

OPINIÓN DISIDENTE

I. OBSERVACIONES GENERALES

1. Antes que nada, la controversia sobre la cual me pronuncio, es un caso muy complejo de una inversión en el sector financiero peruano, en el que se ha trabajado aproximadamente tres años. Hago presente que sin perjuicio del reconocimiento y respeto por mis distinguidos colegas y luego de un serio y responsable análisis, no he logrado una posición común sobre el entendimiento a que mis colegas han llegado sobre los hechos y el derecho para desestimar la demanda de la Demandante sobre la responsabilidad de la República del Perú en el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en el Acuerdo bilateral de Inversiones suscrito entre la República del Perú con la República de Francia, en lo sucesivo e indistintamente el APPRI.

2. Atendiendo al artículo 48(4) el Convenio CIADI, procedo a emitir un voto disidente de la mayoría en cuanto a las cuestiones de méritos el que detallo y fundo en este texto, ello sin perjuicio que comparto la decisión sobre jurisdicción contenida en el Laudo.

3. En efecto, discrepo de todas las respuestas de mis colegas en cuanto al análisis y ponderación de los hechos así como las apreciaciones y valoraciones de las pruebas documentales y testimoniales, no solo por considerar equívoca la lectura y comprensión de los mismos en el ámbito de la regulación bancaria y monetaria, en no entender los métodos de auditoría y en los efectos de la falta de entrega de evidencia requerida a la Demandada por el Tribunal, sino también por no existir motivación alguna en dejar de lado evidencia presentada de carácter documentario y testimonial de igual peso y relevancia cuestionando la esencia de los argumentos de la Demandada en las conclusiones de mis colegas, con miras a desconocer los elementos configurativos del incumplimiento al estándar de Trato Justo y Equitativo, así como de la violación al estándar de Trato Nacional.

4. En estos procesos en general se presentan desacuerdos que de manera individual no me habrían motivado expresar una opinión disidente, pero el análisis de los hechos y de los estándares me parecen equivocados en términos jurídicos y contables, así como muy contradictorio, que no me queda otro camino de expresar mis discrepancias basados en mi experiencia y conocimientos. En mi consideración no ha existido una acabada y fundada ponderación de las pruebas documentales y de las testimoniales presentadas, así como de una absoluta falta de motivación en resolver las denuncias, tanto así que no se logra seguir "el razonamiento" del punto A al punto B en casi todos los aspectos de la mayoría y que explicaré en mi opinión disidente, sino más bien observar que el enfoque de mis colegas es dar por sentado todos los documentos y testimoniales de la Demandada en la falta de responsabilidad de la SBS y BCR para afrontar las externalidades que generaron los problemas de liquidez temporal del BNM del año 2000, la que finalmente frustró la inversión de una inversionista protegida.

5. En primer lugar, la inexistencia de explicación del pedido de Inferencia de la Demandante sobre la falta de entrega de información de la "cartera comercial" del BNM por parte de la Demandada, no obstante que ello es la base del argumento de insolvencia del BNM al calificarla como "cartera basura", pero que, requerida la Demandada, no fue dispuesta a este Tribunal. Lo mismo sucede con la falta de entrega de información de los redescuentos monetarios concedidos por el BCR a otros bancos al mes de noviembre y

diciembre del año 2000, momento del pedido rechazado al BNM, pero igual no fue dispuesto por la Demandada a este Tribunal. Respecto de lo anterior no logró comprender la causa por la cual el voto de mayoría, no consideró lo dispuesto con la Regla 9.5 de las Reglas sobre Producción de Pruebas en Arbitrajes Internacionales de la IBA.

6. Asimismo y respecto del reconocimiento de PriceWaterhouse Coopers; en lo sucesivo PwC; sobre la inexistencia de prácticas de “maquillaje” contable en las cifras del BNM, otro principal argumento del Estado sobre la insolvencia y mala gestión al 05 de diciembre del 2000, me sorprende que no obstante la certeza en la información contable, hay una evidente ausencia de motivación por parte de mis colegas en dejar de lado los balances y estados financieros que acreditaría la solvencia del BNM al 05 de diciembre del 2000, así como por la información pública del portal web de la SBS, incluyendo los mismos informes de auditoría de PwC y las conclusiones acerca de los índices de liquidez, solvencia y de buena gestión expresados en los Reportes de las Clasificadoras de Riesgo del año 2000 basados en la contabilidad.

7. En segundo lugar, me resulta imposible aceptar la falta de responsabilidad de la SBS en contrarrestar los rumores y el pánico financiero contra el BNM habiendo actuado de manera activa a favor de otros bancos en dichas fechas. La falta de un criterio técnico para determinar que el BNM no era un banco comparable en el análisis del Trato Nacional basándose en adjetivos de saber si era o no parte de la “banca chica”; adjetivos que no corresponden a un análisis que debe tener basamento en los índices económicos proporcionados por la SBS en cuanto a participación de mercado, índices de colocaciones de cartera y segmento de clientes comunes con los demás bancos. Asimismo, la falta de responsabilidad del Estado por el retiro de fondos de empresas estatales, no obstante de estar acreditado que correspondió a una política del Estado la licitación de los mismos para afrontar la crisis del año 1998.

8. Finalmente, el papel de prestamista de última instancia del BCR del Perú, cuando el BNM sí presentó garantías mediante un conjunto de activos en leasing para el redescuento monetario solicitado el 05 de diciembre del 2000 y que fuera rechazado sin motivación alguna. La mayoría considera que resulta evidente la ausencia de garantías proporcionados por el BNM, pero eso se contradice con los mismos documentos del BCR dirigidos a la SBS.

9. Ante la complejidad del caso y ser lo más objetivo posible, procederé a describir los hechos de manera completa y no de manera fraccionada. Mi intención es visualizar en una línea de tiempo todas las circunstancias que rodearon la controversia planteada al Tribunal y de esta forma ser fiel a todos los hechos relevantes. Posteriormente procederé a dar mi opinión disidente sobre los méritos en el análisis de los estándares de Trato Justo y Equitativo, así como del Trato Nacional.

II. POSICION DISIDENTE SOBRE LOS HECHOS

10. La Demandada ratificó el Convenio CIADI el 9 de agosto de 1993; este Convenio entró en vigencia el 8 de septiembre de 1993.

11. La Demandada aprobó el APPRI mediante el Decreto Supremo n.º 4-94-RE, 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 1996.

12. 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 1993.

13. 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 de 2000. Mediante el Contrato de Transferencia de Acciones firmado el 29 de agosto de 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 de 2008, Holding XXI S.A. cambió su nombre a Corporación XXI Ltd. S.A. (Panamá).

14. En el Informe sobre Captación de Recursos y su Aplicación, del 14 de junio de 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 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)...”.

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

16. 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 Pessa 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 Pessa como accionista en las futuras empresas vehículos adquirentes de las acciones de Corporación XXI Ltda. en los negocios de la familia”.

17. 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.° 0718-99, la SBS aprobó la fusión, la cual originó un crédito mercantil o “goodwill” por S/.0,47 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”. 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 millones. Sobre esta fusión Apoyo y Asociados señaló que “el desarrollo de su cartera de productos en sus siete años de operación y la reciente fusión con Nuevo Mundo Leasing y el Banco del País le han permitido (al BNM) ubicarse en la sexta posición en colocaciones y en depósitos”.

18. El 18 de junio de 1999 el Presidente de la Demandada emitió el Decreto Supremo n.° 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 Ministerio de Economía y Finanzas parte de su portafolio”. 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...”. 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 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”.

19. 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.° 0894-99 del 29 de septiembre de 1999.

20. De acuerdo con el Informe de Visita de Inspección n.° 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 que eran conocidas en ese entonces por la gerencia del BNM:

“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”.

...En la relación de deudores adjunta al Informe de Visita, se observa que, de los 127 calificaciones de riesgo encontradas discrepantes, el 50% presentaban una discrepancia de solamente una categoría. Ésta discrepancia corresponde a créditos calificados como Normal, que debían estar categorizados como Con Problemas Potenciales (CPP). Conforme al Reglamento de Clasificación de Riesgos, CPP es la segunda categoría de menor riesgo.

21. 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:

- 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.° 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...”.

22. 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.° 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 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”.

23. 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”.

24. 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 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”.

...En el Reporte 1999 la SBS concluye:

“...cabe destacar la voluntad receptiva para implementar las recomendaciones por parte de la actual gerencia general, situación que consideramos aceptable para el cambio y reforzamiento de los controles internos, lo que finalmente redundará en la buena gestión institucional”.

En junio del 2000, el Informe de la Firma de Clasificación de Riesgo Apoyo expresa “con respecto a la morosidad de la cartera, a la fecha, no existe una evidencia en la mejora en los índices de morosidad en todo el sistema financiero debido al contexto recesivo de la economía, por lo que continuó la tendencia creciente de dicho ratio, alcanzando el sistema un ratio de morosidad de 10.05% a fines de junio [2000], superior al 8.33% alcanzando a fines de 1999, ratio que incorpora los encajes de cartera por USD.310.9 millones”.

“cabe señalar que el incremento en la morosidad del banco no ha producido un deterioro de la clasificación de la cartera, debido al crecimiento que experimentó el portafolio siendo las nuevas colocaciones clasificadas como categoría normal”.

25. 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.° ASIF "A" 034-VI/97 correspondiente al año 1997, como en los Informes de Visita de Inspección n.° 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.° 572-97, y la propia norma del Banco denominada NOR-NEG-010/98".

... La Resolución no establece una sanción grave, resuelve lo siguiente: " Artículo Primero, Imponer al Banco Nuevo Mundo la sanción de multa por un monto de 20 UIT [i.e. S/.56 mil ó USD.20 mil aprox] por las razones expuestas en la parte considerativa..."

26. 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". El 06 de agosto de 1999, mediante Resolución SBS N°.076-99 se aprobó la fusión con Banco del País, que señaló "las referidas empresas han cumplido con presentar la documentación sustentatoria a la que se refiere la Resolución SBS 514-96 TUPA y que esta Superintendencia encuentra conforme. Estando lo informado por el Departamento de evaluación del sistema financiero "A" mediante Informe ASIFA123-OT-99 y con la opinión favorable de la Superintendencia adjunta de asesoría jurídica"

27. 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:

"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". 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".

... La carta también señaló que el BNM había "(p)rocedi(do) a constituir nuevas provisiones, adicionalmente, mejora de procedimientos fortaleciendo el comité de Riesgos" "El Banco dispuso la modificación de los procesos de constitución del Comité Ejecutivo con el fin de evitar se presenten situaciones de conflicto de intereses".

28. 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.° 099-99-EF (mencionado en el párrafo 40 anterior). El 15 de diciembre de 1999 la SBS, mediante el Oficio n.° 13214-99, aprobó el plan y dijo que la "empresa califica como un potencial beneficiario del Programa de Bonos del Tesoro Público". 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 de 2001.

29. El 17 de enero de 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 de 2000"). Las partes discutieron sobre qué tipo de visita fue la que se realizó en esas fechas. 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 de 2000, se dió (sic) inicio a la Visita de Inspección al Banco Nuevo Mundo". (El artículo citado dice: "**INSPECCIONES**. Por lo menos una vez al año y cuando lo crea necesario, la 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. El Informe de Abril de 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 provisiones. 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 implementación. Además, la SBS señaló la alta concentración de depósitos públicos, los cuales, al 28 de febrero de 2000, constituían el 38,9% del total de depósitos, "situación que representa un riesgo potencial de liquidez". 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 plazo.

El Reporte SBS de abril del 2000 también señala. "En agosto de 1999 la SBS aprobó la fusión por absorción del BNM con el Banco del País, Nuevo Mundo Leasing y Coordinadora Primavera, actuando el primero como absorbente de las otras instituciones. Como consecuencia de esta fusión el emisor incrementó el valor total de su patrimonio y mejoró su posición en el mercado"

...Adicionalmente este Informe refiere "El BNM ha conformado la división Nuevo País dedicada a banca de consumo, contando con una cartera de aproximadamente 42 mil clientes y que opera con la autonomía necesaria para poder operar de manera eficiente."

...Finalmente, señala "El manejo de cartera del banco le ha permitido situarse en el séptimo lugar en el sistema en cuanto a colocaciones vigentes, así como también respecto al total de depósitos"

31. El 25 de abril de 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 de 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 de 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”

Consecuencias de las observaciones emitidas en el Informe de Abril del 2000, la SBS impuso una sanción al BNM por Resolución SBS N°.312-2000 del 02 de mayo del 2000 que señaló: “ARTICULO PRIMERO. Imponer al Banco Nuevo Mundo la sanción de multa por un monto de S/1.426 [USD.400. aproximados].

32. En respuesta a la comunicación de la SBS, su Presidente Ejecutivo envió una carta del 26 de octubre de 1999, señalando que “A la fecha podemos afirmar que la observación ha sido superada por cuanto la responsabilidad de las tres empresas mencionadas se encuentra dentro de los límites legales, con lo que queda atendida la recomendación hecha por la Superintendencia”

33. Al 30 de junio del 2000, la Clasificadora Class & Asociados señaló:

En cuanto a la cartera del BNM, Class & Asociados concluyó:

“II.4 CALIDAD DE ACTIVOS

La coyuntura económica y financiera por la que atraviesa la economía ha llevado a varios clientes importantes del banco a tener problemas para cumplir con sus obligaciones (...). BNM sufre un deterioro de su cartera, presentando al final del primer semestre del 2000 una cartera vencida y refinanciada equivalente al 7.19% del total de sus colocaciones, nivel inferior al mostrado en promedio por el sistema financiero que es de 11.59%”

Según Apoyo & Asociados, a junio de 2000, la cartera Normal del BNM era de 79.1%, superior al promedio de 63.8%. El 91.2% de la cartera se en las dos primeras categorías (Normal y CPP). La cartera crítica

(Deficientes, Dudosos y En Pérdida) era el 8.8% de su portafolio, inferior al promedio 16.1% (Informe Apoyo Anexo I-2)

“Con respecto a la morosidad de la cartera, a la fecha, no existe una evidencia de una mejora en los índices de morosidad en todo el sistema financiero debido al contexto recesivo de la economía, por lo que continuo la tendencia creciente de dicho ratio, alcanzando el sistema un ratio de morosidad de 10.05% a fines de junio, superior al 8.33% alcanzando a fines del 99, ratio que incorpora los encajes de cartera por US\$310.9 millones.

[...]

Por el otro lado del Banco, si bien la cartera morosa se incrementó en términos absolutos en 79% en el primer semestre, el índice de morosidad ascendió a 57.8% inferior al registrado por el sistema pro superior al 3.92% de fines de 1999. Similar tendencia mostraron los créditos refinanciados, los cuales se incrementaron en 131%, alcanzando una participación de 3.92% del total de las colaboraciones (6.70% para el sistema a fines de junio 2000).”

“III.2. GESTION

III.2.1.Manual de Políticas y Procedimientos.

Comentario. El manual de políticas y procedimientos se encuentra permanentemente en proceso de adecuación, como consecuencia de las regulaciones emitidas, particularmente las que se refieren a la administración de riesgos y operaciones de créditos de consumo”

34. A partir de julio de 2000, se inició el retiro de fondos de empresas estatales en el BNM.

35. El 11 de agosto de 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 año. La Demandada afirmó que se trataba de la visita regular, no de una segunda visita anual.

36. El 29 de agosto de 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 Pessa era accionista.

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

38. En septiembre de 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 B. 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”. 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”. 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”.

...

El Informe de Class & Asociados respecto de la Gestión señaló lo siguiente: “durante el primer semestre del 2000 el banco ha enfrentado una reestructuración organizacional con el objetivo de reforzar la unidad de riesgos y la división de negocios especiales, así como la estructura misma del banco para enfrentar de mejor manera la problemática actual buscando alcanzar los objetivos trazados

...

Injerencia de los accionistas en la Gestión. Positiva. Comentario. Existe injerencia directa de los accionistas del banco a través de su directorio (...) en ese sentido los accionistas como miembro del directorio determinan los objetivos futuros y los principios básico de gestión de la institución. Es el nivel gerencial quien determina los planes de acción y evalúa el cumplimiento de los mismos para luego reportar al directorio. De esta manera no se relacionan directamente las necesidades del banco con los intereses de sus accionistas.”

...

En la última visita de inspección, la SBS destaco la falta del Manual de Políticas y Procedimiento para la administración de riesgos crediticios. Actualmente se cuenta con políticas y procedimientos para el análisis y otorgamientos de créditos pero todavía esta última no han sido unificadas en único documento, lo que no quiere decir que no se aplique y utilicen”.

...

De esta manera el procedimiento de otorgamiento de créditos se inicia por la División de Negocios, quien tiene contacto directo con los clientes del banco. Su función se limita a emitir propuestas de crédito que se evalúan, aprueben, devuelven o delegan en el departamento de análisis, gozando el mismo de plena autonomía en sus decisiones”.

39. CLASS & Asociados emplea métodos reales de evaluación y no supuesto como la SBS por el mismo periodo de análisis. El Banco a Junio del 2000 estaba en situación estable.

“

| II.2 SOLVENCIA | | | | | |
|-----------------------------------|-------|-------|-------|--------|--------|
| Principales indicadores | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | Jun-00 |
| Tolerancia a perdidas | 7.43% | 7.37% | 8.33% | 10.45% | 9.98% |
| Endeudamiento Económico | 12.46 | 12.57 | 11.00 | 8.57 | 9.02 |
| Ratio de Apalancamiento (Basilea) | 10.87 | 10.02 | 9.50 | 9.04 | 8.95 |
| Ratio de Apalancamiento | | | | 9.08 | 9.04 |

| | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|
| Global | | | | | |
| <p>Comentario:</p> <p>Desde el cierre del ejercicio anterior, el endeudamiento económico del banco viene prestando una tendencia creciente, mientras que no ha experimentado mayores cambios en su capital social durante los últimos meses. Este comportamiento, es sustentado principalmente por el incremento de los pasivos exigibles en 13.2% a lo largo del año. De no ser por el importante aumento en las provisiones para riesgo de incobrabilidad, como consecuencia del considerado crecimiento de la cartera vencida y refinanciada, el endeudamiento económico del BNM.</p> | | | | | |

Según Apoyo mismo párrafo

A fines de junio, el patrimonio (S/. 229.2 millones) represento el 8.56% del total de los activos, participación inferior a la registrada a diciembre 99 (9.79). de esta manera, el endeudamiento contable del Banco se incrementó con respecto al nivel registrado a diciembre 99 de 9.21 a 10.68. Sin embargo, el índice de aparcamiento global disminuye de 9.08 a 8.57 en el mismo periodo explicado básicamente por una reducción de los activos ponderados por el riesgo ya que el aumento de los activos del Banco se registró principalmente en activos de muy bajo riesgo.”

...

APOYO Clasificación señaló:

“En cuanto a los ratios de liquidez, a fines de junio se aprecia una notable mejora luego de haber registrado una liquidez ajustada durante el mes de diciembre. El total de fondos disponibles ascendió a S/.373.2 millones, 54% superior al registro a fines del 99.

Asimismo, en cuanto a los ratios de liquidez exigidos por la SBS también se aprecia una mejora. En el mes de junio, el Banco registro un ratio promedio de 10.80% en moneda nacional y 22.74% en moneda extranjera, superior al 8. Y 22.6% respectivamente, de fines del 99. La mayor liquidez le permitió al Banco mantener una posición neta colocadora de interbancarios.”

40. El 12 de septiembre de 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 millones. Luego de este aumento, el capital social del BNM llegó a S/.180 millones.

41. 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 de 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 mil. El 19 de septiembre de 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.° 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".

42. El 19 de septiembre de 2000, el señor Carlos Quiroz Montalvo envió el Memorándum n.° 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)". El 25 de septiembre el señor Álvarez le respondió al señor Quiroz mediante una extensa misiva, la cual en resumen, indicaba que 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 Bolsa,

43. El 28 de septiembre de 2000, el señor Carlos Quiroz Montalvo remitió el Memorándum n.° 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 de 2000. El 2 de octubre de 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 (INDECOPÍ).

44. Durante Octubre del 2000, el BNM se encontraba en negociaciones para adquirir el Banco Financiero. Sobre esta operación, la Subcomisión del Congreso sostuvo:

"4.18) La Superintendencia de Banca y Seguros tomó conocimiento que el Banco Nuevo Mundo realizaba gestiones y negociaciones tendientes a la adquisición del Banco Financiero (...). Para llevar adelante esta transacción y su financiamiento, el Banco Nuevo Mundo había contratado con el Bank of America Securities LLC, la estructuración de la transacción y su respectivo financiamiento, según consta en la carta compromiso de fecha 01.12.99 suscrita entre ambas partes y que se complementa asimismo con la 'Evaluación Preliminar de la Fusión de dos Entidades Bancarias', cuya elaboración se encargó al Grupo Apoyo Consultoría."

45. El 4 de octubre de 2000, el señor Carlos Quiroz Montalvo, remitió el Memorándum n.° 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.° 572-97. El 12 de octubre de 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".

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

47. De la información pública generada por la SBS, la posición relativa del BNM en el sistema bancario era como sigue:

| Créditos Vencidos y en Cobranza Judicial / Colocaciones Brutas | |
|---|-------------|
| LATINO (1) | 21.10 |
| SANTANDER CENTRAL HISPANO | 14.65 |
| DE CREDITO | 11.79 |
| INTERBANK | 11.33 |
| DE COMERCIO | 10.31 |
| WIESE SUDAMERIS | 9.90 |
| STANDARD CHARTERED | 9.12 |
| NBK BANK | 8.62 |
| FINANCIERO | 7.82 |
| NUEVO MUNDO | 7.46 |

El ratio de Créditos Vencido y en Cobranza Judicial respecto del total las Colocaciones Brutas del BNM era inferior al de otros Bancos indicados, demostrando mejores indicadores por parte del BNM que el promedio del sistema.

| Provisiones para Colocaciones Moneda Extranjera / Colocaciones Atrasadas Moneda Extranjera | |
|---|--------------|
| NUEVO MUNDO | 79.08 |
| LATINO (1) | 76.71 |
| DE COMERCIO | 75.97 |
| SUDAME-RICANO | 71.41 |
| CITIBANK | 69.58 |
| SANTANDER CENTRAL HISPANO | 64.41 |

El ratio de provisiones respecto de cartera atrasada del BNM muestra un indicador mejor al promedio.

| Reservas / Capital Social | |
|-----------------------------|-------|
| NUEVO MUNDO | 32.35 |
| STANDARD CHARTERED | 31.49 |
| INTERBANK | 29.88 |
| SANTANDER CENTRAL HISPANO | 6.96 |
| NBK BANK | 6.55 |
| FINANCIERO | 5.32 |
| SUDAME-RICANO | 5.00 |
| INTERAMERI-CANO DE FINANZAS | 4.61 |
| CITIBANK | 4.10 |
| LATINO (1) | - |
| DE COMERCIO | - |

El indicador de reservas existentes respecto del capital social del BNM describe una mejor posición que el resto del Sistema.

48. Durante noviembre de 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.° 225-2000-PRES del 5 de diciembre de 2000, lo siguiente:

“...la mencionada empresa bancaria viene recurriendo al Banco Central de Reserva desde el 13 de noviembre de 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 de 2000 se le otorgó crédito para cubrir los requerimientos de encaje en moneda extranjera por US\$73,0 millones”.

49. El 22 de noviembre de 2000, los señores Jorge Mogrovejo González, superintendente adjunto de Riesgos, 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 de 2000”) correspondiente a la visita realizada al BNM del 11 de agosto al 13 de octubre de 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”. En la sección B, del resumen ejecutivo, denominada Riesgos de Liquidez, el Informe de Noviembre de 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 de 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 depósitos por montos significativos, como los ocurridos en los últimos meses”.

...

...Respecto de indicadores de liquidez, información revisada y publicada por la SBS de los estados financieros de toda la banca, indica que los ratios caja-banco entre obligaciones inmediatas del BNM a junio del 2000 arrojan un indicador de liquidez mejor que el promedio del sistema.

50. En el Informe de Noviembre de 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”.

...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 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%”.

51. El informe mencionado también consignó lo siguiente:

“E. RESULTADO: Se determinó al 30 de junio de 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)."

52. 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 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 de 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".

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

54. En atención a los hallazgos antes descrito, el Reporte de Visita de Noviembre del 2000 plantea un escenario de afectación patrimonial del banco, al señalar: "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/.57,300 Mil, la incorporación de la cartera correspondiente al DS 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 cual el banco requeriría un capital de S/.111.5 “USD32 Millones” para poder alcanzar una palanca de 10 veces que le permitiría un desenvolvimiento normal de operaciones”.

55. La Comisión Investigadora del Congreso de la República del Perú, al analizar la situación de los bancos del sistema financiero y las visitas de inspección de la SBS en varios bancos entre 1997-2000, determinó que, producto del contexto de crisis, se habían detectado una serie de observaciones comunes en el Sistema.

56. El 27 de diciembre del 2000, PwC recoge en su Informe de Avance el comentario de la Gerencia del BNM sobre el cumplimiento de aumento de mayores provisiones, al describir: “dando efecto a la observación de la SBS en su Informe de Visita de Inspección de fecha 27 de noviembre del 2000, el BNM había procedido a ajustar la reserva para colocaciones aumentando la provisión correspondiente en S/.80.9 Millones”.

57. En el proceso de fusión con el Banco Financiero, la SBS condicionó la continuación del mismo a un aumento de capital. On November 24, 2000, Mr. Jacques Levy Calvo, Executive Chairman of BNM, and Mr. José Armando Hopkins Larrea, Vice-Chairman and General Manager of BNM, transmitted Official Letter GG-169/2000 to Mr. Luis Cortavarría Checkley, Superintendent of Banking and Insurance, which stated:

“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.”

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

...La SBS no tomó en cuenta que la propuesta del BNM consideraba una conversión en cash del aporte de los terrenos en el corto plazo, con la participación de un importante banco de inversión [Salomon Smith Barney].

58. El domingo 26 de noviembre de 2000 el Ministro de Economía y Finanzas convocó a una reunión de emergencia con el Superintendente y los gerentes de diez bancos de Perú; el BNM no fue invitado a la reunión.

59. El 27 de noviembre de 2000, se promulgó el Decreto de Urgencia 108-2000 mediante el cual se creó el PCSF. 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.” El PCSF señala en la parte final de la norma lo siguiente, “déjese en suspenso las normas que se opongan”.

60. El 1 de Diciembre de 2000, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores CONASEV autorizó el listado, inscripción y cotización de las Acciones Clases A y B del BNM en el Registro de la Bolsa de Valores de Lima.

61. El 4 de diciembre de 2000, se divulgó a través 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 banco.

62. El 21 de enero del 2002, el Informe del Congreso de la República del Perú concluyó respecto del conocimiento de los rumores de parte de la SBS lo siguiente: “el señor superintendente de banca no ha podido sustentar ni evidenciar ante esta sub comisión las razones por las que no apareció en medios de comunicación entre octubre y noviembre del 2000 para evitar que se generara en el banco nuevo mundo el pánico financiero, que finalmente fue la principal causa de su intervención.”

63. El 5 de diciembre de 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 millones.

64. El 5 de diciembre de 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 millones y S/. 2,3 millones.”

65. Mediante la Resolución n.º 885-2000 del 5 de diciembre de 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 interventores. Según información de la SBS, a esa fecha el patrimonio neto del BNM al 30.11.2000, cinco días antes de su intervención, era de S/.255 millones, con utilidades acumuladas de S/. 8.7 millones.

66. Durante los años 1999 y 2000 la SBS intervino al Banco Banex, Banco Orion, Banco Serbanco y NBK Bank y declaró la disolución y liquidación de esas entidades bancarias.

67. Días posteriores a la fecha de intervención del BNM, 05 de diciembre del 2000, la SBS emitió la Resolución SBS 900-2000 de fecha 11 de diciembre del 2000 que apuntó lo siguiente: “que durante los

últimos días se vienen divulgando mediante diferentes medios de comunicación sobre una supuesta situación de solvencia y liquidez que estarían atravesando las empresas conformantes del sistema financiero, situación que motivaría además su intervención por parte de la SBS. Que los hechos antes descritos han motivado una situación de pánico financiero por lo que el público ahorrista está concurriendo de forma masiva a efectuar el retiro de sus imposiciones de las empresas del sistema financiero “

68. Mediante la Resolución n.º 900-2000, el 11 de diciembre de 2000, la SBS, resolvió presentar una denuncia penal ante el Ministerio Público contra las personas responsables en la que anunció la intervención del BNM y sugirió el retiro de sus depósitos del banco. Hago presente que a este árbitro, no le consta del expediente que las denuncias criminales hayan culminado en condenas penales ejecutoriadas. Ese mismo día, la SBS presentó la denuncia n.º 081-00.

69. 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 de 2000 para notificar a los funcionarios del banco que BNM había sido intervenido y para cerrar el banco, descubrieron que BNM había cerrado sus puertas voluntariamente varias horas antes.”

70. El 27 de diciembre de 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 de 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 de 2000 así como las observaciones contables identificadas en forma preliminar durante nuestra visita realizada en la segunda quincena del mes de octubre de 2000 [...] las observaciones contables fueron identificadas tomando como referencia los saldos al 30 de setiembre de 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.”

71. 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 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”. En ese mismo informe PwC dijo: “En diciembre de 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 de 2000.”

... El Patrimonio del Banco al 30 de Noviembre del 2000 era de 255 millones,147 mil nuevos soles.

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

73. En el informe del 5 de marzo de 2001 de PwC, referente a la auditoría de los balances generales del BNM al 31 de diciembre de 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 para 2000 por S/.394 187 000 mientras que en 1999 eran de S/.62 686 000.

74. El Informe Final de Auditoría fue entregado a la SBS el 11 de julio de 2001. 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.”

.... A partir del 05 de diciembre del año 2000, la Gerencia estuvo a cargo de los Interventores de la SBS, responsables por el cierre del balance correspondiente al ejercicio contable del 2000, que llevó el patrimonio del BNM a saldo negativo.

75. Según la sección 15 del Informe Final de Auditoría denominada “Pérdida o utilidad neta por acción” al 31 de diciembre de 2000, la pérdida neta fue de S/.328 875 000. Según el Informe Final de la Sub Comisión de Economía del Congreso, en el punto 5.6 establece que “desde el 05 de diciembre del 2000 hasta el 30 de septiembre del 2001, el Banco Nuevo Mundo ha logrado una recuperación de cartera de USD.139.8MM con un ritmo promedio mensual de recuperación de USD.14 MM. Asimismo, al 30 de septiembre del 2001, el Banco Nuevo Mundo ha obtenido ingresos superiores (USD.29MM) a varios bancos operativos del sistema, entre ellos, el Banco Interamericano de Finanzas, que pretendió adquirirlo”.

76. El 11 de abril de 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 n.º 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 Transitorio.

77. El 18 de abril de 2001, mediante la Resolución n.º 284-2001 la SBS sometió al BNM al Régimen Especial Transitorio.

78. El 30 de mayo de 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”. 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 patrimonial.

... El Informe de los auditores Medina, Zaldivar y Asociados (Arthur Andersen) señala :”de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas en el Perú, 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 internos del banco.”

79. El 28 de junio de 2001 la SBS emitió la Resolución n.º 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).” . Con fecha 27 de julio del 2001, NMH interpuso acción de amparo constitucional contra la Resolución N.º.509-2001-SBS cuya sentencia judicial del 23 de octubre del 2002 hace referencia al juicio ante el 26 Juzgado Civil de Lima señalando “refiere que el vigésimo sexto juzgado civil de lima les concedió una medida cautelar a fin de que se suspendieran los efectos de los decretos de urgencia n.º.108-2000, 027-2001, 044-2001, de las resoluciones ministeriales 174-2000, 179-2000, 024-2001, 104-200-ef, 124-2001-ef y 131-2001-ef y de las resoluciones de superintendencia n.ºs.885-2000- en la parte pertinente a la designación de interventores- y 284-2001, así como de los efectos del balance general realizado por la superintendencia de banca y seguros al 31 de diciembre del 2000”.

80. El 26º 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 de 2001. Los indicados Curadores presentaron su informe el 29 de agosto de 2001, mediante la Resolución n.º 56.

81. 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 de 2000 y los ajustes aplicados para registrarlas al 17 de julio de 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 de 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.”

82. El 17 de septiembre de 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 inversión en Bonos Subordinados por US\$63.3 millones”. 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.

83. El 23 de septiembre de 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”. 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.” [No consta en el record ni en el expediente que esta propuesta haya sido rechazada formalmente por el Estado]

84. El 18 de octubre de 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 de 2001”. 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 Banco.

85. El 18 de octubre de 2001, mediante la Resolución n.º 775-2001 la SBS declaró la disolución y liquidación del BNM. 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 de 2000. Ese monto hubiera tenido que ser cubierto con fondos del PCSF, pero excedía en US\$5 678 000 el límite máximo.

... El Reglamento de los Regímenes Especiales y de la liquidación de las empresas el sistema financiero y del sistema de seguros, Resolución SBS N.º.455-99 del 25 de mayo de 1999 señala en su artículo 21 lo siguiente: “Obligaciones y facultades de los representantes. Los representantes según corresponda la liquidación a una

empresa del sistema financiero o del sistema de seguros, deberán realizar los siguiente actos (...) (5) disponer la valorización de todos los activos de la empresa”

86. El 19 de octubre de 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 de 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.”

87. El 29 de octubre de 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”).

88. 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.”

89. Este informe también señala que el BNM recurrió a redescuentos con el BCR “a partir del 13.11.00 por US\$70 millones para poder cubrir sus requerimientos de encaje”. “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%”.

90. 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”. 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”. “En consecuencia, entre el 31 de julio y el 05 de diciembre de 2000, los depósitos privados se redujeron en US\$109 millones y los depósitos públicos en tan sólo US\$13 millones.”

...Según fuentes del BCR, el desenvolvimiento de los retiros en el BNM desde el mes de julio hasta finales del mes de noviembre del 2000, representó USD 40 MM, correspondiendo USD 69 MM aproximados de retiros en el BNM desde el 01 al 05 de diciembre del 2000, producto del pánico financiero.

“OBLIGACIONES DEL BANCO NUEVO MUNDO

| | |
|--|--------------------------|
| | Banco Nuevo Mundo |
|--|--------------------------|

| | Moneda Nacional | | Moneda Extranjera | | Total US\$ | Variación % | Concent S. Publico |
|---------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|---------------|----------------|-----------------------|
| | Sector privado | Sector publico | Sector privado | Sector publico | | | |
| Jul-00 | 104 | 302 | 262 | 137 | 516 | 1% | 43% |
| Ago-00 | 120 | 273 | 276 | 132 | 521 | -3% | 40% |
| Sep-00 | 117 | 277 | 268 | 127 | 507 | -5% | 41% |
| Oct-00 | 133 | 241 | 252 | 121 | 480 | -8% | 40% |
| Nov-00 | 118 | 235 | 222 | 117 | 439 | | 42% |
| Var Nov vs Jul | 14 | -67 | -40 | -20 | -77 | -15% | |

Fuente: BCRP, incluye Valores y Adeudados Cofide

91. El Congreso de la Demandada realizó una investigación sobre el caso del BNM. Con ese fin, se conformó la Subcomisión, cuyo Informe Final fue emitido el 21 de enero de 2002.

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

1. La información del Superintendente brindada a la Subcomisión y el Informe de Visita de la SBS del 22 de noviembre de 2000 tienen inconsistencias. 2. El 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 de 2000 hasta el 30 de septiembre de 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 improvisada. 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".

93. 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.

94. El 16 de abril de 2002, la SBS elaboró el Informe n.° 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 de 2000, GREMCO S.A. solicitó 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 de 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.A.... Medina Zaldivar (Arthur Andersen) establece que Gremco cubría las provisiones con amplitud en base a garantías que duplicaban este monto.

Colocaciones:

US\$ 12,621,448

Soles :60,908

Equivalente US\$:12´438 628

Equivalente S/. 45´034,043

Provisiones : S/. 17 , 580 , 154

Garantías : S/. 32,067, 571

95. El 23 de octubre de 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.° 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 sentencia.

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

97. El 11 de agosto de 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 pero, revocó el extremo que ordenó a la SBS expedir una nueva resolución.

98. El 12 de julio de 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, la señora Renée Rose Levy.

99. El 26 de julio de 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 Pessa.

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 Pessa 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 Pessa”.

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

101. El 11 de noviembre de 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 decretaba la disolución y liquidación del BNM.

102. El 11 de octubre de 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 anterior.

103. En la siguiente sección describiré las posiciones de las partes en relación al fondo.

III. ANALYSIS Y POSICION DISIDENTE SOBRE CUESTIONES DE FONDO

A. Violación del estándar de tratamiento justo y equitativo

104. 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.

105. 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]”. Por ese motivo, el Tribunal examinará cada alegato de la Demandante para decidir si Perú, efectivamente, violó dicho estándar.

106. 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”. Considero que una serie de hechos y actos del Estado generarían la creación de unas legítimas expectativas del inversor que no se limitan de manera aislada a la emisión de la autorización gubernamental de autorización para abrir un banco en el Perú, entre ellas, autorizar a incrementos de capital, el hecho de ser auditado conforme a normas internacionales de contabilidad, autorizar fusiones con bancos, tratamiento en la obtención de fondos del estado mediante procesos públicos de licitación, aplicación de normativa regulatoria general en el tratamiento del activo en situaciones normales y excepcionales de mercado, entre otros.

107. 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.
- b. El Decreto de Urgencia 108-2000 fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano*.
- c. Las conclusiones de los Informes de Visita de la SBS de los años 1998, 1999 y 2000 no determinaron una afectación sustancial económica ni de gestión que implicaba la interrupción de sus operaciones
- d. El Demandante no cuestionó los hallazgos y observaciones de la SBS subsanados en el plazo de ley.

108. En mi opinión 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**. 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

109. 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

110. 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,

esperábamos que lo pongan por escrito y nosotros íbamos a cumplir”. Considero que no existió de manera formal una suma determinada para el aumento de capital exigida por la SBS para proseguir con el trámite de la autorización en el proceso de fusión con el Banco Financiero. Asimismo, a diferencia de mis colegas, observo que sí existió una propuesta de aumento de capital por parte del BNM de fecha 27 de noviembre del 2000 que no fue atendida por la SBS.

Por ello, el BNM no pudo haber propuesto formalmente el proyecto de fusión ante la SBS, no sin antes obtener la autorización de la propuesta de aumento de capital presentado a la SBS.

b. Falta de transparencia

111. 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”.

112. El decreto de urgencia que crea el PCSF y el decreto de urgencia que a posteriormente establece el Régimen Especial Transitorio, determina un nuevo marco legal en el tratamiento de las entidades bancarias en proceso de intervención, al establecer la venta de un bloque patrimonial y la disolución y liquidación de un banco en las únicas alternativas a la solución de una crisis de liquidez bancaria. El decreto de urgencia establece que toda norma que se opusiera dicho programa quedaba en suspenso, lo que entiende que la alternativa establecida en el artículo 124 de la ley de banca acerca de los programas de reestructuración de bancos en disolución con apoyo de acreedores, no resultaba ser aplicable. Esto se ve confirmado aún más con la serie de artículos periodísticos de la época a cargo de reconocidos economista del Perú, señalando la existencia de un cambio en la normativa peruana referida a los procesos de intervención de las empresas bancarias.

113. Respecto de la reunion entre los bancos y el Estado, la reunión se realizó el domingo 26 de noviembre de 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. . A diferencia de mis colegas, considero que no hacer partícipe al BNM no fue un simple error del Estado, sino que generó una pérdida de confianza de los bancos participantes con relación al destino del BNM. Esta conclusión está basada en la lectura de la propia información de la SBS que demuestra una reducción sustancial de los créditos interbancarios del resto de bancos hacia el BNM, posterior a la fecha de la reunión en mención, por lo que sí existió una reacción adversa hacia el BNM producto de la reunión y su inasistencia.

c. Retiro de fondos

114. 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”. También señala la Demandante que

los retiros fueron hechos de manera intempestiva, desproporcionada y sin un plan de contingencia y, por eso, afectaron de manera directa la viabilidad y liquidez del BNM.

115. Señalar que no existía una obligación legal de preparar un plan de contingencia para el retiro de fondos estatales, es establecer un estándar demasiado exigente para un inversor inmerso en un marco regulatorio de buena fe. Si bien comparto el argumento del Estado de no existir en la ley peruana una obligación de preparar un plan de contingencia, a diferencia de mis colegas, considero que desde la óptica del derecho internacional el Estado puede resultar responsable de sus actos en caso afecte los compromisos asumidos en un Tratado internacional.

116. En este proceso se ha demostrado que el Estado había venido depositando fondos públicos en el BNM por medio del mecanismo de subastas públicas. La Memoria del BCR del año 1999, 2000, señala que existía una política estatal de proveer de fondos públicos al sistema bancario como instrumento para afrontar los efectos de un procesos de iliquidez generados por la crisis económica y política; el Estado era conocer del deterioro de los ratios de liquidez del sistema por efecto de corridas de fondos privados y conocedor del impacto que podría causar un retiro no planificado de sus fondos en el sistema bancario del Perú. Este contexto objetivo me lleva a concluir que el Estado agravó la situación de iliquidez del BNM generado por los rumores y con ello motivo la intervención del mismo.

... Esta conclusión encuentra basamento en la conducta posterior del Estado a los hechos materia de denuncia, referidos al tratamiento de la gestión de los fondos públicos en el sistema bancario. Por medio de la Resolución Ministerial 087-MEF del año 2001 el Estado emitió la reglamentación que establece los parámetros en el retiro de fondos públicos de los bancos, confirmado en su objetivo por la declaración del Sr. Mogrovejo, ex funcionario de la SBS, testigo de la Demandada.

117. 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 de 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 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 de 2000.

118. 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”. 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 de 2000 sumaron US\$24 millones.

En particular, es notable el Artículo del Sr. Figueroa presentado por la Demandante, quien señala “ el principal hecho estilizado que desencadena la posterior intervención es la cancelación de depósitos de empresas estatales. El fuerte retiro de depósitos del sector público nace de la estrechez de liquidez por parte del gobierno. A diciembre el déficit del sector público no financiero aumento considerablemente y mantenía una clara tendencia creciente.”

...en el acumulado julio-noviembre 2000, Nuevo Mundo pierde, en moneda nacional 67 mm por parte de empresas estatales, pero solo 14 mm del sector privado. Caso contrario ocurre en moneda extranjera ya que pierde por parte del sector privado el doble de lo que pierde en fondos públicos. En forma global el Banco Nuevo Mundo pierde el 15% de sus captaciones totales, lo cual aunado a su elevada concentración (42%) explica el motivo por el cual su intervención se realizó antes que la del NBK”

Encuentro evidencia objetiva que demuestra el impacto de los retiros de depósitos estatales en el BNM, tomando en cuenta la relación de la magnitud de los montos retirados, con el grado de concentración que venía experimentando el BNM, constituyendo un acto discriminatorio y desproporcionado del Perú en perjuicio de la demandante.

d. Pánico financiero

119. 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 y que funcionarios de ese banco informaron que la difusión de esos correos está tipificado en la legislación peruana como delito de pánico financiero. Sobre los correos electrónicos del 4 de diciembre de 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. Sobre lo anterior, este árbitro reitera que no le consta del expediente que las acciones criminales hayan finalizado con condenas efectivas ejecutoriadas contra los querellados. El señor Jacques 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.

120. No es suficiente la declaración del Sr. Levy a ser analizada de manera independiente. Sin embargo encuentro relevante los hechos descritos en el Informe de la Sub Comisión del Congreso que señala lo siguiente “el señor superintendente de banca no ha podido sustentar ni evidenciar ante esta subcomisión, las razones por las que no apareció en medios de comunicación entre octubre y noviembre del 2000 para evitar que se generara en el banco nuevo mundo el pánico financiero que finalmente fue la principal causa de su intervención”. No se trata de una conclusión de una entidad política, sino de un hecho objetivo.

121. Asimismo, de la información del BCR referida a las obligaciones del BNM, se puede notar que existe un margen de USD.69 mm de retiros en el BNM desde inicio del mes de diciembre hasta su intervención, vale decir 05 días, lo que me crea certeza este hecho de haber existido pánico financiero en contra del BNM en particular.

122. 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”.

123. Considero, en vista de las disposiciones citadas, que la SBS debería contribuir a la estabilidad del sistema financiero, que para ese fin tiene poderes discrecionales.

124. Los expertos de la Demandada, señores Powell and Clarke, estos señalaron que, cuando existen corridas de depósitos en un banco, resultaría difícil controlar su impacto, y que las acciones que el Regulador puede adoptar son reducidas, debido a un riesgo que puedan producir efectos contrarios. Sin embargo, la experiencia peruana demuestra lo contrario. En este caso, el regulador bancario actuó oportunamente frente a medios de comunicación cuando las corridas bancarias afectaron al Banco de Crédito. Esta actuación fue efectiva y detuvo las corridas. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, el BNM, a través del Sr. Levy solicitó al regulador un pronunciamiento general acerca de que el sistema financiero gozaba de buena salud, que existía un fondo de seguro de depósitos y que promover el pánico financiero configuraba delito.

e. Crédito del BCR

125. 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.

126. En mi opinión, el rol del BCR trasciende el de un prestamista de liquidez de carácter privado. Por ello, resulta creíble la interpretación del Dr. Forsyth quien, en su segundo reporte, señala “ el BCR es un agente estabilizador del sistema financiero, pues tiene el poder para afectarlo, teniendo una responsabilidad en ese sentido, especialmente sin un sistema financiero estable no es posible tener un sistema monetario estable y viceversa”. Para cumplir con dicho rol, el BCR contaba con herramientas exclusivas tales como la reducción del encaje bancario, de las tasas de interés de referencia y otras políticas monetarias.

127. La expectativa del inversor en este punto fue la de recibir una respuesta motivada a su pedido del crédito monetario al BCR. El Oficio N°.225-2000-PRES del 05 de diciembre del 2000, el BCR se limitó a rechazar el pedido del crédito en base a una insuficiencia de los colaterales presentados por el BNM.

128. A diferencia de mis colegas, observo que efectivamente el BNM ofreció colaterales conformados por un paquete de bienes en leasing por el íntegro del préstamo solicitado, reconocido por el propio BCR en el Oficio 225-2000-PRES del 05 de diciembre del 2000. Por ello, a diferencia de la mayoría, no existió motivación suficiente en la carta de rechazo. Por lo tanto, el inversor no pudo conocer las razones del por qué una parte

importante de los bienes integrantes del paquete del leasing no fueron considerados colaterales idóneos por el BCR. Teniendo en cuenta el alcance del art.59 (b) de la Ley Orgánica del BCR y del art. 78 (b) del Estatuto del BCR que “permite cualquier otra garantía adecuada a juicio del BCR”, el rechazo del BCR debió expresar motivación.

...Había certeza de la aprobación del crédito solicitado por BNM?. Definitivamente. Está acreditado por documentos del BCR que la crisis económica en el Perú estaba en su etapa final al cierre del año 2000 y que no existía un problema de recursos económicos por el Estado, a diferencia de la crisis Argentina, acreditado por el apoyo en emisión de bonos del tesoro en programas de salvataje financiero y en programas de fusiones, entre ellos al Banco Latino, Banco Wiese, Banco Interbank y otros. El pedido de redescuento monetario fue de USD.12MM aproximadamente, suma diminuta en comparación a las cifras dispuestas en los programas antes descritos, por lo que el entorno ofrecía certeza al BNM de recibir un préstamo del BCR.

....Otro aspecto relacionado con el grado de certeza en recibir un préstamo del BCR es el hecho que no se dispuso al Tribunal la entrega de información sobre la relación de redescuentos monetarios concedidos por el BCR a otros bancos para el mismo periodo solicitado por el BNM. La Resolución Procesal N°.1 de fecha 11 de julio del 2011 el Tribunal ordenó a la Demandada la entrega de dicha información, en el proceso de *discovery* o intercambio de pruebas entre ambas partes. Lamentablemente la Demandada no entregó dicha información, por lo que no solo no permite ver comportamientos comparativos sino que, a diferencia de la mayoría, no resulta equitativo exigir a la demandante que demuestre un determinado grado de certeza en este tema.

129. Por ello, considero que se ha vulnerado las legítimas expectativas del inversor en recibir atención a su solicitud de redescuento monetario y a obtener una motivación suficiente de rechazarse la presentación de sus colaterales

130. Es fundamento para este aspecto, tener en cuenta la declaración del Sr. Monteagudo en el Escrito Posterior a la Audiencia, quien manifestó que el BCR no debía expresar las razones que motivaban sus decisiones sobre las solicitudes de préstamos. Este reconocimiento puede ser aceptado a nivel de la ley doméstica, pero resulta inaceptable desde el punto de vista del derecho internacional de las inversiones. No obstante ello, mis colegas no hacen referencia mayor al respecto.

f. Deterioro de la cartera de crédito

131. 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. El reclamo de la Demandante se basa fundamentalmente en el informe de los Administradores Judiciales, el cual fue estudiado en detalle 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 de tiempo muy corto, del 21 de julio al 8 de agosto de 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 sustanciales. También señala el Tribunal que, por muy respetable que sea la participación de los funcionarios judiciales, le parece difícil fundar en ella un proceso judicial crítico 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 ocurrió. Llama la atención que la Demandante no se refiriera en ninguno de sus escritos al informe final de la SBS fechado 28 de febrero de 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. 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 durante su intervención. The Tribunal therefore concludes that, based on the report of the Receivers, the alleged impairment of the credit portfolio of BNM during the intervention cannot be regarded as proved. En mi opinión demuestra que no era una cartera tóxica e irrecuperable como sostiene la SBS, y que dicha aseveración resulta contradictoria con la tesis de insolvencia, malas prácticas contables y mala gestión que asume la mayoría.

g. Prelación de Pagos

132. 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.

133. 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 de 2003 existe una sección denominada "Adeudo por Capital de Trabajo". La explicación del Estado no es suficiente para brindarme convicción. Se observa que los pedidos de los bancos para recategorizar su acreencia y mejorar su prioridad en el pago, no fue materia de una evaluación exhaustiva por la SBS respecto de los pedidos, ni existió un cruce de información para cotejar la procedencia de los mismos, teniendo en cuenta que conllevaría a un mejoramiento de la posición de cobranza en desmedro de los depositantes del BNM. En línea con lo anterior, observo del Reporte Final del Banco Nuevo en Liquidación de fecha 28 de febrero del 2003, que el registro contable de tales derechos en el BNM le correspondía la categoría de capital de trabajo y no de ahorros o depósitos. Dichos registros fueron auditados por PwC y de conocimiento de la SBS, pero la mayoría lo desconoce, otorgándose una deferencia en el aspecto probatorio y testimonial por su calidad de Estado.

134. Mi voto disidente concluye que las medidas tomadas por las autoridades correspondientes del Estado peruano no cumplen las condiciones mínimas de proporcionalidad, razonabilidad y predictibilidad. Sin embargo, la Demandante no demostró esas afirmaciones.

2. Estabilidad jurídica

135. 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 incentivó la fusión de bancos de la banca chica. 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.

136. De la normativa implementada por el Estado, está probado que se dio un cambio sustancial en las reglas de juego aplicables a los procesos de reestructuración bancaria. Esto se observa que en un primer momento los accionistas y sus acreedores tenían la prerrogativa de plantear un proceso de rehabilitación conforme al art.124 de la ley de banca. Sin embargo esta alternativa se vio frustrada por efectos de la entrada en vigencia de la norma que creó el PSCF.

137. Ambas partes han señalado que el objetivo de la creación del PCSF fue la de reestructurar el sistema bancario mediante dos únicas alternativas (i) venta de bloque patrimonial y (ii) disolución y liquidación del banco intervenido. Asimismo ambas partes están de acuerdo en que el Régimen Especial Transitorio del 2001 concedía a la SBS negociar y firmar acuerdos de traslado de activos con bancos interesados, tal es el caso del BNM en intervención con el Banco Interamericano de Finanzas. En este último punto, noto una modificación de las reglas de juego en la ley de banca al excluir a los accionistas en todo el proceso de negociación del principal activo de una institución bancaria representado por el bloque patrimonial constituido por la cartera comercial de todo banco.

138. Desde mi perspectiva, concluyo que se dan los elementos necesarios para configurar una violación a las legítimas expectativas del inversor en cuanto a la estabilidad legal, referido a los procesos de reestructuración y disolución de entidades bancarias en el Perú.

139. La Demandante afirma que, luego de la reunión convocada por el MEF, para comentar sobre el PCSF “arreciaron los retiros de depósitos de particulares”. El Tribunal estima que esa afirmación no tuvo ningún sustento en la prueba aportada. La reunión tuvo lugar el 26 de noviembre de 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 de 2000 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 “empeoraron”, luego de la reunión sobre el PCSF. Ese cuadro contiene los siguientes datos: agosto de 2000, US\$272 337; septiembre de 2000, US\$250 364; octubre de 2000, US\$256 037; y noviembre de 2000, US\$201 899.

140. La Demandante argumenta que, con el PCSF, se violaron las expectativas de rehabilitación de las instituciones intervenidas. 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”. Como se señaló anteriormente, encuentro que el decreto de emergencia que creó el PCSF estableció dos alternativas a los bancos intervenidos. Asimismo el decreto de emergencia al señalar “déjese en suspenso las normas que se opongan

a lo dispuesto en este dispositivo legal”, interpreto que se suspendió la figura de rehabilitación establecida en el art. 214 de la ley de banca.

141. 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 público. He examinado este punto en párrafos precedentes y he determinado la falta de argumentos del Estado al respecto. Consecuentemente se presenta una violación al rango de prioridad de pagos que establece la ley peruana.

142. 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 63º 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.º 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.º 509-2001, a pesar que ésta, por haberlo declarado así una sentencia con calidad de cosa juzgada, carecía de efectos legales respecto al BNM.” Si bien la línea de tiempo de las resoluciones judiciales respecto de la resolución N.º.775-2001 son posteriores, he analizado la sentencia de amparo constitucional en cuyo “hechos 4” acredita la existencia de medidas cautelares anteriores, por lo que se demuestra que la SBS incumplió mandatos judiciales y por tanto la emisión de las Resoluciones 509 y 775 SBS vulneraron el estándar de estabilidad jurídica.

143. La Demandante alega que, en este caso, se dieron actuaciones estatales con intenciones “subalternas y extralegales” 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 y las transcripciones oficiales del Congreso de la República del Perú donde constan los diálogos de los videos.

3. Actos arbitrarios y discriminatorios y abuso de poder

144. La Demandante alega violación del estándar de tratamiento justo y equitativo mediante los siguientes “actos arbitrarios y/o discriminatorios”: 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

145. 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 documentos: 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 informe de la Junta de Administración Judicial del BNM.

146. 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 de 2000 y, de manera retroactiva, registró, deliberadamente, otros ajustes patrimoniales negativos.

147. 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 de 2000 a uno negativo de US\$23,3 millones al 31 de diciembre de 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.

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

149. 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 de 2001).

150. 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".

151. 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.

152. 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 de 2001 y que durante abril y junio de 2001 se efectuaron reajustes en las provisiones referidas al año 2000. El Tribunal considera que esas declaraciones confirman lo dicho por el señor Alvarado en cuanto a que PwC, desde del 5 de marzo de 2000 hasta el 11 de julio de 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 ajustes.

153. Con el debido respeto, debo expresar que mis colegas no ven que estamos frente a dos métodos contables distintos, aplicados por PwC, uno antes del 05 de diciembre del 2000 y otro a partir del 06 de diciembre del mismo año, cuyas consecuencias difieren radicalmente una de la otra. En el Informe Auditado de 1999 y del Preliminar de PwC se aplica el método de empresa en marcha, ejemplo de ello se encuentra en el tratamiento del goodwill al no ser tratado como un gasto. Situación distinta sucede en el informe auditado al 31 de diciembre del 2000 elaborado por PwC, donde al mismo goodwill se le da el tratamiento de gasto y por tanto se aplica un método contable de empresa paralizada. La misma distinción se observa en el tratamiento de ciertos componentes contables, como activos fijos y activos diferidos que en el Informe de Auditoría de 2000 son tratados como gastos a diferencia del reporte auditado por el mismo PwC el año 1999.

154. Se configura un acto arbitrario en la medida que el método aplicado por PwC y permitido por la SBS conlleva a generar una realidad artificial de considerar todas las cuentas del balance contra el patrimonio, lo que evidencia la abultada pérdida de S/.329 mm del BNM al cierre contable del 31 de diciembre del 2000 y la pérdida de valor de la inversión. Esta conclusión es más evidente si tomamos en cuenta la recuperación de USD.160.7 MM de la cartera comercial durante la gestión del Interventor, que contradictoriamente, es calificada por la SBS como una cartera en pérdida.

b. Cartera de créditos

155. En cuanto al supuesto deterioro deliberado de la cartera de crédito del BNM durante la intervención, un 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 de 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 de 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 intervención. En otras palabras, no hubo un adecuado ordenamiento de “los documentos copias SUNAT” 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 intervención.

156. 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 BNM al 31/12/2000) es atribuible exclusivamente a la intervención estatal del BNM”, y consistió en la eliminación del “goodwill”, en mayores exigencias de provisiones y en el deterioro natural de la cartera de créditos durante la intervención. La mayoría desconoce sin sustento alguno que el cuadro de la pág. 21 del Informe de Visita del Noviembre del año 2000, describe los componentes contables que en un escenario hipotético o prudencial, aplicaría la SBS contra el patrimonio en caso se dé la liquidación del banco en tal momento. La intervención del BNM convierte este escenario hipotético en uno real, en vista que la nueva situación legal del BNM no le permitiría generar

flujos propios para el cumplimiento de dichas obligaciones, por lo que sí considero que la intervención generó tales pérdidas. Es grotesca la posición y la falta de motivación en asumir como pérdida, obligaciones al mes de septiembre del 2000 que aún se encontraban cumpliendo su calendario de pago.

157. 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. El Informe auditado al cierre del 31 de diciembre del 2000 señala que emplea el método de empresa en marcha al BNM en Intervención, no obstante el goodwill lo carga a pérdida sin considerar que la Resolución SBS N°.775-2001 que declara la disolución y liquidación del BNM es del 18 de octubre del 2001. En otras palabras, la Resolución SBS N°.775 habría sido el momento en el cual habría operado la causal de anular el goodwill llevándolo a gasto y no antes, lo que constituye una arbitrariedad de la 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.”

...a diferencia de la mayoría, estas mayores provisiones se generan como consecuencia de la propia declaración de intervención del BNM por parte de la SBS. La postura de la SBS de llevar todo a gastos refleja que ésta consideraba que la intervención implicaba la paralización total de las actividades del BNM sin opción de rehabilitación, no obstante que PwC aplicaba un método de empresa en marcha, lo que resulta arbitrario, toda vez que la sanción de ser sujeto de crédito se presenta con la declaración de Disolución y Liquidación del banco.

158. 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 ilegítima. Afirma la Demandante que, en el Informe de Visita de Inspección de la SBS correspondiente al año 2000, esa entidad 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 banco. 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. 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..

159. Mi conclusión no se respalda únicamente en la identificación de dos métodos contables aplicados al BNM por parte de PwC; una, empresa en marcha antes de la intervención y la otra, de empresa paralizada luego de la fecha de intervención 05 de diciembre del 2000 que explica la generación de una pérdida de S/.329 MM en un periodo tan corto, al cierre del 31 de diciembre del 2000. En esta etapa de mi razonamiento,

toma en cuenta el pedido de Inferencia solicitada por la Demandante en cuanto a los documentos que sustenten la reclasificación de la cartera comercial, conforme a la Resolución Procesal N°. 5 y que el Estado respondiera en el sentido que no cuenta con dicha información.

160. Esta inexistencia de documentos relevantes me lleva a reconocer a favor del Demandante la inferencia solicitada y por tanto “contrario a los intereses de esa parte” en el sentido de no considerar el argumento del deterioro de la cartera comercial y generación de mayores provisiones por supuestos déficits planteado por el Estado luego de la intervención del BNM.

161. Tal como lo expresé al inicio de este voto de disidencia, conforme la Regla 9.5 de las Reglas sobre Producción de Pruebas en Arbitrajes Internacionales de la IBA, esta conclusión resulta compatible con una serie de hechos relevantes presentados durante el proceso. Por un lado, la declaración del Sr. Alvarado, socio de PwC quien señaló en la Audiencia que no existían prácticas contables engañosas ni ilícitas en el BNM, por lo que la denuncia del Estado de estar frente a un banco con prácticas de maquillaje en la contabilidad no tiene sustento.

162. En base a ello, concedo certeza a la información contable del BNM alojada en el portal web de la SBS, así como de las conclusiones emitidas por las empresas Clasificadoras de Riesgo y las conclusiones de los informes auditados de PwC de los años 1998 y 1999. Finalmente me apoya en el hecho que durante la intervención se logro recuperar 160.7 MM dólares correspondiente a la cartera comercial.

163. Con relación al argumento de la Demandante respecto de los reajustes realizados por los interventores a la contabilidad del BNM, la Demandada ha señalado que tales ajustes fueron realizados siguiendo las recomendaciones de PwC, insistiendo en que no se trató de reajustes retroactivos. Sobre este punto, observo que la aplicación que hizo PwC de un método contable correspondiente a una empresa paralizada, tal como ha observado en el párrafo anterior, fue la razón de que al BNM se le imputaran gastos que determinaron su insolvencia contable. En tal sentido, reiterar que la aplicación de dicho método configuró una arbitrariedad más allá de si existieron anotaciones retroactivas o no. La arbitrariedad viene dada por la utilización de un método contable sobre el BNM que determinó una situación irreal de su patrimonio, lo que creó de forma artificial una situación de insolvencia que no existía.

c. Crédito del BCR

164. 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 privada. La Demandante afirma que el BCR tenía facultades legales para otorgar el préstamo y que actuó arbitrariamente al denegarlo.

Sobre este punto, me refiero a mi pronunciamiento en párrafos anteriores.

d. Propuesta del BNM

165. El 23 de septiembre de 2001 el NMH presentó al MEF una propuesta, 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 respuesta. 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 rescate. 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 legal. 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..

166. Sobre este punto, al Tribunal le queda claro que existió una propuesta por parte de los accionistas del BNM para superar la intervención, que existió un plan de rescate ad hoc para los Bancos Latino y Wiese – que fue aprobada por el Estado-, y que al BNM no se le comunicó una respuesta a su propuesta presentada. Se observa entonces por parte del Estado una actitud facilitadora de soluciones en el caso de los Bancos Latino y Wiese, que no existió para el caso del BNM. Respecto del argumento de la Demandada acerca de la ausencia de una propuesta de rehabilitación suscrita por al menos el 30% de los acreedores, me remito a párrafos precedentes, en el sentido que el PCSF suspendió toda normativa que se opusiera al mismo, dentro de la cual se encontraba el requerimiento de dicho 30%.

167. 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 Fondo, sin más explicación que una nota al pie que remite a dos documentos 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 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 de 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.. Esto demuestra una clara diferencia de trato en relación a otros bancos con indicadores de performance menos eficiente del BNM y con facilidades del parte del Estado de centenas de millones de dólares. Por ello, no existe análisis por parte de la mayoría al decir que de ninguna manera estos reportes prueban en las alegaciones de la demandante, sin mayor profundidad en su análisis.

e. Reducción del capital

168. 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 liquidación. 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.”

169. 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.

170. Esto podría contener una contradicción aparente, sin embargo, estando a lo señalado en párrafos precedentes, la arbitrariedad no viene dada por el ejercicio ilegítimo de facultades por la SBS, sino por el empleo de una metodología contable que resultó creando artificialmente una pérdida de S/.329 millones, lo que resulta contradictoria con la recuperación de cartera de US\$160.7 millones.

171. 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. 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, la mayoría asume que si un banco no se rehabilita, éste debe disolverse, lo cual es un desconocimiento del texto expreso de la ley peruana. La Resolución SBS 455-99, numeral 5, requiere la valorización previa de los activos del banco como condición para proseguir con una decisión de disolución y liquidación, y que la mayoría no motiva el alejarse de esta ley de la propia SBS.

f. Disolución

172. 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. La Demandante considera que se violó el estándar de tratamiento justo y equitativo establecido en el APPRI. 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 momento. 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 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”. 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 de 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\$222 517 000.

173. La Resolución 755 es clara en su texto al señalar que tomó como base el informe de Arthur Andersen para adoptar la decisión de disolución y liquidación del BNM. La pérdida de USD.127 MM representa el 97% de la pérdida total que la SBS tomo como punto de comparativo para establecer que el BNM había excedido el umbral permitido para acceder al PCSF. Este es un hecho incuestionable en el razonamiento de la SBS en decidir por la disolución y liquidación del BNM

174. La arbitrariedad se expresa al afirmar la SBS que se basa en una valorización de Arthur Andersen cuando el mismo informe de la empresa auditora señala que no lo es, al señalar “de acuerdo con normas de auditoria generalmente aceptadas en el Perú, los procedimientos aplicados no constituyen; (i) una auditoria de los estados financieros del banco, (ii) una tasación de los activos y pasivos del banco y/o (iii) una revisión de los controles internos del banco. En consecuencia no expresamos opinión alguna u otra manifestación al respecto.” La pérdida establecida por A/A es el componente de comparación para señalar que el BNM no calificaba al PCSF, por lo que se está frente a un acto arbitrario.

g. Omisiones de la SBS y del BCR

175. 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 actividad.

176. 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 arriba, analizaré esta situación más adelante cuando me refiera al alegato de trato nacional que planteó la Demandante.

177. En cuanto a la segunda alegación expuesta sobre los retiros de depósitos de las empresas estatales, encuentro prueba sustantiva que demuestra la denuncia de la Demandante en el Informe del Sr. Figueroa.

178. 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.” Como mencione anteriormente, se encuentra acreditado ante la Sub Comisión del Congreso de la República del Perú, la declaración del superintendente de banca sobre el conocimiento que tenía acerca de los rumores y del pánico financiero desde el mes de octubre del año 2000 y que no implemento ningún mecanismo a nivel de los medios de comunicación. También ha quedado demostrado que el Sr. Levy solicitó un pronunciamiento genérico a la SBS para pronunciarse sobre la estabilidad del sistema, la misma que no se produjo y finalmente demostrado que en el caso peruano la intervención de la SBS rechazando los rumores fueron exitosos, como lo sucedido con el Banco de Crédito del Perú, por lo que considero que existió una omisión arbitraria del regulador hacia el BNM.

B. Violación del estándar de trato nacional

179. 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).

180. 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 bancos; también la Demandante lo compara con el Banco Wiese y con el Banco Latino, en relación con las medidas de salvataje. Si bien la Demandante también hace una comparación entre el índice de liquidez del Banco de Comercio y el del BNM, 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 accionaria.

181. 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.”

182. 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.

183. 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 arbitrales, que solo existe 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. A diferencia de la mayoría, observo que tanto el Banco de Crédito del Perú, Banco Latino, Interbank y Banco Wiese son bancos comerciales que operan en banca personal y empresarial a la vez, resultando que todos actúan en el mismo segmento. Respecto del Banco Latino, observo que tenía una participación mínima en el mercado y con ratios de liquidez menores a los del BNM conforme a la propia información de la SBS al mes de noviembre del 2000 del ranking de bancos por tamaño en el sistema.

184. 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. The criteria used by the Claimant were that BNM, BCP, and Banco Wiese were companies in the same financial sector that developed their activities in mutual competition. The Claimant's expert, Mr. Beaton, pointed out that BNM performed the same functions as the other identified banks, that is, they provided similar financial services, had a similar growth rate, and took similar risks. In addition, they also had the same corporate clients as well as individual customers.

185. Peru introduced into this proceeding several facts that no prueban, in my opinion, that BNM was not in like circumstances with Banco Wiese, BCP, and Banco Latino. El argumento del Estado de diferenciar a los bancos BCP y Wiese con el BNM sobre la mayor cuota de mercado de los primero, no tiene, a mi criterio un fundamento objetivo. No existe motivación por parte de la mayoría. De la experiencia de otros laudos de inversiones, la participación mayor o menor de mercado no es relevante para la determinación del comparativo. Podemos mencionar el caso de Thunderbird Gaming Corporation vs México (ver parra 175 a 183), asimismo en el caso Corn Products International vs Mexico y en particular de la experiencia peruana en el caso Tza Yap Shum (parra 267) que estableció que el comparativo puede darse entre empresas de igual actividad y de distinto tamaño.

186. En el caso del Banco Latino es aún más grotesco, dado que el Perú reconoce que no difiere mucho del BNM en términos de participación y tamaño en el mercado, aún así la mayoría sin sustento alguno no lo califica como comparable. En ambos escenarios, es mi convencimiento de encontrarnos entre empresas comparables.

187. Como expresé anteriormente al Banco Wiese y Latino, se le aplica un programa especial y ad hoc de reflotamiento de sus activos mientras que la propuesta planteada por los accionistas del BNM no tuvieron respuesta alguna del Estado y menos la aceptación de un proceso reflotamiento del banco. Por otro lado se encuentra evidenciado que en el caso del Banco de Crédito del Perú, la SBS asumió una postura proactiva en repeler el pánico financiero en el mercado, situación diferente a la omisión frente a los rumores que tenía conocimiento desde el mes de octubre del 2000 que afectaba al BNM.

188. A la luz de lo anterior, soy de la opinión que es procedente aceptar la alegación por parte del Perú respecto de la violación de trato nacional en relación con BNM.

189. Llegado a este punto y habiendo concluido que existe responsabilidad internacional del Estado Peruano que vulnera los compromisos del APPRI Perú-Francia en cuanto al Trato Justo y Equitativo y Trato Nacional, considero no seguir pronunciándose sobre el reto de temas planteados en el arbitraje.

C. Conclusiones sobre los problemas del BNM

190. Mi conclusión ha evaluado cuidadosamente las presentaciones orales y escritas de las partes y la prueba documental y de otra clase aportada por ellas y he llegado a las conclusiones que consigno seguidamente.

191. Es de mi opinión que los problemas del BNM se empiezan a generar por un problema temporal de liquidez que afectaba en general el sistema bancario peruano en los años 1999-2000 y que se vio agravada por la corrida de depósitos estatales en la banca privada y en el caso específico del BNM, la falta de acción de la SBS en repelar el pánico financiero que venía afectándolo desde el mes de octubre del año 2000.

192. No cualquier crisis constituye un atenuante de la responsabilidad del Estado. El caso argentino es el ejemplo más claro donde bajo la figura del Estado de Necesidad, donde estuvo en juego la propia existencia del Estado. El caso peruano no llega a ser una crisis extrema. La otra experiencia está representada por la crisis en Paraguay, en donde la discusión se enfocó en los deberes de vigilancia, supervisión o fiscalización de los agentes del mercado financiero. El caso peruano también es distinto, dado que en la problemática del BNM, las entidades estatales peruanas además de omisiones graves, llevaron a cabo acciones concretas e identificadas que, en conjunto, resultaron capaces de desencadenar una situación de iliquidez en el BNM al extremo de llevarlo al incumplimiento de sus obligaciones frente a la Cámara de Compensación del BCR. Por ello, las acciones y omisiones que las demandantes imputan al Perú, tienen idoneidad suficiente para dar como resultado un acto lesivo sancionado por el APRI aplicable y por tanto no ser un supuesto de exoneración de responsabilidad.

193. Asimismo, que tanto a junio como a diciembre del año 2000 el BNM no era un banco insolvente, ello, en función de los informes de PwC, Clasificadoras de Riesgo y en particular de la testimonial del Sr. Quiroz quien afirmó que los ratios de solvencia del banco no le permitía sostener la insolvencia del BNM, no obstante que de manera contradictoria señalaba todo lo contrario en sus testimoniales escritas ofrecidas en este proceso. Asimismo, la declaración del Sr. Alvarado de PwC, quien mencionó que en el BNM no existió prácticas de maquillaje de la contabilidad que pueda presumir una mala gestión de la Administración en ocultar la real situación patrimonial del BNM, lo que concede veracidad a las conclusiones de los Informes de las Clasificadoras de riesgo en relación a la liquidez, solvencia y gestión del BNM. Todas estas evidencias han sido dejadas de lado por la mayoría sin motivación alguna.

194. Finalmente, considero que la gestión del BNM relacionado con el manejo de la cartera de créditos y las áreas de control no fueron las causas de los problemas de liquidez que llevaron a la intervención del BNM por parte de la SBS. Contabilidad apropiada e Informes de las Clasificadoras de Riesgo sobre la Gestión, son documentos objetivos y autosuficientes para llegar a dicha conclusión. Otros actos de gestión denunciados por el Estado deberían ser ponderados en el correspondiente análisis sobre el laudo de daños.

195. De acuerdo a la Reglas 19 de las Reglas Procesales del presente arbitraje, considero apropiado emitir un Laudo de Responsabilidad sancionando a la República del Perú conforme a los hallazgos efectuados en el proceso, reservándose el derecho de emitir en los siguientes meses un laudo de Daños.

IV. COSTAS

196. 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”

197. En la primera sesión celebrada por las partes y el Tribunal arbitral el 21 de marzo de 2011, se estableció lo siguiente: “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.”

198. Por las razones expuestas ampliamente en los párrafos anteriores, el Tribunal Arbitral denegará las peticiones de ambas partes por daño moral.

199. Por tales motivos, este árbitro concluye que es justo que cada parte cubra los honorarios y gastos en los que ha incurrido a raíz del presente procedimiento de arbitraje y que ambas partes cubran la mitad del costo de los honorarios y gastos del CIADI y de los honorarios de los árbitros. Lo anterior lo fundo en que este Tribunal declaró unánimemente tener jurisdicción y no veo elementos de estar frente a un abuso procesal ni a una demanda frívola que justifique condenar a la Demandante al pago de las costas correspondientes a honorarios y gastos de los árbitros y del CIADI. A mayor abundamiento y a objeto de justificar mi opinión sobre las costas, hago presente el numeral 234 de Laudo sobre el Fondo dictado en el caso METALPAR S.A. Y BUEN AIRE S.A. (Demandantes) y REPÚBLICA ARGENTINA (Demandada) CASO CIADI NO. ARB/03/5, numeral que dispone:

“234. Costas: el Tribunal no es ajeno al hecho de que, por razones exógenas o internas, o por una combinación de ellas; con o sin culpa de sus gobiernos, es lo cierto que la República Argentina vivió a fines del año 2001 y durante los primeros meses del 2002 una situación catastrófica que, en algún grado, alteró todas las relaciones comerciales que existían en su territorio. Para conjurar esa crisis, fue necesario que las autoridades de ese país tomaran una serie de medidas de emergencia las cuales, aunque a la larga tuvieron un efecto benéfico para las Demandantes, también constituyeron un factor perturbador de las relaciones comerciales que su subsidiaria tenía con sus clientes y de los contratos celebrados con ellos. El Tribunal ha afirmado que esas medidas no perjudicaron las inversiones de las Demandantes; sin embargo, no puede desconocer que distorsionaron la actividad comercial de Metalpar Argentina S.A. en la que las Demandantes, indirectamente, habían invertido. El temor de lo ocurrido y la imposibilidad de prever al inicio del año 2003, las consecuencias que podrían derivarse de ello, las llevaron a iniciar este proceso arbitral en febrero del 2003. La defensa que hizo Argentina puso de relieve las debilidades de la acción de las Demandantes; la actitud procesal de estas con respecto a la prueba contribuyó a debilitar su demanda. Sin embargo, es indudable que Argentina no puede considerarse ajena a la alteración que sufrieron las relaciones jurídicas existentes entre Metalpar Argentina S.A. ni sus deudores y a la conmoción que sus acciones causaron a las Demandantes. Por estas consideraciones, el Tribunal estima que es justo que cada parte cubra los costos en los que ha incurrido en relación con este proceso arbitral”.

200. Por último y respecto de este párrafo 234 citado, observo evidente similitudes al caso de autos y que en mi opinión justifican mi posición disidente sobre la decisión relativa a las costas.

[FIRMADO Y FECHADO]

Profesor Joaquín Morales Godoy

Fecha: