar un déficit con afectación patrimonial⁶⁵⁸. En cuanto al Informe de Noviembre del 2000, indica que el déficit de provisiones identificado por la **SBS** fue “cabalmente cubierta (sic) por el BNM”⁶⁵⁹. Agrega que ese déficit “no conllevaba a una situación de insolvencia”⁶⁶⁰. Concluye la **Demandante** que de esos informes no se desprende que el **BNM** fuera financieramente inviable o insolvente y que, de acuerdo con el Informe de auditoría contable elaborado por los señores Jaime Vizcarra y Justo Manrique, aportado por ella, el **BNM** “había acumulado capitales por encima del crecimiento del Producto Bruto Nacional en el Perú”⁶⁶¹.

⁶⁵³ Ibid., ¶ 54.

⁶⁵⁴ Informe de Experto de los señores Walter Leyva y José Zapata, 10 de mayo del 2012, ¶¶ 110 a 139.

⁶⁵⁵ Réplica sobre el Fondo, ¶ 57.

⁶⁵⁶ Ibid., ¶ 61.

⁶⁵⁷ Réplica sobre el Fondo, ¶¶ 63 a 64; Informe de Experto de los señores Walter Leyva y José Zapata, 10 de mayo del 2012, ¶¶ 127 a 129.

⁶⁵⁸ Réplica sobre el Fondo, ¶ 66; Informe de Experto de los señores Walter Leyva y José Zapata, 10 de mayo del 2012, ¶ 150.

⁶⁵⁹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 72.

⁶⁶⁰ Informe de Experto de los señores Walter Leyva y José Zapata, 10 de mayo del 2012, ¶ 161.

⁶⁶¹ Réplica sobre el Fondo, ¶ 73; Informe de Experto de los señores Walter Leyva y José Zapata, 10 de mayo del 2012, ¶¶ 35 a 40.

468. En relación con el Informe de la **SBS** de noviembre del 2000, el Tribunal considera necesario reiterar que el señor Jacques Levy, en la audiencia del 13 de noviembre del 2012, dijo estar de acuerdo con todo lo que la **SBS** había determinado en ese informe⁶⁶². En su declaración agregó: “Cuando era mi administración, yo estaba de acuerdo con la información y todos los hallazgos de la Superintendencia, absolutamente todo”⁶⁶³.

469. **Perú** manifiesta que los argumentos de la **Demandante** consignados en su Réplica sobre el Fondo se basaron en datos financieros distorsionados deliberadamente para ocultar la verdadera condición del **BNM**⁶⁶⁴. Señala que, aun cuando la **SBS** examinó solo una parte de la cartera de créditos del **BNM**, estimó en un 57% los créditos riesgosos de ese banco. De acuerdo con la información aportada por el **BNM** a la **SBS**, solo el 25% de su cartera estaba en esas condiciones⁶⁶⁵. **Perú** afirma lo siguiente: “Al no haberse registrado un monto apropiado de créditos riesgosos, el BNM tampoco constituyó provisiones [...] De lo que se sigue que el BNM había sobreestimado sus ingresos. Las provisiones no sólo inciden inmediatamente en los ingresos de un banco sino también en el capital, y ello porque el capital de un banco debe incrementarse por el monto de ganancias que el banco percibe y retiene como capital”⁶⁶⁶.

470. **Perú** afirma que “dado que el BNM subestimó el riesgo de sus deudores y no registró el monto apropiado de provisiones, los ingresos comunicados por el mismo banco estaban inflados y [...] el capital informado era mucho mayor al que debería haber sido en realidad”⁶⁶⁷. Por ese solo hecho, según **Perú**, se debilitan las aseveraciones de la **Demandante** y de sus peritos, los señores Leyva y Zapata. De acuerdo con la información que presentó el **BNM** (y sobre la cual los señores Leyva y Zapata elaboraron su informe) este banco “poseía una cobertura de provisiones del 100.7% al 30 de junio del 2000 [...] por lo que el Sr. Leyva concluye que el BNM tenía provisiones por un valor

⁶⁶² Transcripción de la Audiencia, 13 de noviembre del 2012, J. Levy, página 355.

⁶⁶³ *Ibíd.*, página 370.

⁶⁶⁴ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 14.

⁶⁶⁵ *Ibíd.*, ¶ 15.

⁶⁶⁶ *Ibíd.*, ¶ 16.

⁶⁶⁷ *Ibíd.*

superior al de sus créditos vencidos y mayor al de bancos de similar tamaño”⁶⁶⁸. Sin embargo, la **SBS** en la inspección del 2000 determinó que la cobertura de provisiones era de 62,4%, mientras que el promedio de los bancos de tamaño similar registraban una cobertura de 88,4%⁶⁶⁹.

471. Además de lo señalado por **Perú** en los párrafos anteriores, el Tribunal considera importante observar lo que indicó **PwC** el 27 de diciembre del 2000, cuando entregó su informe de avance de la auditoría que realizaba:

“En nuestra evaluación preliminar de la cartera de colocaciones del Banco al 30 de setiembre de 2000, sobre una muestra de 110 clientes hemos determinado discrepancias en la clasificación de 52 deudores. Esta situación podría originar un déficit en la provisión para colocaciones a dicha fecha de aproximadamente S/. 47,816,000”⁶⁷⁰.

472. En este Informe de avance, **PwC** también se refirió a varios rubros de pérdidas cuyo total fue detallado en la declaración escrita testimonial del señor Arnaldo Alvarado del 30 de enero del 2012, en la cual señaló que el total de pérdidas del **BNM** al 30 de septiembre del 2000 era de S/.121,5 millones⁶⁷¹.

473. El Tribunal concluye, en relación con lo mencionado en los párrafos anteriores, que el **BNM** no cumplió a cabalidad con la normativa bancaria de Perú referente a los requisitos de provisiones de créditos riesgosos y que es cierto que durante las visitas de inspección realizadas por funcionarios de la **SBS** desde 1997 hasta 2000 se detectaron los problemas ya indicados. Sin embargo, fue con la auditoría que realizó **PwC** (que inició su relación con el **BNM** cuando este estaba en condiciones normales de operación y terminó cuando ese banco fue intervenido) en 2000 que se logró determinar el valor real de las provisiones y de las pérdidas del **BNM**.

⁶⁶⁸ Dúplica sobre el Fondo, ¶ 18.

⁶⁶⁹ *Ibíd.*

⁶⁷⁰ Prueba R-173 aportada por la Demandada.

⁶⁷¹ Declaración Testimonial del señor Arnaldo Alvarado, 30 de enero del 2012, Prueba RWS-003, ¶ 22, aportada por la Demandada; y Prueba R-173, aportada por la Demandada.

474. En vista de los hechos referidos en los párrafos anteriores, el Tribunal llega a la conclusión de que la intervención fue necesaria pues, en definitiva, el **BNM** incumplió sus obligaciones y, frecuentemente, violó la normativa contenida en la Ley de Banca y en otras disposiciones legales conexas. Si bien es cierto que el Tribunal no puede afirmar con certeza que el **BNM** estaba en quiebra desde junio del 2000, sí considera que es evidente que en esa época ese banco arrastraba serios problemas que la **SBS** había ido señalando en sus informes y que **PwC** comprobó; **PwC** incluso constató la existencia de otros inconvenientes de mayor magnitud. Estas pruebas le permiten al Tribunal concluir que, en diciembre del 2000, el **BNM** no era un banco solvente y que de acuerdo con la Ley de Banca, la **SBS** debió intervenirlo. Posteriormente, la **SBS**, por medio de la auditoría de **PwC** determinó que el **BNM** tenía pérdidas por S/.328 875 366,91 por lo cual no era posible que continuara en el Régimen Especial Transitorio. En vista de que no se dieron las circunstancias para su rehabilitación, la **SBS** procedió, también en cumplimiento de la Ley de Banca, a la disolución y liquidación del **BNM**.

475. En relación con el reclamo de la **Demandante** de que en el **BNM** se dio una expropiación indirecta, este Tribunal está de acuerdo la conclusión a la que llegó otro tribunal arbitral: “...in evaluating a claim of expropriation it is important to recognize a State’s legitimate right to regulate and to exercise its police power in the interests of public welfare and not to confuse measures of that nature with expropriation”⁶⁷².

476. Considera el Tribunal que la **SBS** intervino al **BNM** de acuerdo con la normativa vigente. Posteriormente, cuando recibió el informe de auditoría de **PwC** ordenó, también según las leyes aplicables, la disolución y liquidación de ese banco. Estos fueron actos legítimos del “poder de policía” propios de los funcionarios bancarios porque, según el artículo 2 de la Ley de Banca, el principal objetivo de esa ley es el de “propender al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivos, sólidos y confiables para que contribuyan al desarrollo nacional”.

477. Basándose en el artículo 5 del **APPRI**, la **Demandante** afirma, que para efectuar

⁶⁷² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/19), Decisión sobre responsabilidad, 30 de julio del 2010, ¶ 139.

el acto expropiatorio legalmente, el Estado peruano debió promulgar una ley, que autorizara la expropiación de la inversión, fundándose en razones de utilidad o necesidad pública⁶⁷³. El Tribunal analizó cuidadosamente este argumento y llegó a la conclusión que se consigna en el párrafo siguiente.

478. Según el criterio del Tribunal, no es cierto que, como lo afirma la **Demandante**, en el caso del **BNM** se diera una expropiación. Lo que hubo fue un reiterado incumplimiento de la normativa bancaria por parte del **BNM** que, además, tomó riesgos en épocas de crisis de liquidez considerable, que lo afectaron, lo llevaron al incumplimiento de sus obligaciones y al cierre de sus oficinas. Esos actos hicieron inevitable su intervención y posterior disolución y liquidación. Como lo han señalado reiteradamente varios Tribunales Arbitrales, ningún tratado de inversión es un seguro o garantía de éxito de las inversiones, sobre todo cuando el inversionista toma malas decisiones de negocios⁶⁷⁴.

479. En vista de lo indicado en los párrafos anteriores, el Tribunal también considera infundados los argumentos de la **Demandante** sobre “la afectación de la medida con efectos permanentes”; “la afectación de las legítimas expectativas de la inversión”; “el propósito de la medida gubernamental”, y “el test de proporcionalidad de la medida”⁶⁷⁵.

480. La **Demandante**, además, afirma que las acciones del Poder Ejecutivo, del **BCR** y de la **SBS** no constituyen actos regulatorios no compensables según el derecho internacional⁶⁷⁶. Por las razones que se exponen seguidamente, el Tribunal también estima que dicho argumento carece de fundamento.

481. La **Demandante** también cuestiona “los efectos que tuvo en la inversión la variación sustancial de las normas o reglas de juego en el negocio bancario por parte de la

⁶⁷³ Memorial sobre el Fondo, ¶ 809.

⁶⁷⁴ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI n.º ARB/97/7), Laudo, 13 de noviembre del 2000, ¶ 64; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI n.º ARB/01/7), Laudo, 25 de mayo, 2004, ¶ 178; *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/8), Decisión sobre la Jurisdicción, 17 de julio del 2003 ¶ 29; *Eudoro Olguín c. República de Paraguay* (Caso CIADI n.º ARB 98/5), Laudo, 26 de julio del 2000, ¶ 73.

⁶⁷⁵ Memorial sobre el Fondo, ¶¶ 747 a 799 y 849 a 868.

⁶⁷⁶ *Ibíd.*, ¶¶ 822 a 834.

República del Perú”⁶⁷⁷. Señala que la Ley de Banca es una normativa de avanzada, un instrumento legal moderno, pero con la implementación que hizo de ella el **PCSF**, “el Estado peruano inclina la balanza de manera abierta para que los bancos grandes absorban a los bancos chicos, con la consecuente variación de las condiciones que afecta en gravedad [...] el valor consecuente del patrimonio de la inversión”⁶⁷⁸. Manifiesta, además, en relación con el **PCSF**, “que la tendencia de la norma era reacomodar la competencia en el mercado en condiciones favorables a la banca grande, en perjuicio de la banca chica, al margen de consideraciones de eficiencia y competencia, nos encontramos ante un supuesto de violación de los estándares de protección del derecho internacional”⁶⁷⁹. La **Demandante** no explica ni demuestra cuál fue la “variación sustancial de las normas o reglas del juego” que reclama. Tampoco prueba “la tendencia de la norma” para favorecer a la banca grande, sin considerar la eficiencia en el mercado ni de qué manera se violaron los estándares de protección.

482. La **Demandante** sostiene que la relación entre el derecho internacional y el derecho doméstico es importante, ya que el primero desempeña un control de la legalidad de los actos estatales según un criterio de proporcionalidad y evita la arbitrariedad. También indica que, en caso de conflicto, debería prevalecer el derecho internacional y que un Estado no puede invocar su derecho interno a fin de evadir su responsabilidad internacional⁶⁸⁰.

483. El Tribunal concuerda, en general, con las ideas expuesta por la **Demandante** resumidas en el párrafo anterior pero, a la luz de los hechos concretos de este caso, concluye que no existió tal conflicto entre ambos ordenamientos, ni debe imputársele a **Perú** ninguna responsabilidad internacional por los hechos planteados por la **Demandante**. Los propios incumplimientos de la normativa bancaria por parte del **BNM** acarrearón la intervención del banco por la **SBS**. Una vez que la **SBS** corroboró las prácticas contables indebidas, determinó el total de las pérdidas sufridas por ese banco, y, de acuerdo con los requisitos de la Ley de Banca, su disolución y liquidación fueron

⁶⁷⁷ Ibid., ¶ 828.

⁶⁷⁸ Ibid., ¶ 830.

⁶⁷⁹ Ibid., ¶ 844.

⁶⁸⁰ Ibid., ¶¶ 835 a 839.

inevitables.

484. Los argumentos de la **Demandante** están basados, principalmente, en su tesis de que existió una conspiración de parte de las autoridades peruanas, que buscaban desaparecer a la “banca chica” de ese país, en general y, de manera particular, perjudicar al **BNM** y a sus accionistas. Ni las alegaciones orales y escritas de la **Demandante** ni las pruebas aportadas por ella lograron convencer al Tribunal de la existencia de esa conspiración. Además de lo anterior, al Tribunal le parece contrario a toda lógica que el Gobierno de Perú (u otro gobierno) decidiera tomar medidas que desataran o agravaran una crisis financiera. El Tribunal simplemente no logra convencerse de que las acciones de la **Demandada** fueron tomadas para perjudicar la estabilidad del sistema financiero o la confianza del público en él. Es incluso poco probable que el Gobierno peruano haya tenido estas supuestas intenciones en tiempos de crisis financiera, como la que existía en **Perú** en la época en que el **BNM** enfrentaba sus más graves problemas.

485. En los párrafos precedentes el Tribunal analizó pormenorizadamente las reclamaciones de la **Demandante** sobre supuestas violaciones del **APPRI** cometidas por funcionarios peruanos en perjuicio de ella. La conclusión del Tribunal, en todos los casos, fue que no existió una demostración contundente por parte de la **Demandante** de ninguna de esas acusaciones. En los siguientes párrafos el Tribunal se referirá a situaciones en las que las autoridades peruanas, en vez de perjudicar al **BNM**, más bien trataron de favorecerlo.

486. Algunas de las actuaciones de las autoridades regulatorias de **Perú** favorables al **BNM** fueron las siguientes:

- a. La **SBS** aprobó el 4 de agosto de 1999 que el **BNM** registrara un crédito mercantil o “goodwill” a partir de la fusión del banco con el Banco del País, como un activo intangible para amortizarse en un plazo de cinco años⁶⁸¹.
- b. El 6 de agosto de 1999 la **SBS**, mediante la Resolución n.º 0715-99, con base en el

⁶⁸¹ Memorial sobre el Fondo, ¶ 218.

- artículo 62 de la Ley de Banca que le otorga discrecionalidad en la materia, autorizó el aumento de capital del **BNM** por medio de la capitalización del excedente de la revaluación de la sede principal del **BNM**⁶⁸².
- c. La **SBS** autorizó al **BNM** a constituir provisiones para créditos dudosos, a cargo de su patrimonio, por aproximadamente S/.28 millones⁶⁸³.
 - d. El 29 de septiembre de 1999 la **SBS** autorizó al **BNM** (con base en los artículos 64 y 349 de la Ley de Banca que le otorga discrecionalidad para hacerlo) a reducir su capital social en S/.23 591 550, con el propósito de que incrementara así su nivel de provisiones⁶⁸⁴.
 - e. El 15 de diciembre de 1999 la **SBS** autorizó al **BNM** a participar en el Programa de Bonos del Tesoro Público, creado mediante el Decreto Supremo n.º 099-99/EF y la Resolución Ministerial n.º 134-99-EF/77, hasta por un monto de US\$34,5 millones⁶⁸⁵.
 - f. A partir del 13 de noviembre del 2000, el **BNM** recibió del **BCR**, para cubrir su encaje en moneda extranjera y nacional, la suma promedio de US\$67,3 millones en doce días y de S/.97,5 millones en dos días; además el 4 de diciembre del 2000 (un día antes del cierre del **BNM**) se le otorgó un crédito al banco para cubrir sus requerimientos de encaje en moneda extranjera por US\$73 millones⁶⁸⁶.

487. Las acciones consignadas en los párrafos anteriores desvirtúan la tesis de la **Demandante** de que las autoridades peruanas tenían la intención de perjudicar al **BNM**, sus accionistas y sus directores.

E. Conclusiones sobre los problemas del BNM

488. El Tribunal Arbitral valoró cuidadosamente las presentaciones orales y escritas de

⁶⁸² Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 117; Prueba R-035 aportada por la Demandada.

⁶⁸³ Prueba R-155 aportada por la Demandada, página 14.

⁶⁸⁴ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶ 121; Prueba R-038 aportada por la Demandada.

⁶⁸⁵ Prueba R-046 aportada por la Demandada.

⁶⁸⁶ Prueba R-123 aportada por la Demandada.

las partes y la prueba documental y de otra clase aportada por ellas y llegó a las conclusiones que consigna seguidamente. La fundamental es que, aunque hubo varias causas que condujeron al fracaso del **BNM** (entre ellas y de manera significativa, la crisis económica que sufrió **Perú** durante los años 1999 y 2000), en última instancia fueron las acciones de sus accionistas y funcionarios las que lo llevaron a la ruina.

489. En los párrafos siguientes el Tribunal detalla algunos de los hechos concretos que, a su juicio, causaron la debacle del **BNM**.

490. Primero, el hecho de que varios créditos reestructurados y refinanciados se contabilizaron en la cartera de créditos vigentes, lo cual le permitió al **BNM** registrar como ingresos intereses que aún no había cobrado. Se detectó que este inadecuado manejo contable se dio de manera reiterada desde 1997 y causó que la **SBS** le impusiera a ese banco una multa⁶⁸⁷.

491. Por otro lado, la excesiva concentración de depósitos públicos puso al **BNM** en una situación de vulnerabilidad. La **SBS** advirtió reiteradamente de esta situación a funcionarios del banco⁶⁸⁸.

492. El 6 de septiembre del 2000, los directores del **BNM** cancelaron parcialmente varios gravámenes que tenían sobre inmuebles de GREMCO (empresa constructora cuyos propietarios eran accionistas del **BNM**) valorados en US\$20.4 millones que garantizaban un préstamo del que el **BNM** era acreedor⁶⁸⁹. Este hecho también fue reconocido por el señor Jacques Levy en la audiencia⁶⁹⁰.

493. El 1º de diciembre del 2000, pocos días antes de que el **BNM** fuera intervenido, la Junta General Universal de Accionistas del **BNM** acordó liberar algunos gravámenes adicionales que afectaban otros inmuebles de GREMCO y que también garantizaban un

⁶⁸⁷ Prueba R-143 aportada por la Demandada, ¶¶ 15 y 16; Prueba IV-6 aportada por la Demandante, página 3; Prueba R-080 aportada por la Demandada, página 13.

⁶⁸⁸ Prueba R-143 aportada por la Demandada, ¶ 1.5.13; Prueba R-157 aportada por la Demandada, página 2; Prueba R-065 aportada por la Demandada, página 18; Prueba R-067 aportada por la Demandada, ¶ 6.

⁶⁸⁹ Prueba R-191 aportada por la Demandada, ¶ 7.

⁶⁹⁰ Transcripción de la Audiencia, 13 de noviembre del 2012, J. Levy, página 379.

préstamo con el **BNM**⁶⁹¹. Este hecho también fue reconocido por el señor Jacques Levy en la audiencia⁶⁹².

494. El **BNM** incluyó indebidamente como ingresos los intereses no percibidos de cuentas corrientes deudoras inmovilizadas por períodos de más de 60 días, contraviniendo claramente la Resolución SBS n.º 572-97. Según el Memorándum 28-2000-VIO/NM del 4 de octubre del 2000 emitido por el señor Carlos Quiroz, Jefe de Visita de la **SBS**, esa contabilización inadecuada representaba S/.-459 884,343 y US\$-900 629,35⁶⁹³.

495. El **BNM** favoreció a empresas vinculadas con los accionistas del banco e incurrió en malas prácticas bancarias. De acuerdo con el Informe n.º 05-2002-VE/DESF “A” denominado “Caso: Deudas crediticias del Grupo Levy (antes GREMCO)” elaborado por Carlos Quiroz Montalvo, Jefe de Visita, Norma Talavera Arana, Analista, y Alfonso Villanueva Velit, Analista, del 12 de julio del 2002, el **BNM** fue la principal fuente de financiamiento para las empresas del grupo, y al 5 de diciembre del 2000 la deuda ascendía a US\$27 594 000. Ese informe señala, entre otros asuntos, que con respecto a los activos de GREMCO dados en arrendamiento financiero el **BNM** no “solicitó previamente informes técnicos de peritos valuadores para los bienes [...] dados en operaciones de leaseback con lo cual no se ha permitido conocer realmente los valores de dichos bienes”⁶⁹⁴. Otra irregularidad similar fue confirmada en la audiencia por el señor Carlos Quiroz Montalvo, Jefe de Visita de la **SBS**, quien indicó que los terrenos de GREMCO habían sido sobrevalorados para utilizarlos como garantías de préstamos otorgados por el **BNM**⁶⁹⁵.

496. El **BNM** también favoreció a empresas vinculadas con sus accionistas por medio de un fondo inmobiliario: el **BNM** tenía a fines de agosto del 2000 944 bonos por un valor nominal de US\$944 000,00 en el Fondo de Inversión Multirenta Inmobiliaria,

⁶⁹¹ Prueba R-191 aportada por la Demandada, ¶¶ 8 a 12.

⁶⁹² Transcripción de la Audiencia, 13 de noviembre del 2012, J. Levy, página 380.

⁶⁹³ Prueba R-277 aportada por la Demandada.

⁶⁹⁴ Prueba R-195 aportada por la Demandada, páginas 1 y 7.

⁶⁹⁵ Transcripción de la Audiencia, 15 de noviembre del 2012, Montalvo, página 772:13 a 16.

dedicado a la inversión en el sector inmobiliario en Perú. La sociedad administradora era Multifondos SAFI S.A. En octubre del 2000 el **BNM** adquirió del **NHM** 20 426 cuotas de participación con un valor de US\$2 829 000⁶⁹⁶. Todos los inmuebles adquiridos por ese Fondo pertenecían a GREMCO S.A., a excepción del local comercial Bambos⁶⁹⁷.

497. El señor Roberto Meza Cuenca, gerente general de Multifondos SAFI, también cumplía funciones de gerente de leasing (un departamento del **BNM**) en octubre del 2000, pero no indicó este hecho en su declaración testimonial escrita del 17 de mayo del 2012⁶⁹⁸. Esta doble función del señor Meza contradice la respuesta que el señor Edgardo Álvarez, gerente comercial del **BNM**, dio el 25 de septiembre del 2000, cuando envió una comunicación al señor Carlos Quiroz, de la **SBS**⁶⁹⁹, en la cual le señaló que el fondo era independiente, en términos financiero y administrativos, del **BNM**. Además, arroja dudas, según la opinión del Tribunal, sobre la transparencia de la administración de los fondos respecto del **BNM**.

498. El **BNM** aumentó sus colocaciones durante la época de la crisis en Perú. La prueba aportada demuestra que durante 1999 la tasa de préstamos del **BNM** fue mucho mayor que la de los demás bancos de Perú⁷⁰⁰.

499. La fusión del **BNM** con el Banco del País le causó problemas al **BNM**; el acta de la sesión del Directorio del **BNM** número 105 del 25 de octubre de 1999 dice lo siguiente:

“... que la información contable y financiera del Banco País, y en especial sus cifras sobre cartera de créditos, no han venido mostrando razonablemente su situación económica y financiera.

Asimismo [...] se estableció que de presentarse pérdidas proveniente (sic) de información falta o incorrecta, cada parte debería asumir su respectiva pérdida o

⁶⁹⁶ Informe de la SBS n.º 02-2002-VE/DESF “A”; Prueba R-192 aportada por la Demandada, ¶ 10.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, ¶ 15.

⁶⁹⁸ Transcripción de la Audiencia, 14 de noviembre del 2012, página 712:4 a 9; Pruebas R-268 y R-282 aportadas por la Demandada y Declaración de la Demandante del 17 de mayo del 2012.

⁶⁹⁹ Prueba R-276 aportada por la Demandada.

⁷⁰⁰ Prueba R-297 aportada por la Demandada, página 1.

en su defecto reducir su participación accionaria”⁷⁰¹.

Producto de lo decidido, el **BNM** solicitó a la **SBS** la autorización para reducir el capital social del banco y en la autorización dice lo siguiente:

“Que, siendo necesario el fortalecimiento del nivel de provisiones del Banco Nuevo Mundo, la Junta General Universal de Accionistas celebrada el 31 de agosto de 1999, acordó la reducción de su capital en la suma de S/.23.591.550...”⁷⁰².

500. Además de los hechos mencionados anteriormente, el Tribunal Arbitral considera que algunos de los principales funcionarios del **BNM** actuaron negligentemente o tomaron acciones impropias en el manejo de ese banco y de sus relaciones con las autoridades peruanas. El Tribunal advirtió antes sobre la ligereza con la que ellos atendieron las recomendaciones que les dio la **SBS**. Otro hecho que reafirmó el Tribunal en su creencia fue la declaración del señor Edgar Choque de la Cruz, quien ocupaba el cargo de Contador General (funcionario fundamental en toda institución bancaria) del **BNM**. Al ser interrogado sobre los documentos relevantes emitidos por la **SBS**, contestó reiteradamente (en seis ocasiones) que no los conocía porque eran confidenciales o estaban dirigidos a los Directores del **BNM**⁷⁰³. Es evidente para este Tribunal que el señor Choque actuó con enorme negligencia y que la estructura organizativa del **BNM** era sumamente deficiente lo cual, sin duda, contribuyó mucho a su derrumbe.

501. Los manejos descritos fueron, evidentemente, contrarios a las mejores prácticas bancarias y violatorios de la normativa peruana sobre esta materia. A juicio del Tribunal, esas acciones indebidas fueron la causa fundamental del derrumbe del **BNM**.

502. Asimismo, el Tribunal considera necesario referirse a lo siguiente: En sus conclusiones la **Demandante** cuestionó la declaración del señor Luis Cortavarría,

⁷⁰¹ Prueba R-146 aportada por la Demandada.

⁷⁰² Prueba R-038 aportada por la Demandada.

⁷⁰³ Transcripción de la Audiencia, 14 de noviembre del 2012, Choque, páginas 599, 617, 620, 642, 647 y 670.

Superintendente de la SBS, por su relación con el señor Carlos Boloña Behr, quien fue sancionado penalmente en Perú. En la audiencia, los abogados de la **Demandante** dijeron lo siguiente: “El señor Carlos Boloña Behr, el Ministro de Economía, tiene una relación muy estrecha con el señor Superintendente de Banca, Luis Cortavarria (sic) [...] cada vez que el señor Boloña era designado Ministro de Economía, el señor Cortavarria [...] entraba como superintendente [...] a nuestra consideración, hay un vínculo de confianza entre ambas personas”⁷⁰⁴.

503. Contradictoriamente, el representante de la **Demandante** también manifestó en la audiencia lo siguiente: “Acá no estamos, señor presidente, cuestionando la idoneidad personal del resto de funcionarios en la estructura jerárquica de la SBS; sí cuestionamos su idoneidad profesional, pero no su idoneidad ética”⁷⁰⁵.

504. El Tribunal analizó cuidadosamente ese asunto y concluyó que no existen razones para dudar sobre la idoneidad e integridad de los funcionarios de la **SBS**, pues no se presentó en el proceso arbitral ninguna prueba que permitiera llegar a la conclusión contraria.

F. Reclamos de daños y perjuicios y daño moral

505. La **Demandante** reclamó el pago de los daños y perjuicios supuestamente sufridos por ella y luego pidió que **Perú** la indemnizara por daño moral. La **Demandada** pidió que la **Demandante** la indemnizara por el daño moral, que, según su decir, sufrió.

506. En vista de que el Tribunal rechazará los argumentos de la **Demandante** sobre la violación de los estándares de tratamiento justo y equitativo y de trato nacional; así como los concernientes a la obligación de protección y seguridad plenas y a la expropiación indirecta, el Tribunal necesariamente denegará el reclamo de daños y perjuicios y de daño moral de la **Demandante**.

⁷⁰⁴ Transcripción de la Audiencia, 20 de noviembre del 2012, Paitán, página 1751.

⁷⁰⁵ *Ibíd.*, página 1752.

507. **Perú** afirmó que el Tribunal debería “fallar a favor de una indemnización por daños morales por el daño causado sobre la **Demandada** por el (sic) **Demandante** durante el transcurso de ese litigio”⁷⁰⁶. De acuerdo con **Perú**, “[l]os anteriores accionistas del BNM (hoy en día, la **Demandante**) no solo han abusado (sic) los procesos administrativos y judiciales disponibles para ellos, sino que han intentado causar daño severo al prestigio de la **Demandada** y a la legitimidad de su respuesta a la crisis financiera del Perú”⁷⁰⁷.

508. La **Demandada** explicó que los accionistas del **BNM** abusaron de los procesos administrativos y judiciales disponibles al presentar seis demandas contra **Perú** a lo largo de diez años, instigar dos investigaciones por parte del Congreso de la República de esa Nación e iniciar una demanda contra el Superintendente ante el Estado de Nueva York. Además, sostuvo que ellos habían hecho una campaña mediática tendiente a socavar la credibilidad de la **Demandada** y habían intentado obstaculizar la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y Perú. Con todas esas acciones, los accionistas del **BNM** le causaron un enorme daño moral a **Perú**⁷⁰⁸.

509. A juicio del Tribunal, el hecho de que los accionistas del **BNM** presentaran seis o más demandas ante diferentes instancias judiciales o realizaran otras gestiones en Perú, no constituye *per se* un abuso de los procesos administrativos o judiciales. En cuanto a la campaña mediática, la **Demandada** se refiere a la publicación de artículos y de entrevistas concedidas a distintos medios por accionistas del **BNM**, y a un libro del señor Jacques Levy⁷⁰⁹. El Tribunal señala que ni el señor Levy ni el **BNM**, ni sus accionistas son parte de este proceso arbitral. En relación con el último argumento de la **Demandada** sobre el supuesto intento de obstaculizar la aprobación de un tratado con los Estados Unidos de América, la **Demandada** no demostró cuáles son las acciones concretas que le reclama a la **Demandante**, cuáles daños le causó a **Perú** esa supuesta actuación ni de qué manera se vincula con el asunto analizado en este proceso.

⁷⁰⁶ Memorial de Contestación sobre el Fondo, ¶¶ 431 y siguientes.

⁷⁰⁷ *Ibíd.*, ¶ 435.

⁷⁰⁸ *Ibíd.*, ¶¶ 436 a 439.

⁷⁰⁹ Prueba R-210 aportada por la Demandada.

510. En vista de lo analizado, el Tribunal también rechazará la solicitud de la **Demandada** de que condene a la **Demandante** al pago del daño moral que supuestamente le causó.

XI. COSTAS

511. Cada una de las partes solicitó al Tribunal que condene a la otra a pagar sus costas en relación con el presente caso, y a pagar una indemnización por daño moral.

512. El artículo 61 (2) del Convenio CIADI dispone lo siguiente:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro”.

513. En la primera sesión celebrada por las partes y el Tribunal arbitral el 21 de marzo del 2011, se estableció lo siguiente⁷¹⁰: “Las partes sufragarán las costas directas del procedimiento en partes iguales, sin perjuicio de la decisión final que adopte el Tribunal en torno a la división de las costas”.

514. El 21 de febrero del 2013, ambas partes presentaron sus escritos sobre costas. La **Demandante** declara costas por un total de US\$2 229 829,61, que incluyen los honorarios de letrados y peritos, y los adelantos al CIADI. La **Demandada** declara un total de US\$5 238 568,81 en concepto de costas, que incluyen los honorarios de letrados y peritos, y los adelantos al CIADI⁷¹¹.

515. En el Convenio CIADI y en sus reglas o reglamentos no se incluyen lineamientos

⁷¹⁰ Transcripción de la Audiencia, 21 de marzo del 2011, página 12:5 a 12.

⁷¹¹ Hasta la fecha de los escritos sobre costas presentados por las partes, el CIADI había solicitado tres adelantos. El 24 de junio del 2013, el CIADI solicitó un cuarto adelanto de US\$150 000 a cada parte. Por ello, el Tribunal ajustó los montos a fin de incluir este último pedido de fondos.

sobre los criterios a seguir por el Tribunal al momento de distribuir las costas entre las partes. Tampoco existe una práctica uniforme empleada por los tribunales para distribuir las costas⁷¹². Algunos tribunales siguieron el enfoque de “la parte vencida paga todos los costos”, por el cual la distribución de las costas se basa en el resultado⁷¹³. Otros condenaron a una parte a pagar las costas sobre la base de su conducta durante el procedimiento⁷¹⁴, al tiempo que otros tribunales dividieron los costos y gastos en partes iguales entre las partes⁷¹⁵.

516. Por las razones expuestas ampliamente en los párrafos anteriores, el Tribunal Arbitral denegará las peticiones de ambas partes por daño moral.

517. En relación con las peticiones sobre las costas, ambas partes señalaron en reiteradas ocasiones que Perú, entre 1999 y 2000, se vio afectada por una crisis financiera. El Tribunal considera que, aunque la quiebra del **BNM** fue provocada por su propia administración, también fue influenciada por el contexto económico de **Perú**. El Tribunal también concluyó en el párrafo 500 de este Laudo que algunos de los principales funcionarios del **BNM** actuaron con negligencia y tomaron acciones impropias en el manejo de ese banco y de sus relaciones con las autoridades peruanas. Además, el

⁷¹² Schreuer, nota anterior 172, página 1229.

⁷¹³ *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI n.º ARB/03/16), Laudo, 2 de octubre del 2006; *Scimitar Exploration Limited v. Bangladesh y Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation* (Caso CIADI n.º ARB/92/2), Laudo, 4 de mayo de 1994, 5 ICSID Report 4; *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI n.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio del 2005; *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría* (Caso CIADI n.º ARB/04/15), Laudo, 13 de septiembre del 2006.

⁷¹⁴ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI n.º ARB/84/4), Laudo, 6 de enero de 1988, 4 ICSID Reports 61; *Zhinvali Development Ltd. c. República de Georgia* (Caso CIADI n.º ARB/00/1), Laudo, 24 de enero del 2003, 10 ICSID Report 3; *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI n.º ARB/00/9), Laudo, 16 de septiembre del 2003.

⁷¹⁵ *Amco Asia Corporation and others c. República de Indonesia* (Caso CIADI n.º ARB/81/1), Laudo, 20 de noviembre de 1984, 1 ICSID Report 413; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/3), Laudo, 30 de abril del 2004; *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI n.º ARB/00/6), Laudo, 22 de diciembre del 2003; *Fedax N.V. c. República de Venezuela* (Caso CIADI n.º ARB/96/3), Laudo, 9 de marzo de 1998. En el caso *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/97/2), Laudo, 1 de noviembre de 1999, el Tribunal consideró la posibilidad de hacer una imposición de costas ya que “[l]a lista de declaraciones no fiables realizadas [por los Demandantes] ante este Tribunal es, desafortunadamente, larga” y “[l]a falta de credibilidad recae plenamente sobre el Sr. Goldenstein, quien sin la menor inhibición apareció sosteniendo el punto de vista de que uno puede decir cualquier cosa con tal de que no lo descubran”. Sin embargo, al final, el Tribunal decidió dividir las costas en partes iguales porque reconoció principalmente que el mecanismo de resolución de controversias entre un inversionista y un Estado era un sistema nuevo, ¶¶ 125 y 126. Ese ya no es el caso en la actualidad.

Tribunal denegó las peticiones de ambas partes por daño moral. Por estas razones, el Tribunal estima que es lo justo y adecuado que la **Demandante** asuma las costas en las que incurrió en relación con este proceso arbitral, los costos del CIADI y los honorarios y gastos de los árbitros. La **Demandada** asumirá sus propios costos y gastos. Así lo ordenará en la parte dispositiva de este Laudo.

XII. OPINIÓN DISIDENTE DEL PROFESOR JOAQUÍN MORALES GODOY

518. El Profesor Morales adjunta su Opinión Disidente al Laudo en la cual explica sus puntos de desacuerdo con las conclusiones de la Mayoría.

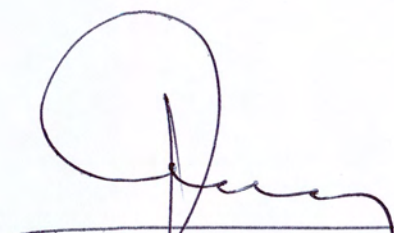
XIII. DECISIÓN

519. Por las razones expuestas, la Mayoría resuelve:

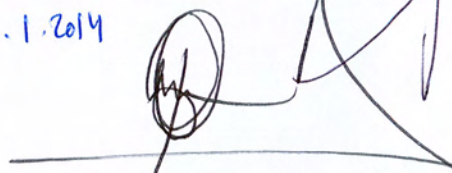
- i. Declarar que tiene jurisdicción para resolver la presente disputa.
- ii. Declarar sin lugar en todos sus extremos los argumentos planteados por la señora Renée Rose Levy de Levi en sus presentaciones escritas y orales contra la República del Perú.
- iii. Rechazar la solicitud de la República del Perú de que se le otorgue una indemnización por el daño moral que las actuaciones de la **Demandante** le pudieran haber causado.
- iv. Rechazar la solicitud de la **Demandante** de que se le otorgue una indemnización por el daño moral que las actuaciones de la República del Perú le pudieran haber causado.
- v. La señora Renée Rose Levy asumirá los honorarios y los gastos en los que incurrió en relación con este proceso arbitral, los costos del CIADI y los honorarios y gastos de los árbitros. La República del Perú asumirá sus propios costos y gastos.



Profesor Bernard Hanotiau
Árbitro
Fecha: 30.1.2014



Profesor Joaquín Morales Godoy
Árbitro
Fecha: 7.2.2014



Rodrigo Oreamuno B.
Presidente del Tribunal
Fecha: 14-2-2014