

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre expediente de relevancia jurídica N° 7314-2003-0-1801-JR-
CI-15, Demanda de Anulabilidad de Acto Jurídico e Indemnización,
interpuesta por Carlos Lizier Gardella en contra del Banco Wiese
Sudameris

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Rodrigo Pérez Devoto

REVISOR:
Juan Luis Hernández Gazzo

Lima, 2022

RESUMEN

Este informe tiene por objeto describir las incidencias de un caso judicial iniciado por el señor Carlos Lizier Gardella en contra del Banco Wiese, a través del cual solicita se declare la anulabilidad de un Contrato de Compraventa de *American Depositary Receipts (ADRs)* - que, según el demandante - fue suscrito con el Banco Wiese. Para ello, el demandante sostiene que el Banco Wiese actuó con dolo al haber adulterado sus Estados Financieros y ocultado información relevante sobre su situación patrimonial, lo que lo indujo a adquirir los ADRs en la errónea convicción de que su valor incrementaría en el tiempo. Como consecuencia de ello, también solicita una millonaria indemnización. En este informe se analizan instituciones jurídicas de Derecho Procesal Civil, Mercado de Valores y Derecho Civil, las que fueron abordadas por las partes y los jueces involucrados; específicamente, se aborda (i) el proceso de emisión y colocación de ADRs, los hechos de importancia, los principios rectores del Mercado de Valores y el estándar de diligencia para inversionistas bursátiles; (ii) el negocio jurídico y la responsabilidad civil; y, (iii) la valoración equitativa del daño, la motivación de las resoluciones judiciales y las excepciones. Se utiliza una metodología bibliográfica, acudiendo a jurisprudencia y doctrina especializada, con una aproximación jurídica y financiera. Las conclusiones principales son (i) que la demanda fue incorrectamente planteada desde un inicio; y, (ii) que los jueces resolvieron de manera incorrecta la controversia, en la medida que no comprendieron a cabalidad el funcionamiento de las operaciones bursátiles. Esperamos que este informe contribuya a resolver de mejor manera casos futuros en los que se discutan en sede judicial controversias relacionadas a Mercado de Valores.

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
CAPÍTULO I. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.....	4
1.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES	4
1.2. INSTANCIAS	4
1.3. ANTECEDENTES.....	4
1.4. ACTUACIONES RELEVANTES EN EL PROCESO	10
CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	23
- Problemas de Derecho Civil.....	23
- Problemas de Mercado de Valores.	23
- Problemas de Derecho Procesal Civil.	24
CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURÍDICO	24
- Cuestiones de Derecho Civil.....	24
- Cuestiones de Mercado de Valores.	30
- Cuestiones de Derecho Procesal Civil.	36
IV. CAPITULO CUARTO: POSICIÓN PERSONAL.....	43
V. BIBLIOGRAFÍA.....	45
VI. ANEXOS.....	50

CAPÍTULO I. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

1.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

Demandante: Carlos Lizier Gardella

Demandado : Banco Wiese Sudameris (hoy Scotiabank Perú S.A.A.)

1.2. INSTANCIAS

El **Cuaderno Principal** transitó por las siguientes instancias:

- 15° Juzgado Civil de Lima
- Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema

El **Cuaderno de Excepciones** transitó por las siguientes instancias:

- 15° Juzgado Civil de Lima
- Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema

1.3. ANTECEDENTES

1.3.1. Scotiabank Perú S.A.A. (en adelante, “Scotiabank”) es una sociedad anónima abierta constituida en Perú que opera en el sector financiero. Inicialmente fue constituida como “Banco Wiese Ltda.” (en adelante, “Banco Wiese”); luego, tras formar parte de un proceso de fusión con el “Banco Sudameris” (en adelante, “Banco Sudameris”), se formó el “Banco Wiese Sudameris S.A.A.” (en adelante, “Banco Wiese Sudameris”) y, tras ser adquirida por el banco canadiense “Scotiabank”, adoptó la denominación actual “Scotiabank Perú S.A.A.”

1.3.2. El proceso se remonta al año 1994; fecha en la que el Banco Wiese se convirtió en la primera empresa peruana en cotizar *American Depositary Receipts*¹ (en adelante, “ADRs”) en la Bolsa de Valores de New York, también conocida como *New York Stock Exchange* (en adelante, “NYSE”).

1.3.3. La emisión y colocación de los ADRs se concretó el 20 de setiembre de 1994, logrando el *Underwriter* JP Morgan Investment Bank colocar en el Mercado Primario 2’369,752 (Dos millones trescientos sesenta y nueve mil

¹ Los ADRs son valores mobiliarios que se negocian en el Mercado de Valores de Estados Unidos, otorgándole a sus tenedores los mismos derechos y obligaciones que tienen las acciones que les sirven de respaldo. En esencia, son certificados emitidos por un banco estadounidense en dólares americanos que representan una determinada cantidad de acciones de una empresa no estadounidense, las cuales se encuentran custodiadas en un banco extranjero.

setecientos cincuenta y dos) ADRs Nivel III, los que se encontraban respaldados con acciones comunes del Banco Wiese.

1.3.4. Detrás de su colocación, existió una estructura compleja, en la cual intervinieron tanto agentes privados como estatales, dentro de los cuales se encontraron los siguientes:

- i) El Banco Wiese, en calidad de empresa no estadounidense interesada en cotizar en la NYSE.
- ii) El Banco de Crédito del Perú (en adelante, el “BCP”), en calidad de Banco Custodio, quien recibió en depósito las acciones ordinarias del Banco Wiese y, posteriormente, suscribió un convenio con el Banco Depositario.
- iii) JP Morgan Trust, en calidad de Banco Depositario, quien suscribió el convenio con el BCP y emitió los ADRs.
- iv) JP Morgan Investment Bank, en calidad de *Underwriter*, quien se encargó de colocar los ADRs en el Mercado Primario estadounidense.
- v) La *Securities and Exchange Commission* (en adelante, la “SEC”), en calidad de entidad estatal estadounidense encargada de recabar la documentación necesaria y de otorgar el permiso al Banco Wiese para cotizar los ADRs.
- vi) La Superintendencia de Mercado de Valores (en adelante, la “SMV”) –antes “CONASEV”– en su calidad de entidad peruana encargada de recabar la información exigida por la Resolución Conasev No. 358-93-EF/94.10².

1.3.5. Como se desprende de lo anterior, el proceso de colocación se inició con el depósito de acciones comunes por parte del Banco Wiese en el BCP, el cual suscribió un convenio con JP Morgan Trust, quien emitió los ADRs con cargo a las acciones custodiadas por el BCP. Finalmente, estos ADRs fueron colocados en el Mercado Primario estadounidense por el *Underwriter* JP Morgan Investment Bank.

² Resolución Conasev No. 358-93-EF/94.10 - “Regulan información que deben presentar las empresas que efectúen programas denominados American o Global Depositary Receipts”.

- 1.3.6. Para llevar a cabo esta operación, el Banco Wiese tuvo que cumplir con la legislación nacional y norteamericana, y, en consecuencia, la SEC le brindó la autorización necesaria para colocar sus ADRs.
- 1.3.7. En los siguientes años no se presentaron mayores inconvenientes relacionados a esta operación hasta que, con fecha 6 de enero de 1999 – más de cuatro años después de la colocación de los ADRs en el Mercado Primario–, el señor Carlos Lizier Gardella (en adelante, el “Señor Lizier”), se apersonó a Wiese Sociedad Agente de Bolsa S.A.³ (en adelante, “Wiese SAB”) y solicitó la adquisición de 24,500 ADRs del Banco Wiese, desembolsando la suma de US\$ 66,571.81 (Sesenta y seis mil quinientos setenta y uno con 81/100 dólares). Posteriormente, con fechas 11, 12, 13 y 14 de enero, compró otros 36,200 ADRs, adquiriendo en total 60,700 ADRs, para lo cual desembolsó la suma total de US\$ 172,777.41 (Ciento setenta y dos mil setecientos setenta y siete con 41/100 dólares).
- 1.3.8. Ahora bien, solo un mes después de la inversión realizada por el Señor Lizier, el Banco Wiese, con fecha 23 de febrero de 1999, difundió la suscripción de un Acuerdo de Integración con el Banco Sudameris de Italia, a través del cual ambas entidades acordaron fusionarse –fusión que se concretaría aproximadamente entre los meses de abril y mayo de 1999–, confirmando lo que hasta entonces había sido un secreto a voces en el mercado bursátil peruano.
- 1.3.9. Diversas autoridades expresaron su optimismo sobre esta operación:
- (i) Gonzalo de la Puente, Gerente General del Banco Wiese, manifestó⁴ que el Banco Wiese recibiría aumentos de capital ascendentes a US\$ 50,000,000.00 (cincuenta millones con 00/100 dólares) y US\$ 130,000,000.00 (ciento treinta millones con 00/100 dólares);

³ La función de las sociedades agentes de bolsa es explicada por Lilian Rocca de la siguiente manera: “Las sociedades agentes de bolsa (SAB) son sociedades anónimas autorizadas y supervisadas por la SMV, cuyo objeto exclusivo es realizar operaciones de compra y venta de valores mobiliarios. En el mercado de valores, la inversión (compra o venta de valores mobiliarios) se debe realizar a través de una SAB. Así, la función principal de las SAB es tramitar las propuestas de compra o venta de los inversionistas en la rueda de bolsa, posibilitando las operaciones de compra o venta respectivas, cobrando a cambio una comisión que es determinada libremente por cada una de ellas. También pueden brindar otros servicios, tales como custodiar valores, administrar carteras de valores mobiliarios, así como brindar asesoría, mostrando a los inversionistas las diferentes alternativas que brinda el mercado de valores, posibilitando así que el inversionista elija la mejor alternativa de inversión”. (2019:25).

⁴ Noticia publicada el 20 de febrero de 1999 en el Diario Síntesis: “El Director Gerente del Banco Wiese, Gonzalo de la Puente, aseguró que la fusión del Wiese – Sudameris contará con una mayor disponibilidad de líneas de crédito, pues la nueva entidad no solo cuenta con los patrimonios del Banco Wiese y Sudameris, sino que además ha recibido la inyección de capital de US\$130 millones de dólares que sumados al aporte de capital de US\$50 millones de dólares que se hizo hace poco más de un mes, alcanza un patrimonio de más de US\$180 millones de dólares, razón por la cual, se espera una mayor disponibilidad de préstamos para los clientes”.

(ii) Boris Ljubicik, Gerente General de Wiese SAB, señaló⁵ que la fusión generaría un ahorro aproximado de US\$ 80,000,000.00 (ochenta millones con 00/100 dólares); y,

(iii) Susana de la Puente⁶, directora gerente de JP Morgan para América Latina, sostuvo que la fusión generaría un ahorro en costos de US\$ 140,000,000.00 (ciento cuarenta millones con 00/100 dólares).

1.3.10. Sin embargo, la fusión no se llevó a cabo en las fechas anunciadas, aplazándose su entrada en vigencia por varios meses. Según una noticia publicada en el Diario Gestión el 21 de mayo de 1999, este retraso se debió a causa de “*las crecientes colocaciones morosas*”⁷ del Banco Wiese, las cuales, según el Señor Lizier, fueron advertidas en el *Due Diligence* realizado previo a la fusión por la sociedad auditora Arthur Andersen, quien habría descubierto discrepancias en los Estados Financieros del Banco Wiese respecto de su real situación financiera.

1.3.11. En este contexto, la cotización de los ADRs del Banco Wiese sufrió una fuerte caída en la NYSE, descendiendo su valor de cotización de US\$ 2.79 (enero de 1999) a US\$ 1.18 (setiembre de 1999) por cada ADR. Cabe precisar que, con fecha 20 de abril de 1999, el Señor Lizier vendió 2,500 ADRs por un valor de US\$ 5,625.00 (Cinco mil seiscientos veinte y cinco con 00/100 dólares).

1.3.12. La fusión se tornó incierta y el Estado Peruano, atendiendo a las consecuencias que la caída de la operación tendría para la economía nacional, estructuró un procedimiento de salvataje⁸ al cual se adhirió el Banco Wiese. Según el Señor Lizier, este procedimiento de salvataje fue uno de los mecanismos que viabilizó la fusión, la cual se terminó concretando el 6 de setiembre de 1999.

1.3.13. Solo un mes después, el banco resultante (Banco Wiese Sudameris) redujo su capital en S/ 1,075,719,000.00 (Mil setenta y cinco millones setecientos diecinueve mil soles), a fin de constituir provisiones para cubrir riesgos de

⁵ Noticia publicada el 26 de febrero de 1999 en el Diario El Peruano: “*La fusión de los Bancos Wiese y Lima – Sudameris permitirá a estas entidades generar un ahorro aproximado de US\$ 80 millones durante su primer año de operaciones. Así lo proyectó el gerente general de Wiese Sociedad Agente de Bolsa (SAB) Boris Ljubicik Ugarte, quien manifestó que a valor de intercambio y ratios de fusión, la nueva institución está valorizada en más de US\$400 millones*”.

⁶ Noticia publicada el 3 de marzo de 1999 en el Diario Expreso: “*Según directora gerente de JP Morgan, Susana de la Puente, fusión de Wiese Sudameris reducirá costos en más de US\$140 millones*”.

⁷ Noticia publicada el 21 de mayo de 1999 en el Diario Gestión: “*Banco Wiese podría ver reducida su participación en la nueva entidad surgida por la fusión con el Banco de Lima Sudameris, a causa de sus crecientes colocaciones morosas. Cabe indicar que ambas entidades tuvieron que exceder el plazo de 90 días impuestos por ellos mismos para ejecutar el “due diligence” y concluir los términos de la fusión*”.

⁸ Con fecha 27 de junio de 1999, el Estado Peruano publicó el Decreto de Urgencia No. 340 – 99, “*Crean el Programa de Consolidación Patrimonial destinado al fortalecimiento de empresas de operaciones múltiples del Sistema Financiero Nacional*”, a través del cual se estructuró un mecanismo que le permitió al Banco Wiese sanear diversos pasivos.

incobrabilidad de colocaciones; operación que fue aprobada a través de JGA del 19 de octubre de 1999 y contó con la autorización de la SBS.

1.3.14. Al publicarse los Estados Financieros del nuevo Banco a diciembre de 1999 (publicados en marzo del 2000), se conoció que las provisiones se habían incrementado en casi siete (7) veces respecto de 1998 y que Wiese Holding, a pesar de haber anunciado que tendría una participación de 48% en la entidad resultante de la fusión, tenía únicamente una participación de 7% en el nuevo banco⁹.

1.3.15. Específicamente, el accionariado del Banco Wiese Sudameris quedó distribuido de la siguiente manera:

Accionistas	Participación (%)	Participación (US\$)
Lima Sudameris	65%	US\$ 212 MM
Fondo Fiduciario (Dec. Urgencia No. 340-99)	8%	US\$ 26 MM
Wiese Holding	7%	US\$ 22.8 MM
Otros	20%	US\$ 65.2 MM

1.3.16. El Señor Lizier solicitó a los auditores consultores Saavedra, Leveau & Asociados la elaboración de un informe sobre la situación financiera del Banco Wiese en los años 1998 y 1999, con especial énfasis en la veracidad de sus Estados Financieros y en las razones que habrían generado la caída del valor de cotización de los ADRs.

1.3.17. Así, con fecha 14 de noviembre del 2000, la empresa consultada emitió el Informe de Trabajo Especial y el Informe Complementario al Informe de Trabajo Especial¹⁰, a través de los cuales concluyó, entre otras cosas, que *“durante la etapa previa a la fusión, el Banco Wiese Ltda, ha presentado Estados Financieros que no reflejaban la realidad de dicha institución”* y que *“la diferencia entre el valor declarado y el valor real del Banco Wiese es lo que ha motivado la caída de la cotización bursátil de los ADRs de dicho banco y su renuencia a recuperarse”*.

1.3.18. Dos meses después, el *“Diario Correo”*¹¹ y *“The Wall Street Journal”*¹² informaron que el Banco Wiese Sudameris había iniciado el procedimiento

⁹ La real participación de Wiese Holding respecto a lo anunciado en medios de comunicación fue uno de los argumentos del Señor Lizier para alegar que se difundió información falsa al mercado.

¹⁰ Ambos, anexo 1-E de la Demanda.

¹¹ Con fecha 21 de enero de 2001.

¹² Con fecha 29 de enero de 2001.

para deslistar los ADRs de la NYSE, ya que éstos contaban con una baja liquidez y un reducido nivel de transacción. En efecto, para el 26 de diciembre de 2000, cada ADR del Banco Wiese tenía un valor de cotización de US\$ 0.406, lo que representaba una pérdida de 85.4% desde enero de 1999.

1.3.19. Así las cosas, el Señor Lizier presentó una primera demanda¹³ en contra del Banco Wiese Sudameris el 22 de mayo de 2001, a través de la cual planteó las siguientes pretensiones:

- (i) Que se declare la anulabilidad del Contrato de Compraventa de ADRs celebrado con el Banco Wiese el 6 de enero de 1999 a través de Wiese SAB por haber incurrido en Dolo Contractual; y,
- (ii) Que se le otorgue una indemnización ascendente a US\$ 15,000,000.00 (Quince millones con 00/100 dólares) por los daños y perjuicios sufridos (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

1.3.20. Esta primera demanda fue declarada improcedente por falta de interés para obrar, ya que el Acta de Conciliación no consignó la pretensión de anulabilidad. Por ello, con fecha 22 de enero de 2003, el Señor Lizier interpuso una nueva demanda con las mismas pretensiones en contra del Banco Wiese Sudameris, recayendo ésta en el Expediente No. 7314 – 2003, a cargo del 15º Juzgado Civil de Lima, materia del presente informe.

1.3.21. Como sustento, el Señor Lizier sostuvo que el Banco Wiese había adulterado sus Estados Financieros y difundido información falsa al mercado, vulnerando así el Principio de Transparencia y el Principio de Protección al Inversionista; razón por la cual, al haber sido inducido a adquirir los ADRs en base a información errónea, el Contrato de Compraventa de ADRs celebrado con el Banco Wiese a través de Wiese SAB estaba incurso en la causal de anulabilidad de dolo contractual.

1.3.22. Asimismo, señaló (i) que la caída de los ADRs frustró un millonario proyecto de hidrocarburos que planeaba desarrollar en Bolivia con las ganancias esperadas de los ADRs; y, (ii) que había sufrido un daño moral por perder la confianza en el Mercado de Valores y por haber sido objeto de comentarios negativos de sus socios en Bolivia y Perú.

1.3.23. Como defensa de forma, el Banco Wiese dedujo una Excepción de Prescripción Extintiva, ya que el Contrato de Compraventa de ADRs se habría celebrado el 6 de enero de 1999 y la demanda se notificó el 28 de

¹³ Esta demanda se tramitó bajo el Exp.16661 – 2001 ante el Décimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

febrero de 2003, por lo que transcurrieron más de dos (2) años (plazo de prescripción establecido en el Código Civil para emplazar una demanda de anulabilidad de acto jurídico).

- 1.3.24. Como defensa de fondo, el Banco Wiese sostuvo (i) que no habían adulterado sus Estados Financieros; (ii) que el Señor Lizier no demostró el dolo contractual; (iii) que cumplieron con todas las exigencias legales peruanas y norteamericanas; (iv) que no se verificaron los elementos de la responsabilidad civil; (v) que la Ley de Mercado de Valores no era aplicable; (vi) que jamás celebraron un Contrato de Compraventa de ADRs con el Señor Lizier; y, (vii) que la caída del valor de cotización de los ADRs se debió a circunstancias externas.
- 1.3.25. En primera instancia, el Juzgado declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia: (i) declaró nulo el Contrato de Compraventa de ADRs; (ii), ordenó al Banco Wiese devolver la suma de US\$ 173,309.96 (Ciento setenta y tres mil trescientos nueve con 96/100 dólares) al Señor Lizier; y, (iii) otorgó US\$ 9'523,595.20 (Nueve millones quinientos veinte y tres mil quinientos noventa y cinco con 20/100 dólares) por concepto de daños y perjuicios, y US\$ 120,000.00 (Ciento veinte mil con 00/100 dólares) por concepto de daño moral al Señor Lizier.
- 1.3.26. En segunda instancia, se revocó la sentencia y reformándola se declaró infundada la demanda. Por último, en la Corte Suprema, previa discordia, se declaró infundado el Recurso de Casación interpuesto por el Señor Lizier por cuatro (4) votos contra tres (3). En conclusión, el Señor Lizier perdió el caso y no logró la reparación económica que buscaba.
- 1.3.27. En el cuaderno de excepciones, se declaró infundada la Excepción de Prescripción Extintiva en primera instancia; luego, en segunda instancia, se revocó la resolución y reformándola se declaró fundada la excepción; y, finalmente, en la Corte Suprema, se declaró fundado el Recurso de Casación del Señor Lizier, nula la Resolución de Vista y se ordenó a la Quinta Sala Civil emitir una nueva resolución. Este último órgano jurisdiccional declaró infundada la Excepción de Prescripción Extintiva del Banco Wiese, por lo que el trámite procesal continuó.

1.4. ACTUACIONES RELEVANTES EN EL PROCESO

➤ CUADERNO PRINCIPAL

- ***Demanda de anulabilidad de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios del 22 de enero de 2003 presentada por el Señor Lizier:***

1.4.1. El Señor Lizier planteó las siguientes pretensiones:

“A). - Pretensión Principal

Demandamos la ANULABILIDAD por la causal contenida en el artículo 221º, inciso 2¹⁴ y 222¹⁵ del Código Civil, del Contrato de Compra Venta, celebrado con el demandado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB, en Lima, Perú por las acciones del Banco Wiese Ltda., mediante el sistema de ADR´s (American Depositary Receipts) que la emplazada emitió para la colocación vía Oferta Pública Primaria Internacional en la Bolsa de Valores de la ciudad de Nueva York (New York Securities Exchange NYSE) celebrada con fecha 06 de enero de 1999 para acceder a financiamiento de sus operaciones comerciales, al incurrir dicho acto jurídico en vicio resultante de DOLO.

B). – Pretensión Accesoría

El pago de US\$ 15´000,000.00 (Quince millones con 00/100 Dólares Americanos), por concepto de daños y perjuicios causados, derivados del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral, respectivamente. Asimismo, hacemos extensiva nuestra pretensión al pago de costas y costos del proceso.”

1.4.2. Como sustento, el Señor Lizier alegó que el Banco Wiese había actuado dolosamente al haber adulterado sus Estados Financieros y difundido información falsa a través de medios de comunicación, lo cual lo indujo a adquirir los ADRs en base a información falsa y en la errónea convicción de que su valor incrementaría en el tiempo. Sostuvo que de haber conocido la real situación patrimonial del Banco Wiese no habría realizado la inversión.

1.4.3. Asimismo, señaló que la principal razón de la caída de los ADRs fueron las discrepancias en los Estados Financieros, y que el Banco Wiese incumplió su obligación legal de informar en calidad de Hecho de Importancia la información relacionada a sus provisiones, colocaciones de cobranza dudosa y Estados Financieros; incumplimientos que vulneraron principios básicos del Mercado de Valores, tales como el Principio de Transparencia y el Principio de Protección al Inversionista.

¹⁴ “**Artículo 221.-** El acto jurídico es anulable: [...] 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.”

¹⁵ “**Artículo 222.-** El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.”

1.4.4. Sobre el dolo contractual, señaló que éste estaba probado por:

- (i) La diferencia entre los Estados Financieros de 1994 – 1998 y los Estados Financieros del segundo semestre de 1999, ya que en éstos últimos se podía advertir que las provisiones del banco se habían incrementado en casi siete (7) veces.
- (ii) La ínfima participación obtenida por Wiese Holding en el banco resultante de la fusión (7%), la cual contrastaba con la participación inicialmente publicitada (48%).
- (iii) El hecho de que los ADRs del Banco Wiese fueran los únicos que redujeron su valor.
- (iv) El informe de Saavedra, Leveau & Asociados ofrecido en calidad de prueba.

1.4.5. Respecto a los daños invocados, el Señor Lizier sostuvo lo siguiente:

- (i) Sobre el daño emergente, indicó que los ADRs debían brindarle una rentabilidad anual del 65%, lo cual estaba acreditado por una carta del banco Salomón, Smith & Barney, a través de la que se le informó de una opción alternativa de inversión que le brindada una alta rentabilidad y que rechazó en atención a las proyecciones de los ADRs.
- (ii) Sobre el lucro cesante, señaló que éste estaba compuesto por las ganancias que dejó de percibir en el proyecto de hidrocarburos en Bolivia, estimándolo en la suma de US\$ 7,826,690.00 (Siete millones ochocientos veinte y seis mil seiscientos noventa con 00/100 dólares).
- (iii) Sobre el daño moral, indicó que éste estaba compuesto por su pérdida de confianza en el Mercado de Valores y por la afectación a su credibilidad como profesional en Bolivia y en Perú, ya que sus socios se separaron de él y difundieron información negativa sobre su persona. Estimó el daño por este concepto en la suma de US\$ 7,000,000.00 (Siete millones con 00/100 dólares).

- **Contestación de demanda del 11 de abril de 2003, presentada por el Banco Wiese Sudameris al Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima:**

1.4.6. El Banco Wiese Sudameris solicitó se declare la improcedencia de la demanda por las siguientes razones:

- i)** El petitorio era jurídicamente imposible, ya que se solicitaba la anulabilidad de un Contrato de Compraventa de ADRs que jamás existió.
- ii)** No existía conexión lógica entre los hechos y el petitorio, pues se solicitaba la anulabilidad de un (1) contrato, cuando se presentaron seis (6) boletas de compra de ADRs.
- iii)** No se probó la venta de los ADRs por parte del Banco Wiese, ya que éstos fueron colocados en el Mercado Primario en 1994 por JP Morgan Investment Bank; es decir, cinco años antes de la adquisición efectuada por el Señor Lizier, quien, en realidad, los adquirió en el Mercado Secundario de algún inversionista.
- iv)** Wiese SAB no fue intermediaria del Banco Wiese, sino del Señor Lizier.
- v)** El Señor Lizier no acreditó ser titular de los ADRs.

1.4.7. Asimismo, solicitó se declare la infundabilidad de la demanda por lo siguiente:

- i)** Los Estados Financieros no fueron adulterados, lo cual estaba probado por el hecho de que se cumplieron todos los requisitos legales exigidos por el ordenamiento jurídico peruano y norteamericano, habiendo obtenido incluso el permiso de la SEC para llevar a cabo el programa de ADRs.
- ii)** No existió Dolo Contractual, ya que la situación del Banco Wiese ya era complicada a fines de 1998, debido a diversos eventos extraordinarios¹⁶, lo cual era de público conocimiento.
- iii)** No se emitió publicidad engañosa.
- iv)** La información relacionada a Estados Financieros no calificaba como Hecho de Importancia, ya que el mismo Reglamento de Hechos de Importancia no hacía mención expresa a este supuesto,

¹⁶ El Banco Wiese hace alusión a una corrida bancaria acaecida a fines de 1998 en su institución. Asimismo, tal como indica el Informe de Saavedra, Leveau & Asociados ofrecido por el Señor Lizier, en 1998, el fenómeno del niño, así como la crisis rusa y asiática afectaron profundamente el sector empresarial y bancario nacional.

sino solo a la “*aprobación de los Estados Financieros*” que, al ser un supuesto distinto, no implicaba una obligación de comunicar la información de provisiones y cobranzas dudosas como Hechos de Importancia.

v) El Señor Lizier asumió un riesgo bursátil, por lo que no podía condenarse al banco al pago de una indemnización.

- ***Acta de Audiencia de Conciliación y fijación de puntos controvertidos del 4 de setiembre de 2005, emitida por el Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima:***

1.4.8. El Juzgado fijó los siguientes puntos controvertidos:

- 1- *Determinar si existe el contrato materia del presente proceso de anulabilidad, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión.*
- 2- *Determinar si corresponde declarar la anulabilidad por causal contenida en el artículo 221º, inc. 2º¹⁷ y artículo 222º¹⁸ del Código Civil, del Contrato de compra – venta, celebrado con el demandado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB, en Lima – Perú, por las acciones del Banco Wiese Ltda., mediante el sistema de ADR’s (American Depositary Receipts) celebrada con fecha 06 de enero de mil novecientos noventa y nueve.*
- 3- *Determinar si corresponde el pago de US\$ 15’000,000.00 (Quince Millones con 00/100 dólares americanos), por concepto de daños y perjuicios causados, derivado del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral.*

- ***Sentencia de primera instancia: Resolución No. 23 del 30 de octubre de 2009 emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima:***

1.4.9. El Juzgado declaró:

- i) Fundada la pretensión principal de anulabilidad de acto jurídico y, en consecuencia, nulo y sin efecto alguno el acto jurídico celebrado

¹⁷ “**Artículo 221.-** El acto jurídico es anulable:

2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.”

¹⁸ “**Artículo 222.-** El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.”

el 6 de enero de 1999 entre el Señor Lizier y el Banco Wiese, ordenándole al Banco Wiese devolverle al Señor Lizier la suma de US\$ 173,309.96 (Ciento setenta y tres mil trescientos nueve con 96/100 dólares), más los intereses legales devengados.

- ii) Fundada en parte la pretensión accesoria de daños y perjuicios, ordenándole al Banco Wiese pagarle al Señor Lizier la suma de US\$ 9'523,595.20 (Nueve millones quinientos veinte y tres mil quinientos noventa y cinco con 20/100 dólares) por concepto de daños y perjuicios, y la suma de US\$ 120,000.00 (Ciento veinte mil con 00/100 dólares) por concepto de daño moral, más costas y costos.

1.4.10. El Juzgado fundamentó su sentencia en que el Señor Lizier adquirió los ADRs en base a información errónea; hecho por el que el Banco Wiese era íntegramente responsable, ya que había difundido expectativas favorables sobre la fusión (mayor disponibilidad de líneas de crédito, incrementos de capital, reducción de costos) y había presentado Estados Financieros que no representaban su verdadera situación patrimonial, por lo que el Contrato de Compraventa de ADRs celebrado el 6 de enero de 1999 se encontraba viciado de dolo contractual.

1.4.11. Asimismo, el Juzgado sostuvo que:

- i) El Señor Lizier probó la existencia del Contrato de Compraventa de ADRs celebrado el 6 de enero de 1999, ya que presentó boletas en copias legalizadas que demostraban que Wiese SAB compró ADRs a su orden por un valor de US\$ 180,000.00 (Ciento ochenta mil con 00/100 dólares)¹⁹.
- ii) Según la Ley de Mercado de Valores, las Sociedades Agentes de Bolsa (SABs) eran las únicas intermediarias autorizadas para operar a través de mecanismos centralizados, por lo que debía concluirse que Wiese SAB actuó como agente comisionista del Banco Wiese.
- iii) La participación de Wiese Holding en el Banco Wiese ascendía a US\$ 265,000,000.00 (Doscientos sesenta y cinco millones con

¹⁹ Sexto Considerando de la Sentencia de primera instancia: “Que, con las instrumentales referidas a las Boletas que en copias legalizadas corren de fojas 193 a 198, adjuntas a la carta de fecha 20 de enero de 1999, que le dirige al demandante de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese, debidamente firmada, informándole que han cumplido con adquirir las acciones del mencionado Banco a su nombre, representadas en los Certificados ADRs puestos en venta mediante Oferta Pública en la Bolsa de Nueva York, por un valor total de US\$ 180,000.00 se ha acreditado la operación de compra de dichos certificados ADRs a través de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese y, en consecuencia, la existencia del contrato de compra de acciones del banco demandado”.

00/100 dólares) antes de la fusión e implicaba, en principio, una participación de 48% en el nuevo banco; sin embargo, una vez realizada la fusión, su participación se vio reducida a US\$ 22,800,000.00 (Veinte y dos millones ochocientos mil con 00/100 dólares), lo cual le valió únicamente una participación de 7% en la nueva entidad bancaria.

- iv) A pesar de haber recibido aumentos de capital, las provisiones del Banco Wiese Sudameris se incrementaron en casi siete (7) veces en los Estados Financieros de 1999.
- v) Los únicos ADRs de empresas peruanas que tuvieron una evolución negativa en la NYSE fueron los del Banco Wiese.
- vi) Las empresas que cotizaban ADRs también debían cumplir con informar Hechos de Importancia²⁰.

1.4.12. En cuanto a los daños invocados, el Juzgado señaló que tenía la facultad de fijarlos con valoración equitativa, en virtud al artículo 1332° del Código Civil²¹, y, por consiguiente, sostuvo que:

- i) La capacidad económica del Señor Lizier para financiar el proyecto hidrocarburífero en Bolivia había sido probada, ya que era razonable que éste esperara una rentabilidad del 65% de su inversión en los ADRs, ya que rechazó una inversión alternativa con una rentabilidad semejante del banco Salomón Smith & Barney.
- ii) Que, si bien el informe de daños había establecido utilidades no percibidas del negocio hidrocarburífero de US\$ 9'523,595.20 (Nueve millones quinientos veinte y tres mil quinientos noventa y cinco con 20/100 dólares) [a diciembre del 2000] y de US\$ 38'432,604.00 (Treinta y ocho millones cuatrocientos treinta y dos mil seiscientos cuatro con 00/100 dólares) [entre diciembre del 2000 y agosto del 2003], no podía amparar la pretensión de lucro cesante al tratarse de proyecciones futuras "*sujetas a la variación de los precios de los hidrocarburos y los costos de refinación*".

Es importante notar que, a pesar de esta mención, el Juzgado otorgó los US\$ 9'523,595.20 (Nueve millones quinientos veinte y

²⁰ En virtud a lo establecido en las Resoluciones CONASEV No. 307 – 95 – EF/94.10 y No. 358 – 93 – EF/94.10.

²¹ "**Artículo 1332.-** Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

tres mil quinientos noventa y cinco con 20/100 dólares) bajo el concepto de “daños y perjuicios”.

iii) Que el daño moral debía “*ser resarcido en proporción a los hechos y circunstancias involucradas*”.

- **Recurso de apelación de sentencia presentado por Scotiabank el 8 de diciembre de 2009:**

- 1.4.13. Scotiabank apeló la sentencia de primera instancia.
- 1.4.14. Como pretensión impugnatoria principal, solicitó que se declarase nula la sentencia por contravenir las formas esenciales para la validez de los actos procesales, ya que (i) se expidió un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia a pesar de no existir una relación jurídica procesal válida; y, (ii) las leyes peruanas no debían ser aplicadas.
- 1.4.15. Como primera pretensión impugnatoria subordinada, solicitó que se declarase nula la sentencia por ausencia de motivación, ya que (i) no se analizaron los elementos de la responsabilidad civil; (ii) no se valoraron los daños de manera independiente; (iii) no se expuso el juicio de equidad; (iv) no se aplicaron reglas de aritmética básica; y, (v) se incurrió en una motivación aparente respecto del Daño Moral.
- 1.4.16. Como segunda pretensión impugnatoria subordinada, solicitó que se declarase nula la sentencia por haberse valorado erróneamente los medios probatorios, ya que (i) se dictó sentencia sin aplicar las reglas de la sana crítica y en base a medios probatorios deficientes; y, (ii) las “pericias” ofrecidas por el Señor Lizier no eran pericias.
- 1.4.17. Como tercera pretensión impugnatoria subordinada, solicitó que se revocase la sentencia por no haberse presentado dolo en la formación del acto jurídico, ya que (i) no se tomó en cuenta el alto riesgo de una inversión bursátil con un retorno esperado del 65%; y, (ii) el Señor Lizier era un inversionista avanzado, por lo que pudo advertir que los ADRs sufrirían una pérdida de valor.
- 1.4.18. Como cuarta pretensión impugnatoria subordinada, solicitó que se revocase la sentencia por no haberse analizado los elementos de la responsabilidad civil y por haberse inaplicado artículos relevantes²², toda vez que (i) no se precisó el régimen de responsabilidad civil aplicable; (ii) constituía una contradicción que se demandara una indemnización como consecuencia de

²² Artículos 1972, 1973, 1984 y 1985 del Código Civil.

un contrato nulo; (iii) no existía causalidad adecuada en el pedido indemnizatorio; (iv) el lucro cesante constituía una utilidad imaginaria; y, (v) el daño moral no era cierto ni estaba probado.

- ***Sentencia de Vista del 19 de julio del 2010 expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima:***

1.4.19. La Quinta Sala Civil revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declaró infundada la demanda.

1.4.20. La decisión se basó exclusivamente en la falta de probanza de Dolo Contractual y en la falta de acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Específicamente, la Sala señaló lo siguiente:

- I) Ninguna entidad nacional o internacional formuló reparos a los Estados Financieros y/o inició un procedimiento sancionador en contra del Banco Wiese.
- II) Los informes de los auditores Hansen & Holm y KPMG Caipo & Asociados mencionaban que la SBS autorizó al Banco Wiese a constituir provisiones y a disminuir su capital.
- III) El informe de Saavedra, Leveau & Asociados, a través del cual se señalaba que el Banco Wiese había adulterado sus Estados Financieros, era una prueba de parte, por lo que no demostraba fehacientemente el Dolo Contractual.
- IV) Los informes de los auditores Hansen & Holm y KPMG Caipo & Asociados señalaban que los Estados Financieros de los años 1998 y 1999 presentaban razonablemente la situación financiera del Banco Wiese.
- V) El Señor Lizier asumió libremente un riesgo en el Mercado de Valores.

- ***Recurso de casación del 10 de setiembre de 2010 interpuesto por el Señor Lizier en contra de la Sentencia de Vista:***

1.4.21. El Señor Lizier solicitó revocar la sentencia de vista y confirmar en todos los extremos la sentencia de primera instancia, en atención a los siguientes argumentos:

- i) Como infracción normativa material, alegó que se inaplicaron los artículos 10²³, 11²⁴, 12²⁵ y 28²⁶ del DL 861^o (Ley del Mercado de Valores); artículos que establecían una obligación de difundir información veraz, suficiente y oportuna a cargo del Banco Wiese, así como una prohibición de inducir a confusión a los inversionistas.

En esa línea, sostuvo que si la Sala Superior hubiese aplicado estas normas, hubiese determinado la existencia de Dolo Contractual por parte del Banco Wiese, toda vez que: (a) no informó oportunamente su real y deficiente situación financiera; (b) difundió una situación estable a través de Estados Financieros adulterados y medios de comunicación; y, (c) sus directivos tenían conocimiento de la diferencia entre lo declarado y la realidad.

- ii) Como infracción normativa procesal, sostuvo que se inaplicó el artículo 197^o del CPC²⁷, a través del cual se regula la obligación de valorar las pruebas de manera conjunta, ya que la Sentencia de Vista incurrió en los siguientes errores: (a) consideró que el hecho de no existir un procedimiento administrativo sancionador o algún tipo de reparo en contra del Banco Wiese convalidaba su actuación; (b) no valoró la evolución de los ADRs del Banco Wiese en comparación con el resto de ADRs cotizados en la NYSE; y, (c) le restó credibilidad al Informe de Saavedra, Leveau & Asociados por ser una prueba de parte, mientras que, al mismo tiempo, sustentó su fallo en otras dos pruebas de parte (Informes de auditores de Hansen & Holm y KPMG Caipo y Asociados).

²³ **Artículo 10.-** Toda información que por disposición de esta ley deba ser presentada a CONASEV, a la bolsa, a las entidades responsables de los mecanismos centralizados o a los inversionistas, deberá ser veraz, suficiente y oportuna. Una vez recibida la información por dichas instituciones deberá ser puesta inmediatamente a disposición del público.”

²⁴ **Artículo 11.-** La publicidad relativa a la emisión, colocación o intermediación de valores y cualquier otra actividad que se realice en el mercado de valores no debe inducir a confusión o error.”

²⁵ **Artículo 12.-** Está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad o transparencia del mercado. En este marco, se encuentra prohibido: a) efectuar transacciones ficticias respecto de cualquier valor, sea que las operaciones se lleven a cabo en mecanismos centralizados o a través de negociaciones privadas, así como efectuar transacciones con valores con el objeto de hacer variar artificialmente los precios, sin perjuicio de lo establecido en el inciso f) del artículo 194; Se entiende por transacción ficticia aquella en la cual no se produce una real transferencia de valores, de los derechos sobre ellos u otras semejantes, o aquellas efectuadas a precios evidentemente distintos a los del mercado; b) efectuar transacciones o inducir a la compra o venta de valores por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento.”

²⁶ **Artículo 28.-** El registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia sobre sí mismo, el valor y la oferta que de éste se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso. La importancia de un hecho se mide por el grado de influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor.”

²⁷ **Artículo 197.-** Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.”

- **Ejecutoria del 15 de setiembre de 2014 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (Resolución S/N):**

1.4.22. Los magistrados Valcárcel Saldaña, Cabello Matamala, Cunya Celi y Calderón Puertas declararon infundado el Recurso de Casación interpuesto por el Señor Lizier, en atención a las siguientes razones:

- i) Se pretendía una revalorización de los medios probatorios y del aspecto fáctico del proceso.
- ii) La Ley del Mercado de Valores estipulaba su aplicación para valores mobiliarios ofertados y negociados en el territorio nacional, lo cual no era el caso de los ADRs, por lo que no debía aplicarse al proceso.
- iii) El Señor Lizier no acreditó ningún vicio que hubiese afectado su voluntad en la adquisición de los ADRs.

Por tanto, no se incurrió en las infracciones normativas denunciadas.

1.4.23. Es importante precisar que el voto singular del magistrado Calderón Puertas es el único que realizó las siguientes precisiones:

- i) No se probó la existencia del Contrato de Compraventa de ADRs del 6 de enero de 1999, ya que en tal fecha el Señor Lizier invirtió US\$ 65,687.00 (Sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y siete con 00/100 dólares) y no los US\$ 180,000.00 (Ciento ochenta mil con 00/100 dólares) alegados en la demanda.

Por tanto, señaló que el supuesto Contrato de Compraventa de ADRs (a) no existió; o, (b) no fue celebrado el 6 de enero; o, (c) existió pero por un monto menor al demandado, ya que el Señor Lizier también adquirió ADRs el 11, 12, 13 y 14 de enero de 1999.

- ii) No existió ninguna relación jurídica entre el Banco Wiese y el Señor Lizier que pudiese ser objeto de anulabilidad.
- iii) No se probó ninguna colusión entre el Banco Wiese y Wiese SAB.
- iv) No se verificó el nexo causal, toda vez que no existía ninguna conexión entre tomar una decisión de inversión en el Mercado de Valores por US\$ 180,000.00 (Ciento ochenta mil con 00/100

dólares) y perder más de nueve millones de dólares en un negocio de hidrocarburos en Bolivia.

- 1.4.24. Los magistrados Ticona Postigo, Del Carpio Rodríguez y Miranda Molina votaron por que se declare fundado el Recurso de Casación y, en consecuencia, se declare nula la sentencia de vista y se ordene a la Sala Superior expedir un nuevo fallo. Señalaron que no se realizó una debida valoración de las pruebas, ya que se debió establecer, de manera conjunta y tomando en cuenta el informe de Saavedra, Leveau & Asociados, si el demandado informó o no su real situación financiera al Señor Lizier y si tal conducta ocasionó que este último incurriera en error al adquirir los ADRs, habiéndose incurrido en la infracción normativa procesal denunciada.
- 1.4.25. Los magistrados Ponce de Mier y Calderón Castillo votaron por que se declare fundado el Recurso de Casación, y, en consecuencia, se case la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, se confirme la sentencia de primera instancia, a través de la cual se declaró fundada la demanda del Señor Lizier. Sustentaron su voto en que se habría incurrido en la infracción normativa material denunciada, ya que **(i)** se trató de un caso de dolo por omisión; **(ii)** la diligencia exigida al Señor Lizier se agotó en la revisión de los Estados Financieros; y, **(iii)** se inaplicaron los indicados artículos del DL 861º, ya que el Banco Wiese no cumplió con informar de manera veraz, suficiente y oportuna, determinados Hechos de Importancia, lo cual transgredió los principios de integridad, transparencia y buena fe contractual.
- 1.4.26. Por último, la magistrada Aranda Rodríguez votó por que se declare fundado el Recurso de Casación al haberse incurrido en la infracción normativa procesal denunciada y, en consecuencia, se declaren nulas las sentencias de vista y de primera instancia (en el extremo que declara fundada en parte la pretensión indemnizatoria), y se ordene al juez expedir una nueva sentencia, ya que **(i)** la Sentencia de Vista debió valorar las pruebas de manera conjunta; y, **(ii)** el Juzgado debió analizar los elementos de responsabilidad civil y cuantificar debidamente el monto indemnizatorio.

➤ **CUADERNO DE EXCEPCIONES**

- ***Escrito del 12 de marzo de 2003 presentado por el Banco Wiese Sudameris al Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima:***

- 1.4.27. El Banco Wiese Sudameris dedujo una Excepción de Prescripción Extintiva, ya que el Contrato de Compraventa de ADRs se habría suscrito el 6 de enero de 1999 y la demanda se notificó el 28 de febrero del 2003, por lo que

transcurrieron más de dos años. En consecuencia, la pretensión de anulabilidad se encontraba prescrita.

- ***Escrito del 11 de abril de 2003, presentado por el Señor Lizier al Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima:***

1.4.28. El Señor Lizier absolvió la excepción, señalando que no tuvo ningún mecanismo para conocer la real situación del Banco Wiese ni la adulteración de sus Estados Financieros al momento de celebrar el Contrato de Compraventa de ADRs (6 de enero de 1999), sino solo a partir del informe de los auditores Saavedra, Leveau & Asociados (14 de noviembre del 2000), por lo que el plazo debía computarse desde esta última fecha.

- ***Resolución No. 9 del 6 de enero de 2006, emitida por el Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima:***

1.4.29. El Juzgado declaró infundada la excepción, ya que, según su criterio, el plazo de prescripción debía computarse desde la fecha de expedición del informe de los auditores consultados (14 de noviembre del 2000) y no desde la fecha de celebración del Contrato (6 de enero de 1999), ya que el Señor Lizier no tuvo conocimiento de la adulteración de los Estados Financieros al momento de celebrar el Contrato de Compraventa de ADRs.

- ***Resolución No. 2 del 14 de julio de 2006, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima:***

1.4.30. Ante la apelación del Banco Wiese, la Quinta Sala Civil revocó la Resolución No. 9 y reformándola declaró fundada la Excepción de Prescripción Extintiva y, por tanto, nulo todo lo actuado y concluido el proceso.

1.4.31. Como sustento, señaló que el inicio del plazo de prescripción debía contarse desde la celebración del contrato (6 de enero de 1999), ya que el Señor Lizier *“se encontraba en la obligación de tomar las referencias del caso previo a la celebración de un negocio jurídico, máxime si este resultaba de gran envergadura”*.

- ***Ejecutoria del 11 de marzo del 2008 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema:***

1.4.32. El Señor Lizier interpuso un Recurso de Casación en contra de la Resolución No. 2, a través del cual sostuvo que la Quinta Sala Civil Superior interpretó

erróneamente los artículos 1993^{o28} y 2001^o, inciso 4²⁹) del Código Civil en lo referente al punto de partida del plazo de prescripción.

1.4.33. El recurso fue declarado fundado, ya que la Sala Suprema sostuvo (a) que no existían razones para señalar que el Señor Lizier debió tomar referencias del contrato celebrado “*por ser un negocio de gran envergadura*”; y, (b) que la Sala Superior no analizó el informe del 14 de noviembre del 2000 elaborado por los auditores consultores Saavedra Leveau & Asociados.

1.4.34. En consecuencia, se declaró nula la resolución de vista y se ordenó a la Sala Superior expedir una nueva resolución.

- ***Resolución No. 14 del 4 de setiembre del 2008 emitida por la Quinta Sala Civil Superior de Lima:***

1.4.35. La Quinta Sala Civil Superior confirmó la Resolución No. 9 de primera instancia que declaró infundada la Excepción de Prescripción Extintiva.

1.4.36. Como fundamento, señaló que el informe de Saavedra, Leveau & Asociados demostraba que era difícil determinar la verdadera situación patrimonial del Banco Wiese, por lo que el plazo de prescripción no debía computarse desde la celebración del Contrato de Compraventa de ADRs, sino desde que el Señor Lizier tuvo real conocimiento de la situación financiera del banco; esto es, desde el 14 de noviembre del 2000 (fecha del informe).

CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

- **Problemas de Derecho Civil.**

- ¿Existió un Contrato de Compraventa de ADRs entre el Señor Lizier y el Banco Wiese?
- ¿Se verificó la existencia de Dolo Contractual?
- ¿Correspondía otorgar una indemnización al Señor Lizier?

- **Problemas de Mercado de Valores.**

²⁸ “**Artículo 1993.**- La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho.”

²⁹ “**Artículo 2001.**- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: [...] 4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo. (Vigente al momento de los hechos)”.

- ¿Calificaba la información relacionada a provisiones y cobranzas dudosas del Banco Wiese como Hecho de Importancia?
- ¿Vulneró el Banco Wiese principios del Mercado de Valores peruano?

- **Problemas de Derecho Procesal Civil.**

- ¿Se aplicó correctamente la valoración equitativa del daño?
- ¿Se resolvió correctamente la Excepción de Prescripción Extintiva?
- ¿Qué vicios de motivación se presentaron a lo largo del proceso?

CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURÍDICO

- **Cuestiones de Derecho Civil.**

- **¿Existió un Contrato de Compraventa de ADRs entre el Señor Lizier y el Banco Wiese?:**

3.1. Para responder a esta interrogante, debe observarse en primer lugar lo señalado por el Juzgado en su sentencia:

Sexto: Que, con las instrumentales referidas a las Boletas que en copias legalizadas corren de fojas 193 a 198, adjuntas a la carta de fecha 20 de enero de 1999, que le dirige al demandante de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese [sic], debidamente firmada, informándole que han cumplido con adquirir las acciones del mencionado Banco a su nombre, representadas en los Certificados ADRs puestos en venta mediante Oferta Pública en la Bolsa de Nueva York, por un valor total de US\$ 180,000.00 se ha acreditado la operación de compra de dichos certificados ADRs a través de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese y, en consecuencia, la existencia del contrato de compra de acciones del banco demandado (énfasis agregado).

3.2. Como puede advertirse, el Juzgado concluyó que las boletas ofrecidas por el Señor Lizier como pruebas acreditaban (i) la operación de compra de los ADRs; y, (ii) la existencia de un Contrato de Compraventa de ADRs entre el Señor Lizier y el Banco Wiese.

3.3. En segunda instancia, la Quinta Sala Civil Superior asumió la existencia del referido Contrato de Compraventa de ADRs e ingresó directamente a analizar la pretensión de anulabilidad:

VIGÉSIMO CUARTO: [...] el Colegiado considera que previo al análisis de la procedencia de la responsabilidad por parte del emplazado, **se debe analizar si el acto jurídico derivado de la compra por el demandante [...] es anulable y como consecuencia de ello, nulo dicho acto jurídico**, toda vez que si el referido acto no es nulo, no resultaría necesario determinar el tipo de responsabilidad ni menos ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno (énfasis agregado).

- 3.4. Sin embargo, la Corte Suprema, a diferencia del Juzgado y la Sala Superior, concluyó que no se había acreditado la existencia del Contrato de Compraventa de ADRs supuestamente celebrado entre el Banco Wiese y el Señor Lizier el 6 de enero de 1999:

La existencia del contrato aludido no ha sido acreditada en autos, pues de los propios medios probatorios (página catorce) se aprecia que el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, se realizó una transferencia de ADRs (American Depositary Receipts) a nombre de Carlos Eugenio Lizier Gardella por el monto de sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y siete dólares americanos con cuarenta y nueve centavos (US\$ 65,687.49) y no los aproximadamente ciento ochenta mil dólares americanos (US\$ 180,000.00) señalados en la demanda, no existiendo congruencia entre el monto de la operación con la compra indicada. [...] De lo que sigue que (i) O el contrato de compraventa alegado por el demandante nunca se celebró, (ii) O no es el de fecha seis de enero del año en referencia, (iii) O si lo es, entonces lo es por un monto inferior³⁰. (énfasis agregado).

- 3.5. Ahora bien, al tratarse de una operación bursátil, y a fin de responder esta interrogante, debe comprenderse, en primer lugar, la estructura, operatividad y funcionamiento de la emisión y colocación de ADRs.
- 3.6. Los ADRs (*American Depositary Receipts*) son Certificados de Depósito Americano que cotizan en el Mercado de Valores estadounidense y que representan una determinada cantidad de acciones resguardada en un Banco Custodio no estadounidense. Al respecto, Fernando Pickman nos brinda la siguiente definición.

Un ADR puede ser definido como <un certificado negociable, nominado en dólares y emitido por un banco norteamericano, que representa las acciones de una compañía no norteamericana. Se trata de un documento de participación en el capital de una empresa no estadounidense que brinda a sus tenedores los derechos y obligaciones inherentes al título original (acción) que representa> (1995:124)

³⁰ Voto singular del magistrado Calderón Puertas.

- 3.7. Sobre su origen, Giuliana Bonelli explica que los ADRs se crearon como un mecanismo facilitador de operaciones bursátiles para determinados inversionistas.

Se dio en la década de los veinte, ante la necesidad de inversionistas norteamericanos de adquirir acciones de compañías extranjeras en las respectivas bolsas de valores (como la de Londres), con la salvedad de que no deseaban tener en su contabilidad valores emitidos en moneda extranjera (libras esterlinas, por ejemplo), sino en dólares americanos, razón por la cual estos inversionistas pidieron a sus banqueros que compraran estas acciones y que en representación de las acciones así adquiridas, el banco les emitiera un certificado de depósito. Además quien en la práctica aparecía como titular de las acciones extranjeras era el banco depositario. Desde entonces esta forma de financiamiento inició un crecimiento impresionante en el mercado norteamericano³¹ (1999:99).

- 3.8. Algunas de las características principales de los ADRs son las siguientes:
- (i) Existen distintos tipos de ADRs, a saber: Nivel I, Nivel II y Nivel III; cada uno con rasgos y funciones distintas;
 - (ii) En la emisión y colocación de ADRs en el Mercado Primario participan entidades privadas y estatales; y,
 - (iii) La adquisición de ADRs en el Mercado Primario es distinta a su transferencia en el Mercado Secundario.
- 3.9. En el caso que nos ocupa, el *Underwriter* JP Morgan Investment Bank colocó 2'369,752 ADRs Nivel III del Banco Wiese en el Mercado Primario el día 20 de setiembre de 1994; operación que le permitió al banco obtener financiamiento con respaldo en acciones de nueva emisión. Sobre los ADRs Nivel III, Fernando Pickmann nos brinda la siguiente explicación.

Mediante los ADRs de Nivel III, las empresas procuran obtener financiamiento para sus operaciones a través de una oferta pública primaria de sus acciones, siguiendo un procedimiento similar al que se sigue para emitir ADRs Nivel II. [...] Bajo el programa de ADRs Nivel III el emisor desea obtener capital fresco en los Estados Unidos mediante una oferta pública de ADRs, normalmente por medio de un underwriter o sindicato de underwriters americanos (1995:127).

³¹ Tan grande ha sido su crecimiento que existen valores mobiliarios similares para otros países, a los cuales se les denomina GDRs (*Global Depositary Receipts*).

3.10. La diferencia fundamental con los ADRs Nivel I y II es que *“tanto el Nivel I como el II están orientados a la negociación de acciones que ya han sido negociadas alguna vez en sus mercados nacionales, es decir, son títulos propios de negociación en el mercado secundario y no persiguen levantar capital, pues están referidos a títulos que no constituyen una primera colocación en el mercado”* (Pickman 1995:126).

3.11. En el presente caso, tal como fue detallado en el numeral 1.3.4), las entidades que participaron en la emisión y colocación de ADRs Nivel III del Banco Wiese fueron las siguientes:

- i) El Banco Wiese, en calidad de empresa no estadounidense interesada en cotizar en la NYSE.
- ii) El BCP, en calidad de Banco Custodio, quien recibió en depósito las acciones ordinarias del Banco Wiese y suscribió un convenio con el Banco Depositario.
- iii) JP Morgan Trust, en calidad de Banco Depositario, quien suscribió el convenio con el BCP y emitió los ADRs.
- iv) JP Morgan Investment Bank, en calidad de *Underwriter*, quien se encargó de colocar los ADRs en el Mercado Primario estadounidense.
- v) La SEC, en calidad de entidad estadounidense encargada de recabar la documentación necesaria y de otorgar el permiso al Banco Wiese para llevar a cabo el programa de ADRs.
- vi) La SMV (antes, CONASEV), en calidad de entidad peruana encargada de recabar la información exigida por la Resolución Conasev No. 358-93-EF/94.10.

3.12. Estas entidades hicieron posible la venta de los ADRs en el denominado “Mercado Primario” que es aquel donde *“los emisores captan u obtienen dinero a través de la primera emisión de sus valores mobiliarios (acciones, bonos, instrumentos de corto plazo, etcétera), los que son adquiridos por los inversionistas a cambio de una rentabilidad o ganancia”* (Rocca 2019:22).

3.13. Estas consideraciones ponen de relieve lo siguiente:

- (i) En 1994, la entidad que colocó los ADRs del Banco Wiese en el Mercado Primario fue el *Underwriter* JP Morgan Investment Bank y no el Banco Wiese; y,
- (ii) En la fecha en la que el Señor Lizier realizó su adquisición (6 de enero de 1999), los ADRs ya se negociaban en el Mercado Secundario que es aquel donde “*los inversionistas realizan operaciones de compraventa con los valores mobiliarios que fueron adquiridos previamente en el mercado primario, con el objetivo de hacer efectiva su inversión buscando obtener una ganancia*” (Rocca 2019:23).

Ello es así, ya que los ADRs fueron colocados en el Mercado Primario en el año 1994 por el *Underwriter* JP Morgan Investment Bank, lo que demuestra que los ADRs estuvieron negociándose entre distintos inversionistas por casi 5 años, hasta que en 1999 el Señor Lizier realizó su inversión. Por lo tanto, en 1999, el Señor Lizier en realidad adquirió los ADRs de algún inversionista interesado en venderlos y no del Banco Wiese.

3.14. Al respecto, Alfredo Bullard –quien fue consultado en calidad de experto en el presente proceso por el Banco Wiese– sostuvo lo siguiente:

La única relación entre el Banco Wiese y los ADR´s es que estos últimos son instrumentos que representan y permiten la comercialización de acciones del Banco Wiese. En otras palabras, lejos de ser el Banco un sujeto en la compra de los ADR´s, es en realidad el objeto de la operación (en estricto, es una participación indirecta, en la propiedad del Banco lo que es objeto del contrato). En esa línea, el argumento sostenido por el Sr. Lizier y curiosamente acogido por el juzgado es similar a si A le compra una casa a B, y B demanda la anulación de la compraventa no a A, sino a la casa³².

3.15. Por ello, puede concluirse que el Señor Lizier no celebró ningún Contrato de Compraventa de ADRs con el Banco Wiese y, en consecuencia, no existió el negocio jurídico que pretendía ser anulado. El demandante sencillamente adquirió los ADRs en el marco del Mercado Secundario de algún inversionista interesado en vender sus valores mobiliarios.

³² Informe del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados del 11 de mayo de 2010 presentado a la Quinta Sala Civil Superior el 19 de mayo de 2010.

➤ **¿Se verificó la existencia de Dolo como vicio de la voluntad?**

- 3.16. Según el profesor Gastón Fernández, el Dolo como vicio de la voluntad debe ser entendido como “ardid o engaño del que se vale un sujeto para celebrar un negocio jurídico. Como vicio del consentimiento, el dolo dará lugar a la anulación del acto celebrado” (2017:43).
- 3.17. De acuerdo con lo sostenido por los magistrados de la Corte Suprema Ponce de Mier y Calderón Castillo, la actuación del Banco Wiese califica como un supuesto de Dolo Contractual Omisivo, el cual según el profesor Leysser León, es un engaño que “consiste en obtener el consentimiento de la otra parte mediante un ocultamiento deliberado de información. Esta figura es conocida con el nombre de reticencia.” (2019:103).
- 3.18. Sin embargo, en el presente caso, nuestra postura es que, en la medida que no existió un Contrato de Compraventa de ADRs entre el Señor Lizier y el Banco Wiese, no es posible afirmar la existencia de Dolo como vicio de la voluntad por parte del banco, ya que (i) éste no fue parte de la relación jurídico contractual en la que se habría presentado el engaño; y, (ii) el dolo como vicio de la voluntad debe presentarse en el marco de un negocio jurídico, el cual –como se ha desarrollado en la interrogante anterior– no existió en el presente caso entre el Banco Wiese y el Señor Lizier.

➤ **¿Correspondía otorgar una indemnización al Señor Lizier?**

- 3.19. El Señor Lizier solicitó como pretensión accesoria el otorgamiento de una millonaria indemnización ascendente a US\$ 15'000,000.00 (Quince millones con 00/100 Dólares Americanos) como consecuencia de la anulación del Contrato de Compraventa de ADRs; monto que supuestamente cubría el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.
- 3.20. Al igual que en el apartado anterior, la respuesta a esta interrogante es que, al no existir un Contrato de Compraventa de ADRs entre el Banco Wiese y el Señor Lizier, tampoco correspondía otorgarle los montos solicitados por daños y perjuicios.
- 3.21. Ello es así, ya que (i) el Banco Wiese nunca fue parte de la relación jurídico contractual de la que se habrían derivado los daños alegados; y, (ii) el fundamento de la pretensión indemnizatoria del Señor Lizier consistía en la existencia de un Contrato de Compraventa de ADRs viciado de Dolo como vicio de la voluntad, por lo que, al no existir el referido negocio jurídico ni el dolo alegado, la pretensión indemnizatoria carecía de sustento.

- **Cuestiones de Mercado de Valores.**

3.22. Sin perjuicio de lo anterior –esto es, que no existió un Contrato de Compraventa de ADRs entre las partes–, es importante responder las siguientes interrogantes sobre la actuación material del Banco Wiese, ya que (i) nos permiten advertir el conocimiento de los jueces sobre cuestiones relacionadas a Mercado de Valores; y, (ii) nos indican si efectivamente existían fundamentos para demandar al Banco Wiese.

➤ **¿Calificaba la información relacionada a provisiones y cobranzas dudosas del Banco Wiese como Hecho de Importancia?**

3.23. Las empresas con valores mobiliarios inscritos en el Registro Público de Mercado de Valores tienen la obligación legal de comunicar información periódica y eventual, de acuerdo a lo establecido en los artículos 28³³ y 29³⁴ de la Ley de Mercado de Valores.

3.24. La “información periódica” comprende los estados financieros y la memoria anual. Según Oscar García, “es necesario dar una definición de lo que se entiende por información periódica [...] toda empresa que tiene inscrito un valor [...] en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV), tiene la obligación de presentar a la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV), los estados financieros y la memoria anual respectiva” (2013:194).

3.25. Por su parte, “la información eventual es aquel acto o hecho que tiene la potencialidad de afectar al emisor o a sus valores inscritos tanto en precio, en su liquidez, como en su cotización. El paradigma de información eventual son los ‘Hechos de Importancia’” (García 2013:195).

3.26. En el presente caso, es importante notar que el Banco Wiese cumplió con su obligación de comunicar “información periódica”, ya que presentó oportunamente a la SMV sus estados financieros y su memoria anual; sin embargo, la cuestión problemática radica en que, según el Señor Lizier, los

³³ “**Decreto Legislativo No. 861. Artículo 28.-** El registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia, incluyendo las negociaciones en curso, sobre sí mismo, el valor y la oferta que de éste se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso. La importancia de un hecho se mide por la influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor.”

³⁴ “**Decreto Legislativo No. 861. Artículo 29.-** Lo dispuesto en el Artículo anterior no releva al emisor de la entrega oportuna a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de la información que una u otra le requieran y, necesariamente, la que se indica seguidamente: a) Sus estados e indicadores financieros, con la información mínima que de modo general señale CONASEV, con una periodicidad no mayor al trimestre; y, b) Su memoria anual, con la información mínima que de modo general establezca CONASEV. Estos documentos deberán estar a disposición de los tenedores de los valores en la sede social del emisor.”

estados financieros del Banco Wiese no reflejaban su realidad patrimonial, ya que la diferencia entre la situación financiera de 1998 y 1999 era abismal.

- 3.27. A fin de responder esta interrogante, debe advertirse que tanto el Informe de auditores elaborado por KPMG Caipo & Asociados (referido al ejercicio 1998) como el Informe de auditores elaborado por Hansen & Holm (referido al ejercicio 1999) (ambos, Anexo 1-D de la demanda) concluyeron que los Estados Financieros presentaban *“razonablemente, en todos sus aspectos importantes, la situación financiera del Banco Wiese”*.
- 3.28. En ese sentido, de la opinión expuesta en estos informes de auditores y de la información presente en el expediente –nos referimos, por ejemplo, al hecho de que la SEC le otorgó autorización al Banco Wiese para colocar sus ADRs en la NYSE y que ninguna entidad administrativa advirtió irregularidades y/o inició un procedimiento sancionador– consideramos, en base a un criterio de sana crítica y valoración conjunta de la prueba, que el Señor Lizier no logró demostrar que los Estados Financieros del Banco Wiese fueron adulterados. En efecto, el Señor Lizier solo adjuntó un medio probatorio (Informe de los auditores Saavedra, Leveau & Asociados) que, a través de un informe confuso y deficiente, concluía que el Banco Wiese había adulterado los mencionados Estados Financieros. Cabe agregar que esta prueba solo se refería a los años 1998 y 1999.
- 3.29. De ello se infiere, a su vez, que el incremento de provisiones y la amplia cartera de cobranzas dudosas no necesariamente fueron consecuencia de una adulteración dolosa de Estados Financieros por parte del Banco Wiese, sino que pudieron deberse a otros factores como, por ejemplo, a una negligente calificación y administración interna del banco o a un fuerte impacto de eventos extraordinarios internacionales (fenómeno del niño, crisis rusa y china). En todo caso, la carga de la prueba de la supuesta adulteración recaía en el Señor Lizier.
- 3.30. Ahora bien, aun cuando el Señor Lizier no haya logrado acreditar la adulteración de los Estados Financieros, lo cierto es que la información financiera del banco sí sufrió importantes cambios de fines de 1998 a fines de 1999. Por lo tanto, atendiendo a la magnitud³⁵ de estas variaciones (ciertamente relevantes para cualquier inversionista sensato) correspondía que esta información fuera difundida en el primer momento posible en calidad de Hecho de Importancia y no se esperara a comunicarla a través

³⁵ En 1998 se constituyeron provisiones por riesgo de incobrabilidad de colocaciones por la suma aproximada de ciento ochenta millones de soles, mientras que en 1999 se constituyeron provisiones por el mismo concepto por más de mil cuatrocientos millones de soles. Ello representa un incremento de constitución de provisiones de más de siete veces.

de los Estados Financieros al 31 de diciembre de 1999 (publicados en marzo del año 2000).

- 3.31. A lo largo de la controversia este fue un punto de discusión, ya que se debatió si la información relacionada a provisiones y cobranzas dudosas del Banco Wiese calificaba como Hecho de Importancia y si ésta debió ser divulgada al mercado y a los inversionistas.
- 3.32. Por un lado, el Señor Lizier alegó que el Banco Wiese debió comunicar la información relacionada a provisiones y cobranzas dudosas como Hecho de Importancia. Por su parte, el Banco Wiese sostuvo que el Reglamento de Hechos de Importancia no establecía en su lista de supuestos de manera taxativa la obligación de difundir información relacionada a provisiones y cobranzas dudosas.
- 3.33. Tal como hemos indicado, nuestra postura es que esta información sí debió ser divulgada como Hecho de Importancia por el Banco Wiese, lo que encuentra sustento en dos normas, a saber:

- (i) El derogado artículo 28º del DL 861º –vigente al momento de los hechos– que establecía que ***“el registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia sobre sí mismo, el valor y la oferta que de éste se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso. La importancia de un hecho se mide por el grado de influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor.”*** (énfasis agregado).

Como se desprende de esta disposición normativa, el Banco Wiese, en tanto empresa con valores mobiliarios registrados en el Registro Público del Mercado de Valores, tenía la obligación de informar Hechos de Importancia, debiendo medirse la relevancia del hecho de la mano del estándar de “inversionista sensato”.

- (ii) El artículo 8º del Reglamento de Hechos de Importancia³⁶ vigente al momento de los hechos, el cual desvirtuaba el argumento del

³⁶ Aprobado por Resolución Conasev No. 307-95-EF-94.10

Banco Wiese –referido a que el Reglamento de Hechos de Importancia no consignaba a las provisiones y colocaciones de cobranza dudosa como un supuesto taxativo de Hecho de Importancia– al establecer que “*la enumeración de los Artículos 2, 5 y 7 **es meramente enunciativa**, estando obligados los emisores a informar, [...] acerca de la ocurrencia de cualquier acto, hecho, acuerdo o situación que pueda ejercer influencia en la decisión de los inversionistas de invertir o no en el valor inscrito [...]*”

De esta norma se desprende que no existía una lista taxativa de supuestos que debían ser informados como Hechos de Importancia –tal como sostenía erróneamente el Banco Wiese– sino que la información debía medirse a través del estándar del inversionista sensato, a fin de determinar qué debía ser divulgado y qué no debía ser divulgado al mercado.

- 3.34. Para mayor ilustración, es importante advertir que la CONASEV³⁷ (hoy, SMV) considera que el “inversionista sensato” se caracteriza por “*no ser demasiado astuto ni demasiado torpe, ni extremadamente diligente ni absolutamente negligente. No es un profesional en la materia, aunque cuenta con suficiente capacidad para entender el sentido de sus actos, tiene un cierto conocimiento y/o experiencia sobre el comportamiento del mercado y es suficientemente consciente del riesgo que éste implica, dedicando un tiempo prudencial a la obtención de información y, en general, al manejo de sus inversiones. El inversionista sensato tiene un mayor grado de dependencia en el agente que el que tiene un inversionista sofisticado, del cual se distingue, por tener un menor grado de entendimiento, conocimiento y experiencia del mercado (...)*”.
- 3.35. Así las cosas, toda información que pueda influenciar las decisiones de inversión de un “inversionista sensato” debe ser divulgada como Hecho de Importancia. En palabras de Payet, “*el concepto de hecho de importancia se basa en que no toda la información sobre un valor es útil y relevante para el inversionista, por lo que existe información cuya difusión representaría un costo neto. Es obligatorio únicamente revelar aquella información que jugará un papel importante en la decisión del inversionista*” (1996:73).
- 3.36. En el presente caso, al haberse incrementado las provisiones en casi siete veces y al existir una alta cartera de colocaciones de cobranza dudosa, existía una gran probabilidad de que el negocio del banco no fuera rentable. Ello, bajo la apreciación de un “inversionista sensato”, y desde un análisis

³⁷ Resolución del Tribunal Administrativo No. 116 – 2003 – EF/94.12.

de inversión fundamental³⁸, constituía un indicador de que los valores mobiliarios no se encontraban respaldados por un negocio sólido; razón por la cual, la decisión de inversión de un “inversionista sensato” ciertamente podía verse influenciada, en la medida que existía riesgo empresarial y una delicada situación financiera.

3.37. Por ello, puede concluirse lo siguiente:

- (i) El Banco Wiese tenía la obligación legal de informar Hechos de Importancia, ya que tenía valores mobiliarios inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores.
- (ii) El listado del Reglamento de Hechos de Importancia era y es meramente enunciativo y el carácter de “Hecho de Importancia” debía determinarse analizando la situación concreta a la luz del estándar de inversionista sensato.
- (iii) La información del Banco Wiese relacionada a provisiones y colocaciones de cobranza dudosa tenía la capacidad de influenciar la decisión de inversión de un inversionista sensato por su magnitud, por lo que debió ser divulgada como Hecho de Importancia.

➤ **¿Vulneró el Banco Wiese principios del Mercado de Valores peruano?**

3.38. En línea con la interrogante anterior, al margen de que no haya existido un Contrato de Compraventa de ADRs entre las partes, el Banco Wiese, como empresa con valores mobiliarios inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores, tenía la obligación de comunicar Hechos de Importancia, en virtud a los artículos 28³⁹ y 29⁴⁰ de la Ley de Mercado de Valores.

³⁸ “El análisis fundamental está relacionado estrechamente con la noción de valor intrínseco, pues proporciona las bases para proyectar los flujos de caja futuros de una acción. Una parte fundamental de su proceso analítico es el análisis de la empresa, que realiza una atenta mirada al actual comportamiento financiero de la empresa. Ese análisis no se lleva a cabo solamente para conseguir una información interesante acerca de cómo se ha comportado en el pasado la empresa. Más bien, este análisis se realiza para ayudar a los inversores a formularse expectativas acerca del comportamiento futuro de la empresa y de sus acciones. [...] para comprender las perspectivas futuras de la empresa, un inversor debería tener un buen conocimiento de las condiciones actuales de la misma, y su capacidad para producir beneficios. Esto es exactamente lo que hace el análisis de la empresa: ayuda a los inversores a predecir el futuro mirando al pasado y determinando cómo está situada la empresa para afrontar los retos que se le avecinan”. (Gitman 2005:185).

³⁹ “Artículo 28.- El registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia sobre sí mismo, el valor y la oferta que de éste se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso. La importancia de un hecho se mide por el grado de influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor.”

⁴⁰ “Artículo 29.- Lo dispuesto en el artículo anterior no releva al emisor de la entrega oportuna a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de la información que una u otra le requieran y, necesariamente, la que se indica seguidamente: a) Sus estados e indicadores financieros, con la información mínima que de modo general señale CONASEV, con una periodicidad no mayor al trimestre; y, b) Su memoria anual, con la información mínima que de modo general establezca CONASEV. Estos documentos deberán estar a disposición de los tenedores de los valores en la sede social del emisor.”.

- 3.39. En este caso, la real magnitud de las provisiones y cobranzas dudosas del Banco Wiese –que no se observaba en los Estados Financieros al 31 de diciembre de 1998– debió ser divulgada como Hecho de Importancia en el primer momento posible, ya que, como se ha desarrollado en el apartado anterior, era información relevante para un “inversionista sensato”.
- 3.40. Esta falta de difusión oportuna por parte del Banco Wiese vulneró el Principio de Transparencia y el Principio de Protección al Inversionista, los cuales están recogidos en el artículo 1º de la Ley de Mercado de Valores, el cual establece que *“la finalidad de la presente ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista”*.
- 3.41. Estos principios buscan asegurar un mercado más eficiente, lo que significa que *“en cualquier momento del tiempo, los precios reales de los valores reflejan ya los efectos de la información basados en los eventos que han ocurrido y en eventos que, hasta dicho momento, el mercado espera que ocurran en el futuro. En otras palabras, en un mercado eficiente en cualquier momento en el tiempo el precio real de un valor será una buena estimación de su valor intrínseco”*. (Aliaga 2004:41). Veamos a continuación.
- (i) Por un lado, el Principio de Transparencia busca que los emisores difundan, de manera veraz, suficiente y oportuna, toda aquella información que pudiese ser relevante para el mercado.

Es fundamental para lograr una eficiente asignación de recursos en el mercado de valores. Cuánto más transparente sea el mercado de valores, más eficiente será la asignación de recursos en el mismo porque se garantizará que las fuerzas de oferta y demanda se formen sobre la base de información relevante y que por ende los precios de equilibrio resultantes se acerquen a sus valores intrínsecos (Aliaga 2004:42).

En el presente caso, el Banco Wiese transgredió este principio, ya que omitió difundir, de manera veraz, suficiente y oportuna, (a) la magnitud de las provisiones a ser realizadas; y, (b) el tamaño de la cartera pesada; hechos que eran relevantes para el mercado.

Estos acontecimientos recién fueron conocidos por los inversionistas tras la publicación de los Estados Financieros del nuevo Banco Wiese Sudameris a diciembre de 1999 (publicados en marzo del año 2000), lo que significa que, previo a ello, los inversionistas no contaban con toda la información relevante para

tomar adecuadas decisiones de inversión, por lo que el valor de los ADRs no incorporaba en su precio información que debía estar a disposición del mercado.

- (ii) Por su parte, el Principio de Protección al Inversionista busca que la actuación de todas las entidades involucradas en el Mercado de Valores se realice protegiendo a los inversionistas en la mayor medida posible.

Busca proteger a los inversionistas frente a actuaciones fraudulentas en el mercado, lo que incluye, por ejemplo, brindar información falsa o incorrecta al mercado. En consecuencia, la lógica de este principio es que si se genera confianza en el mercado ingresarán nuevos inversionistas y los precios se formarán de manera más eficiente en beneficio de todos. Es relevante mencionar que en aplicación de este principio, no se busca que la SMV o la entidad que corresponda tome las decisiones de inversión o proteger a los inversionistas de los riesgos inherentes a la propia inversión (Arrús & Gutiérrez 2014:242).

En el presente caso, el Banco Wiese también vulneró este principio, ya que, en vez de comunicar su real situación financiera, su Gerente General manifestó a través de diversos medios de comunicación que el banco contaba con una sólida posición económica y que la fusión traería una serie de ventajas, como, por ejemplo, fuertes aumentos de capital y una participación de 48% para Wiese Holding en la entidad resultante.

Estas declaraciones no se ajustaban a la realidad, ya que la situación financiera del Banco Wiese a fines del año 1999 no era para nada auspiciosa, lo que demuestra que se difundió información incorrecta al mercado, pudiendo haberse generado daño a los inversionistas.

- **Cuestiones de Derecho Procesal Civil.**

➤ **¿Se aplicó correctamente la valoración equitativa del daño?**

3.42. El Décimo Quinto Juzgado Civil invocó el artículo 1332⁴¹ del Código Civil, a fin de realizar una valoración equitativa de los daños alegados; artículo que le permitió otorgarle al demandante una millonaria indemnización

⁴¹ **Artículo 1332 del Código Civil.** - "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

ascendente a US\$ 9'523,595.20 (Nueve millones quinientos veinte y tres mil quinientos noventa y cinco con 20/100 dólares) por daños y perjuicios, y US\$ 120,000.00 (Ciento veinte mil con 00/100 dólares) por daño moral:

“VIGÉSIMO SEGUNDO: [...] El Juzgado debe tener en consideración el precepto contenido en el Art. 1332° C.C. y fijar los daños y perjuicios con valoración equitativa”

- 3.43. Este artículo procede cuando los daños no pueden ser probados en su monto preciso, lo que conlleva a que el juicio de equidad sea utilizado normalmente como una herramienta para cuantificar daños no patrimoniales como, por ejemplo, el daño moral.
- 3.44. Ahora bien, en el presente caso, el Juzgado incurrió en los siguientes errores en su aplicación:
- (i) No tomó en consideración la falta de diligencia del Señor Lizier al intentar probar los daños invocados; y,
 - (ii) No explicitó en su motivación el juicio de equidad a través del cual arribó a los montos indemnizatorios.
- 3.45. Sobre el primer punto (diligencia), Felipe Osterling y Alfonso Rebaza han sostenido que *“el juez deberá dar pase al criterio de equidad cuando advierte que aun empleando toda su diligencia, el agraviado no ha estado en condiciones de acreditar la cuantía del daño. En caso contrario, es decir, si a criterio del juez existían medios de prueba idóneos y no fueron aportados por negligencia del agraviado, su pretensión en cuanto a la cuantía deberá ser desestimada”* (2006:5).
- 3.46. En el presente caso, somos de la opinión que el Señor Lizier no fue diligente, ya que solo ofreció un medio probatorio (Informe de Muñoz) –el cual, además, era sumamente deficiente⁴²– a fin de acreditar el daño emergente y el lucro cesante (la prueba no menciona el daño moral), lo cual no fue advertido por el Juzgado. Tal como sostienen los autores citados, esta falta de diligencia debió ameritar la desestimación de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios por parte del Juzgado.

⁴² Sostenemos que el informe elaborado por el ingeniero Muñoz es deficiente, ya que (i) asume que puede preverse de antemano la rentabilidad de un valor mobiliario en el mercado de valores (en este caso, una supuesta rentabilidad del 65%), lo que es una tarea imposible, siendo, además, una ganancia extremadamente difícil de conseguir; (ii) asume que la caída del valor de los ADRs se debe únicamente a la situación financiera del Banco Wiese descubierta a raíz de la fusión, y en ningún momento analiza el entorno macroeconómico (crisis rusa y asiática, fenómeno del niño, corrida bancaria a fines de 1998); (iii) asume que existió una adulteración de estados financieros cuando ello jamás fue probado en sede judicial; (iv) equipara una inversión en un Fondo Mutuo a una compra de ADRs que son mecanismos de inversión distintos; y, (v) omite tomar en consideración el alto riesgo existente en las inversiones bursátiles.

- 3.47. Sobre el segundo punto (motivación), Linares señala que el criterio de equidad debe apoyarse en ciertos parámetros como, por ejemplo, la gravedad del hecho, la intensidad del dolo o la culpa y las condiciones económicas, lo cual tiene un correlato a *“nivel procesal, en el deber de motivación de las sentencias como límite del ejercicio del poder de los magistrados, dado el carácter subsidiario e integrador de la equidad”* (2012:84).
- 3.48. Al respecto, Massimo Franzoni señala que *“no es suficiente indicar en la motivación que la liquidación ha sido efectuada “con criterio equitativo” si a esta afirmación sigue solo el mero resultado numérico del quantum, sin alguna otra indicación de las razones de hecho y de derecho seguidas. En la decisión, el juez de mérito debe motivar dando cuenta de los criterios adoptados y de los elementos de hecho valorados, criterios y elementos respecto a los cuales el magistrado debe realizar la demostración de su pertinencia a la liquidación del daño, pero sin que esté obligado a una demostración minuciosa y particularizada de los elementos valorados”* (citado en Linares 2012:84).
- 3.49. En el medio nacional, la doctora Roxana Jiménez Vargas – Machuca aterriza estos conceptos y señala que *“la decisión final no podrá llegar a ser perfecta ni exacta, ni además, logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los elementos, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una satisfacción que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como “dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad, se estima en la suma de ...”)*” (2005:282).
- 3.50. En el presente caso, el Juzgado se limitó a sostener *“que, el daño moral consiste en la lesión que se ocasiona a la persona producto de la acción u omisión y debe ser indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido y, por lo tanto, en el caso de autos corresponde que sea resarcido en proporción a los hechos y circunstancias involucrados.”* Fuera de ello, no se encuentra ningún juicio de equidad en la sentencia de primera instancia.
- 3.51. Por estas razones, el criterio de equidad fue incorrectamente aplicado por el Juzgado, ya que (i) no tomó en consideración la nula diligencia del Señor Lizier para probar los daños alegados; y, (ii) no explicitó el juicio de equidad, por lo que no se conoce el razonamiento aplicado. Ello, a su vez, vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

➤ **¿Se resolvió correctamente la Excepción de Prescripción Extintiva?**

- 3.52. El Banco Wiese dedujo una Excepción de Prescripción Extintiva, ya que transcurrieron más de dos (2) años desde que supuestamente se celebró el Contrato de Compraventa de ADRs (6 de enero de 1999) hasta que se le notificó con la demanda (28 de febrero de 2003).
- 3.53. La discusión en el cuaderno de excepciones se centró en determinar a partir de qué fecha debía computarse el plazo de prescripción.
- 3.54. Por un lado, el Señor Lizier alegaba que el plazo de prescripción no podía computarse desde la fecha de celebración del Contrato de Compraventa de ADRs (6 de enero de 1999), ya que recién tomó conocimiento de las irregularidades en los Estados Financieros del Banco Wiese gracias al Informe de Saavedra, Leveau & Asociados (14 de noviembre del 2000), siendo esta última fecha la que debía considerarse como inicio del plazo (teoría subjetiva).
- 3.55. Por su parte, el Banco Wiese sostenía que el plazo de prescripción debía computarse desde la fecha de celebración del Contrato de Compraventa de ADRs (6 de enero de 1999), siendo irrelevante si el Señor Lizier conocía o no las irregularidades de los Estados Financieros, ya que desde aquella fecha tenía la posibilidad jurídica de demandar la anulación del Contrato (teoría objetiva).
- 3.56. En primera instancia, se declaró infundada la excepción; en segunda, se revocó la resolución de primera instancia y reformándola se declaró fundada la excepción; y en la Corte Suprema, previo Recurso de Casación, se declaró nula la Resolución de Vista y se ordenó a la Quinta Sala Civil Superior emitir una nueva resolución, la que finalmente declaró infundada la Excepción de Prescripción Extintiva tras considerar que era complejo para el Señor Lizier determinar la verdadera situación patrimonial del Banco Wiese al momento de celebrar el negocio jurídico⁴³.

⁴³ Resolución No. 14 del 4 de setiembre del 2008 emitida por la Quinta Sala Civil Superior de Lima (Cuaderno de Excepciones): *“Sexto: Del Informe de Trabajo Especial de Auditoría así como la Información Complementaria al Trabajo Especial de los Análisis de los American Depositary Receipts del Banco Wiese Ltda. elaborado por Saavedra Leveau & Asociados – Auditores Consultores [...] y específicamente de sus conclusiones se advierte no solo la complejidad del tema de determinar la verdadera situación patrimonial del mencionado Banco, situación que según el actor determinó la celebración de la referida compraventa de ADRs, sino que incluso el referido Banco durante una etapa previa a la fusión con el Grupo Sudameris, habría presentado Estados Financieros que no reflejaban la realidad de dicha institución y que posteriormente, aparecieron las cifras reales que evidenciaban que la cartera de créditos declarada por el Banco Wiese no era tal, sino que por el contrario el nivel de incobrabilidad de ésta era bastante más elevado que lo declarado. Sétimo: En tal sentido, el plazo de prescripción no puede computarse desde la fecha en que se celebró el contrato de compraventa impugnado, esto es, desde el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, sino desde que el accionante tuvo*

3.57. Para responder esta interrogante –esto es, si los órganos jurisdiccionales del presente caso resolvieron correctamente la Excepción de Prescripción Extintiva– debe observarse en primer lugar que el artículo 1993° del Código Civil establece que *“la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción”*.

3.58. Como puede advertirse, este artículo no precisa si la posibilidad de accionar es fáctica o jurídica, por lo que la profesora Eugenia Ariano señala lo siguiente: *“Igualmente, ¿quid, tratándose del derecho a provocar la anulación de un negocio jurídico resultante de un vicio de la voluntad? ¿La prescripción comenzará a correr desde que se descubre el error o el dolo, o cesó la violencia o desde la celebración del negocio? Ese tipo de preguntas quedan sin certera respuesta cuando se acogen reglas tan vagas como las expresadas en el artículo 1993”* (2017:254).

3.59. Ahora bien, en nuestra opinión, los jueces debieron decantarse por un criterio objetivo, en atención a las siguientes razones:

- (i) La prescripción busca proteger el orden público y la seguridad jurídica, ya que, como indica Juan M. Aguayo, haciendo referencia a distintos autores extranjeros⁴⁴, *“la prescripción se funda en la necesidad de dotar de estabilidad y certeza a la sociedad y sus relaciones jurídicas; así, estas justificaciones han sido denominadas, entre otras, ‘interés de orden público’, ‘orden social’, ‘orden público o necesidad social’, ‘seguridad en las relaciones jurídicas’, etc.”* (2010:264). Asimismo, la prescripción busca liberar a los involucrados de un estado de incertidumbre eterno.

Consideramos que esta incertidumbre y afectación a la seguridad jurídica pueden presentarse con mayor probabilidad bajo la aplicación de un criterio subjetivo, ya que los demandantes podrían alegar que no tuvieron conocimiento oportuno de los hechos y aprovechar la regulación para interponer una demanda después de muchos años, tal como lo hizo el Señor Lizier.

- (ii) En el marco de un contrato o de una operación bursátil, las partes involucradas deben ser diligentes no solo al momento de contratar

conocimiento de la real situación financiera y del supuesto dolo en que habría incurrido la parte emplazada, es decir, desde el catorce de noviembre del dos mil [...]”.

⁴⁴ Moisset de Espanés; Ripert, Georges; Boulanger, Jean; Borda, Guillermo; López Herrera, Edgardo; Cazeaux, Pedro; y, Trigo Represas, Félix.

o de invertir, sino también a lo largo de la relación jurídico contractual y/o el plazo que dure la inversión bursátil, ya que ello les permitirá advertir a partir de qué fecha tienen expedita la posibilidad de interponer una acción judicial.

En el presente caso, dado el alto riesgo presente en las operaciones bursátiles, el Señor Lizier no debió limitarse a verificar los Estados Financieros del Banco Wiese, sino que debió analizar otros factores como, por ejemplo, la corrida bancaria acaecida a fines de 1998 del Banco Wiese, la coyuntura global (crisis asiática y rusa, fenómeno del niño), la necesidad de contar con un socio estratégico y los rumores de una eventual fusión.

Este análisis le hubiera permitido advertir al Señor Lizier (a) los verdaderos riesgos de invertir en los ADRs del Banco Wiese; y, (b) que los Estados Financieros del Banco Wiese posiblemente contenían información que no se ajustaba a la realidad.

3.60. Por estas consideraciones, los jueces debieron decantarse por la aplicación de la teoría objetiva de la prescripción y, por consiguiente, concluir que el plazo de prescripción empezó a computarse desde la supuesta fecha de celebración del negocio jurídico; esto es, el 6 de enero de 1999.

➤ **¿Qué vicios de motivación se presentaron a lo largo del proceso?**

3.61. Los principales vicios de motivación en este caso son (a) motivación aparente; y, (b) deficiencias en la motivación externa.

3.62. Por un lado, la motivación aparente se presenta cuando *“está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.”*⁴⁵

3.63. En el presente caso, ésta se presentó en la sentencia de primera instancia, ya que el Juzgado, al pronunciarse sobre el daño moral, sostuvo *“que, el daño moral consiste en la lesión que se ocasiona a la persona producto de la acción u omisión y debe ser indemnizado considerando su magnitud y el*

⁴⁵ Sentencia Llamuja. Expediente N° 00728-2008-HC.

menoscabo producido y, por lo tanto, en el caso de autos corresponde que sea resarcido en proporción a los hechos y circunstancias involucrados.”

3.64. Como se desprende de lo anterior, el Juzgado acudió a una fórmula general, a fin de dar un cumplimiento formal al mandato de motivación. Es decir, no indicó las razones ni pruebas que respaldaron su decisión de otorgar una indemnización por daño moral ascendente a US\$ 120,000.00. Ello, por supuesto, implica una vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ya que el Banco Wiese no pudo conocer los argumentos que motivaron la decisión del Juzgado.

3.65. Es importante precisar que, si bien la pretensión indemnizatoria fue planteada de manera accesorio, ello no implica que el Juzgado no haya tenido la obligación de evaluar la pretensión y de motivar su decisión, tal como señala la profesora Ariano a continuación.

[...] no se debe aplicar mecánica y simplistamente la fórmula de que 'lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sino que se deben analizar los concretos nexos lógicos y jurídicos que efectivamente ligan a las diversas situaciones sustanciales deducidas y, en base a tal análisis, establecer sus consecuencias. Ergo, hay que tener mucho cuidado cuando se establecen las consecuencias (finales) de una acumulación de pretensiones ligadas por vínculos de accesoriedad: no siempre la estimación de la principal conduce a la estimación de las accesorias (2013:207).

3.66. En efecto, el Juzgado debió explicitar su razonamiento, explicando (i) cuáles eran los medios probatorios que, a su juicio, acreditaban el daño moral; y, (ii) por qué consideraba que se cumplían los elementos de la responsabilidad civil. Por lo tanto, la sentencia de primera instancia incurrió en un supuesto de motivación aparente.

3.67. Por otro lado, en lo que respecta a “deficiencias en la motivación externa”, la sentencia Llamoja señala que este vicio se presenta cuando *“las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. [...] Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica”*.

3.68. En el presente caso, el Juzgado y la Sala Superior incurrieron en este vicio, el cual se presentó respecto a un aspecto fundamental de la controversia, a

saber: la existencia del Contrato de Compraventa de ADRs entre el Señor Lizier y el Banco Wiese.

- 3.69. En efecto, tanto el Juzgado como la Sala Superior partieron de la errónea premisa de que existía un Contrato de Compraventa de ADRs entre el Señor Lizier y el Banco Wiese. Así, por ejemplo, el Juzgado señaló lo siguiente en su sentencia:

Sexto: Que, con las instrumentales referidas a las Boletas que en copias legalizadas corren de fojas 193 a 198, adjuntas a la carta de fecha 20 de enero de 1999, que le dirige al demandante de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese, debidamente firmada, informándole que han cumplido con adquirir las acciones del mencionado Banco a su nombre, representadas en los Certificados ADRs puestos en venta mediante Oferta Pública en la Bolsa de Nueva York, por un valor total de US\$ 180,000.00 se ha acreditado la operación de compra de dichos certificados ADRS a través de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese y, en consecuencia, la existencia del contrato de compra de acciones del banco demandado (énfasis agregado).

- 3.70. Por su parte, la Sala Superior simplemente asumió la existencia del contrato y analizó directamente la causal de anulabilidad:

VIGÉSIMO CUARTO: [...] el Colegiado considera que previo al análisis de la procedencia de la responsabilidad por parte del emplazado, se debe analizar si el acto jurídico derivado de la compra por el demandante [...] es anulable y como consecuencia de ello, nulo dicho acto jurídico, toda vez que si el referido acto no es nulo, no resultaría necesario determinar el tipo de responsabilidad ni menos ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno (énfasis agregado).

- 3.71. Como puede observarse, ambos órganos jurisdiccionales omitieron confrontar la validez fáctica y jurídica de la premisa más importante de la controversia, a saber: la existencia del Contrato de Compraventa de ADRs, por lo que sus resoluciones incurrieron en deficiencias en la motivación externa. En efecto, de haber contrastado la validez fáctica y jurídica de esta premisa, se habrían rechazado las pretensiones del Señor Lizier.

IV. CAPITULO CUARTO: POSICIÓN PERSONAL

- 4.1. En nuestra opinión, el presente expediente es sumamente interesante desde un punto de vista conceptual y práctico, y, además, constituye un ejemplo de las consecuencias que puede generar el desconocimiento de una materia por parte de nuestros jueces.
- 4.2. Como se ha expuesto, la demanda del Señor Lizier fue incorrectamente planteada desde un inicio, ya que, además de demandar la anulabilidad de

un Contrato de Compraventa de ADRs que jamás existió con el Banco Wiese, desarrolló una historia inverosímil (que no cumplía con el criterio de causalidad adecuada) sobre un negocio en Bolivia que iba a ser desarrollado con las ganancias de los ADRs y que le iba a reeditar millones de dólares.

- 4.3. Es sorprendente que, en primera instancia, el Juzgado amparase ambas pretensiones del Señor Lizier, declarando la nulidad de un contrato que nunca fue celebrado y ordenándole al banco pagar más de nueve millones de dólares de indemnización.
- 4.4. El desconocimiento sobre Mercado de Valores se puede observar a lo largo de la controversia. Así, por ejemplo, tanto el Juzgado, la Sala Superior y la Sala Suprema inaplicaron los conceptos de Mercado Primario y Mercado Secundario. Ello es relevante, pues la aplicación de estos conceptos les hubiera permitido advertir que era imposible que el Banco Wiese vendiera sus ADRs al Señor Lizier en el mercado secundario.
- 4.5. Fuera del tema sustantivo, la actuación de los jueces respecto a los temas procesales también tuvo serias falencias, ya que (i) se amparó un criterio subjetivo para contabilizar el plazo de prescripción; (ii) el Juzgado realizó una incorrecta valoración equitativa del daño (lo que no fue advertido por los órganos superiores); y, (iii) se incurrió en diversos vicios de motivación.
- 4.6. Sin duda hubiera sido interesante ver cómo se hubiera resuelto este caso si la demanda se hubiera planteado en los términos adecuados y con una suficiente aportación de medios probatorios, ya que, si bien las operaciones bursátiles son inherentemente riesgosas, ello no significa que los inversionistas no tengan derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

V. BIBLIOGRAFÍA

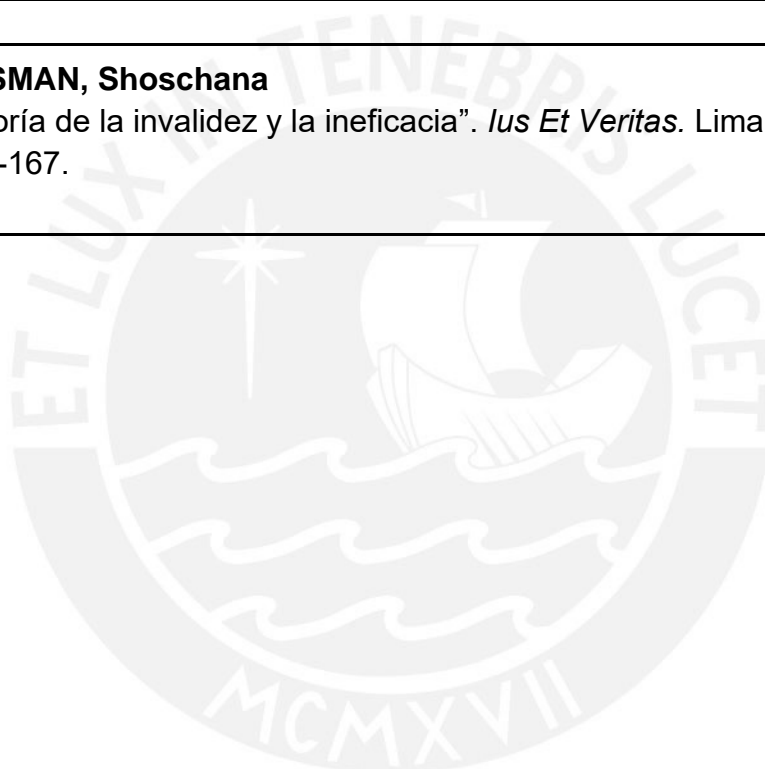
1 2010	AGUAYO, Juan Maximiliano “Algunas consideraciones en torno a la renuncia a la prescripción en materia tributaria”. Derecho & Sociedad. Lima, número 35, pp. 257 - 269.
2 2004	ALIAGA, Jeanette y TORRES, Fiorella “Protegiendo la Integridad del mercado de valores peruano: Prohibición de prácticas de manipulación de precios”. IUS ET VERITAS. Lima, número 28, pp. 39-54.
3 2017	ARIANO, Eugenia Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo X. Comentario al artículo 1993. Lima: Gaceta Jurídica
2014	“Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil”. Themis Revista de Derecho. Lima, número 66, pp. 329-336.
2013	“La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables”. IUS ET VERITAS. Lima, número 47, pp. 192 – 218.
4 2014	ARRÚS, Oscar “¡Yo no fui!: Sobre la responsabilidad de las Entidades Estructuradas en las Ofertas Públicas de Valores en el Perú”. IUS ET VERITAS. Lima, número 49, pp. 240-253.
5 1999	BONELLI, Giuliana “Algunos alcances sobre los ADRs en el sistema financiero”. IUS ET VERITAS. Lima, número 9, pp. 98-103.

6 1997	BUSTAMANTE, Reinaldo “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. IUS ET VERITAS. Lima, número 14, pp. 171-185.
7 2013	CJURO, Cinthia “Apertura y Promoción: Iniciativas en favor del Desarrollo de Mercado de Valores. Entrevista a la Dra. Lilian Rocca Carbajal”. Derecho & Sociedad. Lima, número 41, pp. 213-215.
8 2020	CÓRDOBA, Marcial <i>Mercado de Valores</i> . Ciudad de México: Instituto Mexicano de Contadores Públicos.
9 2019	FERNÁNDEZ, Gastón <i>Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias</i> . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
2017	Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo X. Comentario al artículo 1993. Lima: Gaceta Jurídica
10 2010	FRANZONI, Massimo <i>Il danno risarcibile. II. Seconda edizione. Trattato della Responsabilità Civile</i> . Milano: Giuffrè.
11 2013	GARCÍA, Oscar “Los criterios de sanción en los procedimientos administrativos sancionadores por presentación extemporánea de información periódica y eventual”. DERECHO & SOCIEDAD. Lima, número 41, pp. 193-200.
12 2019	GRAHAM, Benjamin <i>El inversor inteligente. Un libro de asesoramiento práctico</i> . Nueva York: Harper Collins. Cuarta Edición.

13 2003	GUARNIZ, Reynaldo “La promoción del mercado de valores en el Perú”. IUS ET VERITAS. Lima, número 26, pp. 182-209.
14 2005	JIMÉNEZ, Roxana “Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática”. Themis Revista de Derecho. Lima, número 50, pp.273-282.
15 2019	LEÓN, Leysser <i>Derecho Privado. Parte General. Negocios, actos y hechos jurídicos.</i> Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
16 2012	LINARES, Daniel “Buscándole Cinco Patas al Gato. El laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada desde la Óptica Procesal”. Derecho & Sociedad. Lima, número 38, pp. 76-87.
17 1992	MONROY GÁLVEZ, Juan “La Postulación del proceso en el Código Procesal Civil”. Themis Revista de Derecho. Lima, número 23, pp. 33-42.
18 2014	PAREJA, Julio & VALVERDE, Nicolás & ISLA, Paulo “Hechos de importancia: “Protección al inversionista o la búsqueda de un Mercado más eficiente” – A propósito de la aprobación de la Resolución No. 005 – 2014 – SMV – 01”. IUS ET VERITAS. Lima, número 48, pp. 360-371.
19 2009	PAYET, José Antonio “Integridad y Manipulación en el Mercado de Valores”. Derecho & Sociedad. Lima, número 32, pp. 25-35.

1996	“El mercado de valores y la protección de los inversionistas”. IUS ET VERITAS. Lima, número 12, pp. 69-79.
20 1995	PICKMANN, Fernando “ADRs: mecanismo de colocación de acciones en el mercado de valores internacionales”. THEMIS Revista De Derecho. Lima, número 31, pp. 123-131.
21 2019	PRIORI POSADA, Giovanni <i>El proceso y la tutela de los derechos</i> . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
22 2006	REBAZA, Alfonso y OSTERLING, Felipe “La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332° del Código Civil”. En Osterlingfirm. Consulta: 11 de diciembre de 2021 http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf
23 2019	ROCCA, Lilian <i>El Mercado de Valores en Fácil</i> . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
24 2001	TRAZEGNIES, Fernando <i>La responsabilidad extracontractual</i> . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
25 2013	VELA, Anderson “Las Normas de Conducta en el Mercado de Valores: Reflexiones a propósito de la película ‘El Lobo de Wall Street’”. Derecho & Sociedad. Lima, número 12, pp. 225-237.

<p>26 1994</p>	<p>VIALE, Fausto “Legitimidad para obrar”. Derecho. Lima, número 48, pp. 29-49.</p>
<p>27 1996</p>	<p>VIDAL, Fernando “El decurso prescriptorio”. En Congreso de la República. Consulta: 7 de diciembre de 2021 https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/A47E13811175E814052581C900799069/\$FILE/DECURSO_PRESCRIPTOR.pdf</p>
<p>28 1993</p>	<p>ZUSMAN, Shoschana “Teoría de la invalidez y la ineficacia”. <i>Ius Et Veritas</i>. Lima, número 4, pp. 159-167.</p>



VI. ANEXOS

- 1- **ANEXO 1:** Demanda de anulabilidad de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios del 22 de enero de 2003, presentada por el Señor Lizier
- 2- **ANEXO 2:** Contestación de demanda del 11 de abril de 2003, presentada por el Banco Wiese Sudameris
- 3- **ANEXO 3:** Sentencia de primera instancia del 30 de octubre de 2009, emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima
- 4- **ANEXO 4:** Recurso de apelación de sentencia del 8 de diciembre de 2009, presentado por Scotiabank
- 5- **ANEXO 5:** Sentencia de Vista del 19 de julio de 2010, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima
- 6- **ANEXO 6:** Recurso de casación del 10 de setiembre de 2010, interpuesto por el Señor Lizier en contra de la Sentencia de Vista
- 7- **ANEXO 7:** Ejecutoria del 15 de setiembre de 2014, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (Resolución S/N)



ANEXO 1

Exp:
Sec:
Escrito No.1
Cuaderno : Principal.
Sumilla: DEMANDA DE ANULABILIDAD
DE ACTO JURIDICO E INDEMNIZACION
POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LIMA:

CARLOS LIZIER GARDELLA, debidamente identificado con D.N.I. N° 07228056, con domicilio real y procesal común para estos efectos en calle Mártir Olaya N° 129, Oficina 1604, distrito de Miraflores, a usted atentamente digo lo siguiente :

I.- VIA PROCEDIMENTAL, RELACION JURIDICA PROCESAL Y PETITORIO.-

Que, interpongo demanda acumulativa, objetiva, originaria y accesoria en contra del **BANCO WIESE SUDAMERIS**, con domicilio en **Calle Dionisio Derteano No.102, San Isidro, Lima**, a fin de que su Judicatura ampare las siguientes pretensiones:

A).- **Pretensión Principal.**

Demandamos la ANULABILIDAD por la causal contenida en el artículo 221° inciso 2 y 222° del Código Civil, del Contrato de Compra Venta, celebrado con el demandado (por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa -Wiese SAB, en Lima Perú) por las acciones del Banco Wiese Ltda, mediante el sistema de ADR'S (American Depositary Receipts) que la

(FALSO)
El BWS no fue emisor

FALSO

NO existe (SSIs o boletas de venta, sin exhibir títulos)

→ FALSO (el emisor es el underwriter)

emplazada emitió para la colocación vía **Oferta Pública Primaria Internacional** en la Bolsa de Valores de la ciudad de Nueva York (*New York Securities Exchange NYSE*) **celebrada con fecha** 06 de enero **de 1999** para acceder a financiamiento de sus operaciones comerciales, **al incurrir dicho acto jurídico en vicio resultante de DOLO.**

La pretensión radica en señalar que ***dicho negocio jurídico de adquisición ES ANULABLE, pues adolece de un vicio en la manifestación de la voluntad por dolo contractual, imputable exclusivamente al demandado, debido a que ocultaron dolosamente información relevante, catalogado como hecho de importancia, de la verdadera situación patrimonial del Banco,*** y así apropiarse de la suma aproximada de US\$180,000.00 (Ciento ochenta mil y 00/100 Dólares Americanos) quien de buena fe invirtió en valores mobiliarios cotizables en la Bolsa de Valores de Nueva York, dado que la información de los Estados Financieros de los ejercicios 1994-1995-1996,1997 y en especial de los ejercicios 1998-1999 estuvieron manipulados, conociéndose tal hecho en su real magnitud, luego de la referida compra por el Banco Sudameris.

B).- Pretensión Accesorias.

El pago de US\$ 15'000,000.00 (Quince millones con 00/100 Dólares Americanos), por concepto de daños y perjuicios causados, derivado del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral, respectivamente.

Asimismo, hacemos extensiva nuestra pretensión al pago de costas y costos del proceso.

II.- FUNDAMENTOS DE HECHO

II.1.- DE LA NATURALEZA Y ALCANCES DE LOS DENOMINADOS AMERICAN DEPOSITARY RECEIPTS -ADR'S-

La globalización de la economía mundial ha repercutido de manera especial en los mercados de valores, produciéndose una movilización de capitales de grandes inversionistas hacia los países en los cuales se dan condiciones de crecimiento económico, como resulta ser el caso de los mercados emergentes como el nuestro.

La diversificación de los mecanismos de financiamiento de las empresas han enfocado la atención a solucionar el problema de acceso a capitales vía el mercado bursátil internacional, a diferencia del sistema tradicional representado por la intermediación financiera. ***Una de las nuevas modalidades constituyen los denominados ADR'S, que NO SON ACCIONES, SINO CERTIFICADOS NEGOCIABLES NOMINADOS EN DÓLARES AMERICANOS, es decir, Recibos de Depósito Americano y que cotizan en bolsa internacional como títulos mobiliarios.***

La nomenclatura ADR'S (*American Depositary Receipts*) constituye una técnica de financiamiento vía el acceso al mercado de capitales de los Estados Unidos de Norteamérica , que permite que las acciones de una sociedad domiciliada

fuera del territorio de los Estados Unidos, se depositan en un banco del exterior como custodio. A la vez, un banco norteamericano depositario, emite los denominados ADR'S en representación de dichas acciones en custodia en poder del banco extranjero¹.

El instrumento financiero denominado ADR'S no es algo reciente en el mercado bursátil de los Estados Unidos de Norteamérica, ya que el primer programa fue emitido por la empresa británica *Selfridge* en los años 1920² y cuya legislación americana data del "crack" de 1929 en la Bolsa de Valores de Nueva York o Gran Depresión, para sobreproteger el ahorro público, como la *Security Act de 1933*, la *Security and Exchange Act de 1934*, la *Regulation S* y la *Regla 144A* por las emisiones de valores de empresas constituidas fuera del territorio de los Estados Unidos de Norteamérica.

La clasificación de los ADR'S está dado en Niveles, conforme a la finalidad que busca la empresa no constituida en los EE.UU. Básicamente se describe tres niveles; Nivel I, Nivel II y **Nivel III**. La diferencia radica en la intencionalidad de la empresa, sea para listar acciones ya emitidas en la Bolsa de Nueva York, que se refieren a los dos primeros o para obtener financiamiento de sus operaciones comerciales **vía una Oferta Pública Primaria de Acciones**, es decir, de la

¹ Es conocido en el derecho del mercado de valores el informe trabajado por la Firma Mayer, Brown & Platt sobre **Acceso al Mercado de Capitales Internacional por parte de Empresas Latinoamericanas. Emisión de Títulos de Deuda y Acciones**. 1994 que señala lo siguiente: "Los ADR'S son instrumentos negociables nominativos, que representa, directa o indirectamente, un número específico de acciones. Los ADR'S son emitidos por un depositario estadounidense, usualmente un banco, contra el depósito de las acciones de la compañía extranjera -con referencia a EEUU- en un banco depositario en el país de origen de la sociedad emisora. Los ADR'S evitan la transferencia física de acciones a los Estados Unidos de Norteamérica y permiten que títulos que se comercian en los Estados Unidos de Norteamérica puedan pagarse en la manera acostumbrada en el mercado estadounidense, en lugar de hacerlo en la forma usual del país de origen del emisor. Adicionalmente, los ADR'S en general, establecen que el pago con respecto a los mismos sea hecho en dólares estadounidenses, independientemente de la moneda en que se hagan los pagos respecto a las acciones mismas en el país de origen(...)"

² Al respecto, ver Linares Bretón, Samuel.- **Operaciones de Bolsa**. Ediciones De Palma 1988.

colocación de nuevas acciones, vía aumento de capital, ofertada al mercado internacional.

Señor Juez, el caso que nos atañe se refiere a la captación de recursos que el Banco Wiese Ltda ofertó, vía emisión de nuevas acciones bajo el sistema de ADR'S en el Nivel III y que el suscrito participó al invertir aproximadamente US\$180,000.00 (Ciento ochenta mil y 00/100 Dólares Americanos) con fecha 06 de enero de 1999, a través de la Sociedad Agente de Bolsa del propio Banco Wiese Ltda. (ANEXO 1-B), de buena fe y bajo el sustento de la información sobre el comportamiento de los Estados Financieros disponibles de los años 1994 al 1997 y, del primer semestre de 1998 (los resultados finales de 1998 se conocen recién en marzo de 1999), que ante la inminente compra por parte del Banco Sudameris, se conoció públicamente la falencia patrimonial del emisor en un real estado de insolvencia, debido básicamente a la abultada cartera crediticia en estado de pérdida que fue ocultada por el emisor durante todo este tiempo.

En nuestra legislación doméstica, la Resolución CONASEV N°.358-93-EF/94.³, regula la información que deban facilitar al mercado las empresas que efectúen operaciones con ADR'S, la misma que recoge las pautas necesarias y desarrolladas por los mercados internacionales, siendo el Banco Wiese Ltda. la primera empresa peruana en acceder a programas de emisión de ADR'S, cotizando sus valores en el mercado de EE.UU., el 20 de septiembre de 1994, específicamente, 2'369,752 ADR'S Nivel III, representativos de 11'104,718 acciones, donde cada ADR'S representa cuatro (04) acciones ordinarias primarias del Banco Wiese Ltda.

³ Publicada el 22 de diciembre de 1993 en el Diario Oficial El Peruano.

Podrá observar, señor Juez, que desde el punto de vista de la empresa solicitante de recursos económicos, la colocación de ADR's vía el mercado internacional resulta interesante, por cuanto participa de manera abierta en una economía globalizada y cuyos beneficios PICKMANN⁴ lo describe de la siguiente manera:

Beneficios de los Mecanismos de ADR'S.

1.-las empresas listadas en bolsas norteamericanas mediante certificados ADR'S acceden a mercados de financiamiento internacional, ya que los ADR'S sirven como garantía de sus operaciones, los que les permite obtener financiamiento fuera de su país a una tasa más baja.

2.-la empresa emisora que se acoge al Nivel III o 144^a (ADRs) aumenta su capital mediante la colocación de sus acciones en mercados extranjeros.

3.-los precios de las acciones de las empresas objeto de programas ADR'S tienden a fortalecerse.

4.-la presencia de empresas peruanas en el mercado norteamericano sirve como carta de presentación para el Perú, llamando la atención de inversionistas del mundo hacia nuestro país.

Los criterios de seguridad y seriedad son aplicables también para los inversores, en el sentido que el mecanismo de los ADR'S representa una opción viable en tomar decisiones de inversión, por ser un instrumento financiero de solidez, con perspectivas de mayor retorno de la inversión y prácticamente aislada de las fluctuaciones del valor en el mercado internacional como el doméstico, sumada a la valoración de la información proporcionada por el emisor en los respectivos Estados Financieros sobre el valor patrimonial del Banco; otorga los elementos necesarios para que un inversor razonable, de buena fe, vea garantizada la inversión y la expectativas de ganancia en el corto y mediano plazo, que en la presente se han visto frustradas por la información inexacta del demandado.

⁴ Pickmann Dianderas, Fernando. ADR's: Mecanismo de Colocación de Acciones en Mercados de Valores Internacionales. En Themis, Revista de Derecho. PUCP N° 51. 1995. Pag.129

II.2. LA TRANSPARENCIA Y VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN COMO SOPORTE DE DECISIONES DE INVERSIÓN.-

El mercado de valores resulta ser un mecanismo alternativo de las empresas para acceder a capitales frescos, siendo una fuente de recursos atractiva por las mejores condiciones que ofrece respecto de los recursos financieros que brinda el sector bancario. Por intermedio del mercado de capitales, las empresas que cumplan estándares mínimos y exigidos por las normas del foro sobre **información veraz**, serán capaces de brindar seguridad al inversionista sobre el riesgo del negocio, teniendo la posibilidad de acceder a esta nueva fuente de financiamiento empresarial.

Aquellas empresas que no cuentan con parámetros de información fidedigna, verán nulas sus posibilidades de financiamiento, salvo los provenientes de los aportes de los socios o accionistas, así como del financiamiento que ofrece el sector bancario que resulta ser más oneroso, puesto que no podrán participar, **ante patrimonios y Estados Financieros dudosos**, en los mercados bursátiles, dada la falta de seguridad en su estructura patrimonial, sumado a otras variables económicas del sector y del país.

En contrapartida del interés de la empresa en la posibilidad de acudir a los mercados de capitales para acceder a recursos económicos (en el presente caso ADR's), **los inversores persiguen seguridad, información, rentabilidad y**

liquidez de su inversión, ante el excedente de ahorro y acumulación de capital, buscar un uso mas eficiente a los recursos en el mercado⁵.

Pero, ¿cuál es el objetivo de las normas en esta materia?, según la norma que regula el funcionamiento del Mercado de Valores (Decreto Legislativo N.º.861), es consolidar el ***Principio de Transparencia*** de la información en los mercados, la correcta información de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de sus fines, ***para que sobre esta base estable, en igualdad de condiciones e información veraz, sea la fuerza de la libre oferta y la demanda la que determine el valor comercial de los valores mobiliarios en general***⁶.

La inversión en valores se fundamenta en la **confianza, en la exactitud de los datos que constan en los documentos presentados por los emisores** que sirven para valorar el derecho que se pretende reconocer. Asimismo, los valores que se adquieren se refieren, en general, a entidades en funcionamiento, sobre cuya actividad el inversor ordinario tiene escasa capacidad de influencia. La protección, según la doctrina especializada, debe basarse en la ***información, publicidad y seguridad***, que en palabras de DEL CAÑO PALOP⁷ :

⁵ El artículo 1º de la Ley de Mercado de Valores, Decreto Legislativo N.º.861 del 21 de octubre de 1996 ,señala que es finalidad de la ley promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como de la adecuada protección al inversionista.

⁶ Resolución CONASEV N.º.141-98-EF/94.10. Reglamento de Oferta Primaria y Venta de Valores Mobiliarios del 16-10-98. Artículo 2º.- Finalidad y Principios Interpretativos.- Es finalidad del presente Reglamento ***la tutela de los inversionistas en el mercado público de valores mobiliarios a través de la revelación, en forma veraz, suficiente, oportuna y clara, de toda aquella información que sea relevante a efectos de entender las implicancias positivas y negativas de las transacciones que les sean propuestas, con la finalidad de que se encuentren en condiciones de adoptar decisiones libres e informadas respecto de las mismas y que dicha revelación se efectúe del modo más eficiente.***
(...)

⁷ Del Caño Palop, Juan Ramón. **La Emisión de Obligaciones: Mecanismos de Defensa y Protección del Obligacionista.** En La Seguridad Jurídica y el Tráfico Mercantil. Seminario Organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Editorial Civitas. Madrid. 1993. pag.113.

“La seguridad puede examinarse en la doble vertiente, jurídica y económica. Desde el punto de vista jurídico, la seguridad implica la regularidad desde el punto de vista legal de los valores ofrecidos, lo que supone que existan efectivamente los acuerdos que les sirven de base, que se han adoptado a todos los requisitos legales y que se cumplan las exigencias formales.

Desde el punto de vista económico, tal seguridad supondría, en principio asegurar el valor y la rentabilidad de la inversión (...) (el resaltado es nuestro)

Cuando se habla de seguridad económica no se habla de ello en un sentido estricto, sino en el sentido de promocionar al inversor una información económica que le permita formar un juicio lo más exacto y fundado posible sobre su inversión y en concreto sobre los riesgos y expectativas de aquella. (el resaltado es nuestro)

Esta información ha de ser, por tanto, obligatoria, mediante la correspondiente imposición legal; fidedigna, lo que implica su comprobación, en este caso, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; suficiente, conteniendo todos los datos relevantes para el inversor; efectiva, asegurando las cosas para que sea fácilmente accesible al inversor; actualizada periódicamente, puesto que no basta con la información inicial y difundida en igualdad de condiciones”.

La toma de decisión de inversión de los agentes económicos radica en lo que en derecho de mercado de valores se refiere a *“hechos de importancia”*,⁸ en el sentido que ***toda la información destinada a crear una convicción de relevancia en la toma de decisiones de inversión, juegue un papel importante en la participación de los inversores en la adquisición de valores en el mercado y cuya obligación está a cargo exclusivo del emisor***⁹, es decir, de la empresa que busca acceder al mercado de capitales para financiar las operaciones productivas o de servicios.

⁸ Recogida también por nuestra Ley del Mercado de Valores. Ver artículo 28 sobre Hechos de Importancia.

⁹ Resolución CONASEV N.º.141-98-EF/94.10. Reglamento de Oferta Primaria Artículo 16º.- Responsabilidad por la Documentación e Información a Presentar al Registro : a) Ofertas Públicas Primarias - ***El emisor siempre es responsable por la presentación y el contenido de la documentación e información relativa a la oferta, al valor y a sí mismo***, así como de toda aquella adicional que resulte necesaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12º. (...). La información y documentación relativa al emisor ***se refiere a toda aquella de índole legal, económica-financiera, u otra, de las personas y/o patrimonios que respaldan el pago de los derechos que se confiere el valor***

En el caso particular del Banco Wiese Ltda., un "*hecho de importancia*" para determinar el grado de influencia sobre un inversor sensato que canalice una decisión de inversión para la adquisición de los ADR'S, ***resulta ser, por excelencia, la información relacionada con los Estados Financieros.*** La documentación e información contable y financiera del Banco que traduce el estado patrimonial de la sociedad, el capital social, pérdidas acumuladas, porcentaje de provisiones aplicables a las utilidades y/o al capital social, cartera pesada declarada en calidad de pérdida, indicios de insolvencia patrimonial, traduce los elementos necesarios para que un inversionista decida tomar el riesgo o no para la adquisición de valores cotizables, bajo una información preestablecida como condición *sine quanon*.

Como podrá apreciar señor Juez y considerando las argumentaciones como las pruebas que describiremos a continuación (**ANEXO 1-D**) y adjuntadas en calidad de anexos, el Banco Wiese Ltda. (Hoy Banco Wiese Sudameris) comunicó a la CONASEV, los Estados Financieros de los años 1994,1995, 1996 y 1997, los mismos que reflejaban una situación patrimonial del emisor hasta cierto punto estable, con una leve tendencia a la baja, pero sin mayores discrepancias entre Estados Financieros en el transcurso de dichos periodos¹⁰.

Mi persona adquiere los valores denominados ADR'S con la intervención bursátil de Wiese Sociedad Agente de Bolsa -Wiese SAB- el **06 de enero de 1999**, (**Ver Anexo 1-C**) fecha en la cual toda toma de decisión de inversión se efectuaba en base de :

¹⁰ Ver Anexo 1-D. : Dictamen de Auditores Independientes. Banco Wiese Ltda. Estados Financieros al 31 de diciembre de 1997, 1998 y 1999, *elaborado por KPMG Caipo y Asociados Auditores* 3 de marzo de 1999, sobre la situación patrimonial del Banco.

- Análisis de los Estados Financieros del demandado, del comportamiento patrimonial del Banco durante el período comprendido desde la emisión de los ADR'S , y principalmente de los últimos Estados Financieros disponibles para tomar una decisión de inversión, referida al ejercicio 1997 y parte de 1998, (ver Anexo 1-D) ; periodos que sirvieron de base de información para evaluar y materializar la compra de los valores a principio del año 1999, y ;

- La información derivada de las declaraciones de los representantes de dicho Banco, cubierta por los medios de comunicación escrita especializadas de finales de 1998, acerca de la participación del Banco Santander y/o Banco Sudameris, en su interés de compra de un paquete mayoritario de acciones del Banco Wiese Ltda, ***que implicaba un aumento de capital del emisor, contar con una mayor línea de crédito del exterior para la atención de las colocaciones de clientes actuales y futuros, así como la diversificación del negocio; además de una reducción sustancial en los gastos operativos tanto locales al eliminar agencias, directorio y administraciones duplicadas; como internacionales, al reducirse el costo de las líneas de fondeo al consolidarse como un nuevo banco con mayor respaldo patrimonial, lo que concluye necesariamente a un aumento del valor de la entidad a adquirirse, que refleja una mayor demanda por los valores bursátiles y, en especial, de los Certificados Americanos denominados ADR'S, es decir, mayor perspectiva de utilidad.***

Conclusión a la que mi persona, en calidad de inversionista con visión, adoptó desde que tuvo conocimiento del secreto a voces de la futura fusión o reorganización del Banco Wiese Ltda; criterio de incremento de rentabilidad de dicha institución (en consecuencia incremento del valor bursátil de sus acciones) que poco después fuera anunciada públicamente en medios de prensa por altos funcionarios del Banco Wiese (ver a continuación *informe N° I y II de Saavedra Leveau & Asociados en sección noticias del Anexo 1-E*).

Ante dicha circunstancia, con información actualizada en cuanto a la situación patrimonial del emisor consignada en los **balances oficiales**, como del aumento de capital de US\$50'000,000.00 (Cincuenta millones y 00/100 Dólares Americanos) previa a la fusión bancaria¹¹ y al momento que efectué la compra, en el entendido de haberse fortalecido la cuenta capital del Banco, resultaba predecible, por decir lo menos, el aumento del precio del Certificado como el de acentuar la solidez de dichos valores en el mercado internacional debido a su rentabilidad en el corto plazo, con relación a su valor en Libros -mayor al nominal-.

Las variables antes señaladas, ***conforman los elementos de juicio pertinentes de un inversor diligente para proceder a la adquisición de los mencionados valores bajo un régimen de seguridad y transparencia del mercado, que garanticen, no solo el retorno de la inversión y utilidades, sino la adquisición de unos valores sólidos en el mercado internacional que reditúen utilidades por encima de las tasas de ahorro, y posibiliten otras***

¹¹ Ver artículo periodístico manifestado por el señor Gonzalo de la Puente, Gerente General del Banco Wiese Ltda en Diario SINTESIS de fecha 19 de enero de 1999.

inversiones de mi persona, las que se han visto frustradas por la caída de su cotización en un 80% del valor nominal, (ver más adelante Anexo 1-F y H) debido en forma directa y exclusiva a la información adulterada del real valor patrimonial del Banco, reflejados en el valor ofertado de los valores denominados ADR'S, así como por la imposibilidad de negociar dichos títulos a un precio razonable, careciendo de solidez y garantía por el uso de dichos valores en otros proyectos en los que mi persona ha venido trabajando.

Definida la participación de los inversionistas italianos -Banco Sudameris-, las negociaciones de su participación conllevaron a la realización de un "due dilligence" o análisis contable y de auditoría, a efectos de establecer las cifras reales del valor del Banco Wiese Ltda. requeridas en dicho proceso. El resultado de esta "auditoría" fue que el demandado no representaba el valor real de su patrimonio expuesto en sus Estados Financieros (documentos públicos expuestos), a consecuencia de las pérdidas incurridas y no declaradas, debido a créditos no provisionados y aumento de cartera pesada por pérdidas "ocultas" en los Estados Financieros por más de 6.2 veces lo declarado en la información proporcionada a la CONASEV y al Mercado de Valores¹².

Debido a una diferencia abismal entre lo declarado en los Estados Financieros del año 1997 con relación al año 1998 y 1999 en cuanto a provisiones, y a la situación patrimonial de insolvencia del emisor, (Estado

¹² Resolución CONASEV N° 359-93-EF/94.10.00 Normas Reglamentarias del Título II de la Ley del Mercado de Valores, Referidas al Uso Indevido de la Información Proporcionada por Empresas Emisoras de Valores. Artículo 4°.- Para los efectos de la presente Resolución, se entiende por información privilegiada toda aquella relativa al emisor de carácter económico contable, jurídica o administrativa atinente a uno a varios valores, *que no hayan sido dadas a conocer al público y que, de haber sido difundida, hubiera podido influir significativamente en la cotización del valor o valores de que se trate.*

de Cambios en el Patrimonio de Valores Constantes por los Años Terminados al 31 de diciembre de 1998 y 1999), descritos en el Informe N°I y N°II de Saavedra Leveau & Asociados -Auditores Consultores- que adjuntamos a la presente (ANEXO 1-E) en el cuadro de la página 8° y 9°¹³, salió a la luz pública el real valor del patrimonio, distorsionado por el demandado, cuyo Informe señala lo siguiente:

"Debe tomarse en cuenta que el destino de los fondos no es de conocimiento público sino hasta después de hecho público el balance del ejercicio: marzo de 1999 (...) por lo que cualquier decisión tomada con anterioridad a esa fecha se apoyaba en la información previa que no reflejaba la realidad expuesta.

*(...) en el mismo cuadro de Estados de Cambio en el Patrimonio, se aprecia claramente que las provisiones por cobranzas morosas de incrementan de S/141.496 Millones en 1998 a S/346.940 Millones para el año de 1999, las que sumadas a las reducciones de patrimonio para constituir provisiones para fluctuaciones de valores ascienden a S/530.380 Millones, concluimos que la pérdida patrimonial por provisiones asciende a S/877.320; **es decir, un incremento de provisiones del 620% (es decir 6.2 veces más provisiones en 1999 que en 1998).***

Esto solo se explica por la información incorrecta en los Estados Financieros del Banco Wiese previos al proceso de fusión, lo que trajo como consecuencia un aumento en las provisiones en el ejercicio subsiguiente."

Lamentablemente, dicha información adulterada, proporcionada en el mercado, fue la empleada para efectuar el análisis de inversión, es decir, información inexacta, proporcionada dolosamente por el demandado para de esa manera acceder, de mala fe y brindando información patrimonial adulterada, a los mercados internacionales en procura de captación de recursos de inversionistas, lo cual traduce la existencia de un supuesto de divulgación de información

¹³ Ver Información Complementaria al Trabajo Especial Análisis de los American Depositary Receipts del Banco Wiese Ltda. 14-11-2000 Pag.8 y9 por Saavedra Leveau & Asociados -Auditores Consultores - (en adelante Informe N°.II).

falsa en perjuicio del mercado, que lo han mantenido durante el tiempo en forma sistemática y en especial, los reflejados en los Estados Financieros del año 1997 y 1998, constituyendo un supuesto grave de responsabilidad por la vulneración de un principio rector, que en palabras de PAYET¹⁴:

La información debe ser divulgada por el emisor en forma veraz, suficiente y oportuna. La difusión debe ser veraz, por lo que se incumple con la obligación cuando se proporciona información incorrecta, falsa, o engañosa. Tampoco se cumple con la obligación de informar, cuando se omite algún hecho o dato de importancia.

La transparencia ("*disclosure*") debe ser real. Y debe ser transparente al inversionista. No es suficiente la mera presentación de un resumen de hechos a la Comisión de Empresas o a cualquier otro tipo de funcionarios federales o estatales.

Un adecuado marco regulatorio del mercado de valores debe necesariamente incorporar disposiciones que prohíben y sancionen las prácticas fraudulentas (...). Las disposiciones sobre transparencia del mercado tienen también una razonabilidad económica. El fraude genera un resultado ineficiente (...) hace que los agentes económicos tomen decisiones sobre la base de información incorrecta, por ello genera una asignación ineficiente de los recursos. En segundo lugar, **el fraude hace que los agentes económicos pierdan fe en el mercado y desconfíen entre ellos mismos** (...) En ese sentido, el fraude contribuye a elevar los costos de transacción. *(el subrayado y resaltado es nuestro)*

Podemos finalizar concluyendo que, en materia del mercado de valores, los pilares fundamentales para el fortalecimiento y existencia misma resulta ser la seguridad del sistema, sobre la base de la transparencia del mercado y la información veraz de los emisores, para que determinen la participación de las empresas en el mercado de capitales, así como en la determinación del valor real que ofrecen en sus valores, en función de la solidez patrimonial,

¹⁴ Payet, Juan Antonio. *El Mercado de Valores y la Protección de los Inversionistas*. En *Ius Et Veritas* N°.12. Revista de Derecho PUCP. 1996, pag 74-75.

expectativas de crecimiento y estabilidad del mercado ; variables externas que no se agotan en la seguridad jurídica del sistema bursátil¹⁵.

Elementos, estos últimos, que no se han presentado en la emisión de los ADR'S del Banco Wiese Ltda., por cuanto la misma se ha efectuado sobre información adulterada de la real situación patrimonial, de solvencia y de expectativas que ***condujo a la toma de una decisión de inversión errónea por dolo causante del demandado, ya que con posterioridad a la declaración de voluntad en la compraventa, sobre una determinada información patrimonial, se sinceraron los informes de los Estados Financieros, demostrando la insolvencia del emisor que en la actualidad se reflejan en las cotizaciones de sus valores en el mercado internacional, y ello a consecuencia de las negociaciones con el Banco Sudameris de Italia.***

II.3. EL DOLO COMO VICIO EN LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD DEL ACTO JURIDICO : INFORMACION INEXACTA DE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE LA SITUACION PATRIMONIAL DEL DEUDOR.

Señor Juez, como podrá apreciar, las consecuencias jurídicas de la descripción efectuada en la argumentación sostenida, no deriva de un simple error material del demandado, ni de mi persona en el análisis de la documentación financiera, ni se atribuye a falta propia - lo que en doctrina se conoce como culpa *in contrahendo*,¹⁶ - ***sino a una conducta dolosa del demandado en sorprender al mercado de valores y a los inversionistas privados, al brindar información***

¹⁵ Al respecto Nuñez-Lagos, José Manuel en *Nuevas Tendencias de la Seguridad Jurídica en el Tráfico Bursátil "El Protector del Inversor"* En *La Seguridad Jurídica y el Tráfico Mercantil*. Editorial Civitas. Madrid.1993, pág. 134 señala lo siguiente : "(...) la seguridad exigible legalmente agota sus posibilidades. La comunicación entre entidad emisora y sus accionistas reales o potenciales requiere, ciertamente, unas normas, pero ésta no puede conducir simplemente a la imposición coactiva de la publicación de unos informes (...). Frecuentes hechos relevantes de la sociedad relativos a su situación financiera, a la composición de su capital, a la lucha por el control de su gestión y demás, son otros tantos argumentos acuciantes para que a través de esta comunicación periódica se eviten sorpresas irremediables"

¹⁶ Ver Rojo Ajuria, Luis. *El Dolo en los Contratos*. Editorial Civitas. Madrid.1994.

adulterada de la real situación patrimonial del Banco que refleja la sobrevaluación del real valor de los ADR'S y que a consecuencia de la compra por el Banco Sudameris salió a la luz pública tal desequilibrio patrimonial.

El comportamiento engañoso del oferente (el elemento objetivo), así como el ánimo de engañar para obtener la declaración *-animus decipiendi-* (el elemento subjetivo), la producción del engaño y por último, que éste determine la declaración, conforman los elementos del dolo expresado por una parte de la doctrina y jurisprudencia extranjera, de las cuales podemos recoger algunas premisas establecidas claramente en nuestro ordenamiento¹⁷, al señalar el Código Civil lo siguiente :

Artículo 210 Código Civil.- El dolo es causante de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él, la otra parte no hubiera celebrado el acto.(...)

En efecto, la norma establece el supuesto de anulabilidad del negocio cuando *la conducta -sea activa u omisiva- del agente, produce en el destinatario de la manifestación, la determinación de la voluntad y en lo que doctrina señalan que con tal de que sean engañosos, cualquier comportamiento o conducta puede constituir el elemento objetivo del dolo. Así pues, argucias, astucias, mentiras, sugerencias, artificios, que consistan en la invención de hechos falsos, en la ocultación de los existentes o en suministrar referencias incompletas de estos, engloba cualquier comportamiento, sea por comisión o por omisión*¹⁸.

¹⁷ Ver Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Editorial Jurídica Grijley.1994.2da.Ed

¹⁸ Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. 1970. Bosch. Madrid. Pag.475

Evidentemente en el caso particular del Banco Wiese Ltda, la información proporcionada al mercado de valores, invitando a los inversores en adquirir los Certificados de Valores denominados ADR'S, fue en función a información inexacta y se desprende que en forma dolosa, por cuanto no resulta de un error material ni viable que la situación financiera del banco en el año **1998** sea abiertamente distante en cuanto a valor patrimonial y a las pérdidas con referencia a los Estados Financieros del año **1998 y 1999 respectivamente** ; más aún si su comportamiento es radicalmente inverso al del resto de ADR's peruanos en la Bolsa de Nueva York, en la que durante el primer semestre de **1999 todos subieron entre 12.5% y 33.68%, y los del Banco demandando cayeron 61.22%**, tal y como se aprecia del denominado **Informe N° II** de la empresa auditora¹⁹ del Anexo 1-E.

El aumento de la cartera pesada calificada como pérdida y no provisionada conforme a las pautas establecidas por la Ley del Sistema Financiero y las Directivas de la SBS, representa **seis (06) veces más a las declaradas SOLO EN EL EJERCICIO ANTERIOR Y TODO ELLO COMO CONSECUENCIA DEL SINCERAMIENTO DE CIFRAS ORIGINADO POR LA COMPRA POR EL BANCO SUDAMERIS.**

A mayor abundamiento, y conforme al Informe N° I e Informe N° II (Ver anexo 1-E señalado) de los Auditores, los representantes de la entidad financiera brindaban información al mercado vía los medios de comunicación escritos, así como de ciertos funcionarios del medio financiero, indicando que los aportes de capital del grupo Wiese como de los inversionistas italianos –Grupo Sudameris-

¹⁹ .- Ver cuadro de página N° 19 y páginas 34 y 35 del Informe N° II de Saavedra Leveau Asociados del Anexo 1-E.

serían destinados a consolidar la presencia del banco, tal cual fuera previsto por mi persona al conocer de la futura reorganización y según podremos apreciar del reportaje del **Diario SINTESIS**²⁰ de fecha 20/02/1999, al señalar lo siguiente:

“El Director Gerente del Banco Wiese, Gonzalo de la Puente, aseguró que la fusión del Wiese-Sudameris se contará con una mayor disponibilidad de líneas de crédito, pues la nueva entidad no solo cuenta con los patrimonios del Banco Wiese y Sudameris, sino que además ha recibido la inyección de capital de US\$130 Millones de dólares que sumados al aporte de capital de US\$50 Millones de dólares que se hizo hace poco más de un mes, alcanza un patrimonio de más de US\$180 Millones de dólares, razón por lo cual, se espera una mayor disponibilidad de prestamos para los clientes.”

A mayor abundamiento, el Gerente General de la SAB Wiese (Wiese Sociedad Agente de Bolsa) expresa al Diario El Peruano del 26/02/99, que:

“La fusión de los Bancos Wiese y Lima-Sudameris permitirá a estas entidades generar un ahorro aproximado de US\$80 millones durante su primer año de operaciones. Así lo proyectó el gerente general de Wiese Sociedad Agente de Bolsa (SAB) Boris Ljubicik Ugarte, quien manifestó que a valor de intercambio y ratios de fusión, la nueva institución está valorizada en más de US\$400 millones.”

Asimismo, la hermana del Gerente Central del Banco Wiese, Directora Gerente de JP Morgan para América Latina, banco de inversión que estructuró la operación de los ADR's y que se mantiene como agente en dicha operación, manifestó al Diario Expreso el 03/03/1999, lo siguiente:

²⁰ Ver denominado Informe N°II, correspondiente a los artículos periodísticos descritos en las páginas 7°, 20°, 21°, 37°, 38°, 39°, 40°, 41°, 42° y 43° respectivamente (Anexo 1-E).

“Según directora gerente de JP Morgan, Susana de la Punte, fusión de Wiese Sudameris reducirá costos en más de US\$140 millones.”

Esta información venía siendo divulgada desde finales del mes de diciembre del año 1998, originando el alza de la cotización y la decisión de mi persona de comprar para la primera semana de enero de 1999 : Información en la que mi persona confió por provenir de fuente verosímil y según lo corrobora las declaraciones a los medios de prensa citadas precedentemente.

Este punto resulta trascendental, por cuanto configura un elemento del supuesto de actuación dolosa del demandado y conforme a nuestro ordenamiento civil, de contar con la información fidedigna al momento de celebrar el negocio jurídico de compraventa de certificados de ADR'S, simplemente no lo celebraríamos, al representar un hecho de vital importancia en la determinación de la voluntad y que en palabras de **JOSSERAND**²¹

He aquí, pues, la parte positiva de la demostración del punto de vista de que el dolo no vicia el consentimiento sino cuando ha desempeñado el papel del factor móvil determinante, al que ha cedido la víctima al consentir. (el resaltado es nuestro)

En suma, todo comportamiento engañoso de suministrar información adulterada que representa el móvil determinante para la manifestación de voluntad del agente, conforme a nuestro ordenamiento civil, resulta un supuesto de dolo del acto jurídico y, en efecto, mi persona celebró el contrato de compra venta de

²¹ Jossierand. *Los Móviles en los Actos Jurídico de Derecho Privado*. México 1946, citado por León Barandiarán, José. *En Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica Editores. 1997, pag.127.

certificados de ADR'S, en la creencia sustentada que la información proporcionada en los Estados Financieros de la situación patrimonial del demandado eran veraces, caso contrario y ante la mínima duda de ello, simplemente no hubiese procedido con la adquisición de los referidos valores cotizados en el mercado de valores²² de Nueva York, que resulta ser la recomendación lógica de todo consultor profesional:

"(...).

Es axiomático que las personas que confiaron en el banco a través de inversiones en bolsa y que tomaron sus decisiones sobre la base de los estados financieros declarados por el Banco Wiese se han visto afectados al adquirir participación sobre un banco cuyo valor real era muy inferior al declarado".

Para finalizar y con el ánimo de causar mayor convicción al juzgador, el demandado sostenía que derivado de la reorganización simple, conformaría el 48% del cuadro accionariado de la empresa, en el entendido de sorprender también a la banca italiana –Sudameris- con el valor patrimonial de la entidad y como se sabe, culminó con una reducción sustancial de la participación del cuadro accionariado a tan solo un 7% de la participación total, 8% por parte del Estado mediante un Fondo Fiduciario, 20% otros y del 65% del Lima Sudameris, lo cual evidencia que el patrimonio fue castigado aún más, producto de la cartera en calidad de pérdida "oculta" y no descrita en los Estados Financieros, **reduciéndose el valor patrimonial del Banco Wiese Ltda. al 8.6% de su valor declarado 4 meses antes, es decir, una contracción de 11.63 veces,** como

²² Ver Informe N°.II. pag.13°. Anexo 1-E.

podrá apreciar en las páginas 14º y 15º del Anexo 1-E - derivado de la compra por el Banco Sudameris²³.

II.4. INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS.-

Demostrado la materialización del actuar doloso del demandado al proporcionar deliberadamente información adulterada de la situación patrimonial del Banco al mercado de capitales, *sin el cual no hubiera adoptado una decisión de inversión* en tal empresa, al adquirir unos valores mobiliarios sobrevaluados, el ordenamiento civil me faculta, además de solicitar la anulabilidad del negocio jurídico de compraventa del Certificado de ADR'S, a exigir por los daños y perjuicios ocasionados a mi persona, y en aplicación en contrario sensu del artículo 207º del Código Civil.

Si bien, en principio, nos encontramos ante un supuesto de anulabilidad por dolo contractual y consiguientemente aplicable las normas sobre inexecución de obligaciones, el concepto de responsabilidad (dualidad establecida por el Código Civil en cuanto contractual y extracontractual) es aplicado como un sistema reparador del daño ocasionado, establecida por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**²⁴ en el caso de **Unión Oleaginosa SA**, al señalar lo siguiente:

El Código Civil adopta un sistema binario de responsabilidad civil: La responsabilidad contractual en el Libro VI, De las Obligaciones, y la responsabilidad extracontractual en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones. Esta es una división clásica y secular que se consagra después de una larga evolución en el derecho francés para posteriormente ser acogida por nuestra legislación. Sin embargo, esta tradicional dicotomía se está orientando a la

²³ Ver Informe N°. II del Anexo 1-E.

²⁴ Casación N°. 99-99 Lima En : EDerecho Asociación No Hay Derecho. El Código Civil a Través de la Jurisprudencia Casatoria. Ediciones Legales. Tomo III, pag.163

unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir de concebir el daño como centro de gravedad del problema, es decir, que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es, la antijuridicidad, el daño, y son las relaciones de causalidad y los factores de atribución los que pueden variar, de acuerdo a cada caso en particular. (el resaltado es nuestro)

En ese sentido, procederé a la argumentación del nexo causal y la determinación integral de los daños y perjuicios sufridos, considerando la relación contractual viciada por dolo contractual y mi calidad de persona natural, conforme a los artículos 210º, 212º, 1318º, 1321º, 1322 y 1984 del Código Civil, que señala lo siguiente:

Artículo 210.- Anulación por Dolo.- El dolo es causal de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Artículo 212.- Omisión Dolosa.- La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

Artículo 1318.- Dolo. Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Artículo 1321.- Indemnización por Dolo.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo (...)

El resarcimiento por la inejecución de su obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Artículo 1322º.- Indemnización por Daño Moral.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Artículo 1984º.- Daño Moral.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima (...)

Para tales efectos, procederé a desarrollar, en base al Trabajo Especial elaborado por la empresa *Saavedra Leveau & Asociados Auditores y Consultores*²⁵, así como del Peritaje de Daños elaborado por el *Perito-Economista Gilberto Muñoz Rodríguez (ANEXO 1-F)*²⁶, los conceptos de daño emergente y lucro cesante que respaldan el monto de la indemnización que por daños y perjuicios el demandado tendrá que satisfacer, así como el daño moral incurrido sobre mi persona, dada la concurrencia de los tres requisitos exigidos por la normativa a) el dolo, b) el daño y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido.

En ese sentido, en calidad de acreedor, **tengo el derecho y las expectativas de exigir las pérdidas sufridas como las utilidades frustradas** y que desarrollo a continuación.

II.4.1. Daño Emergente.-

Tanto la doctrina nacional como extranjera, considera la indemnización por concepto de daño emergente a la restitución de la pérdida sufrida o de reposición del empobrecimiento inmediato a la consecución del daño ocasionado a la víctima, ya sea por los daños ocasionados en el acto como por los daños futuros que tengan un nexo directo y concomitante del hecho, que en palabras de **OSTERLING**²⁷, consiste:

²⁵ .-Ver Anexo 1-E. Informes N°.I Trabajo Especial de Análisis de los ADR's del Banco Wiese e Informe N°.II Información Complementaria al Trabajo Especial de los Análisis de los American Deposits Receipts del Banco Wiese Ltda. de fecha 14 de noviembre del 2000.

²⁶ .- Muñoz Rodríguez, Gilberto . Perito Economista Judicial. Reg. Prof. 4575, Perito SBS N°.0059-2000 : Peritaje de Daños.26 de diciembre del 2000

²⁷ Osterling Parodi, Felipe. **La Indemnización de Daños y Perjuicios**. En. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Cultural Cuzco. Lima.

"La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría, si la obligación hubiese sido cumplida.

Por eso el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas (...). Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponde al daño emergente.(...) El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor."

En el caso particular de mi persona, los denominados ADR'S deberían reeditar una ganancia superior a inversiones alternativas (que rinden en algunos casos más del 62% anual –ver detalle de Salomón Smith & Barney (ANEXO 1-G) debido a las condiciones de los Estados Financieros, expuestas con anterioridad y conforme al Informe, en relación al comportamiento del resto de valores peruanos cotizados en la Bolsa de Valores de Nueva York y que tuvieron un comportamiento al alza, como de las razones de la fuerte caída del precio de los valores del demandado con posterioridad a la compra efectuada por mi persona, tal como señala el Informe N°.II²⁸ al establecer lo siguiente :

El alto contraste entre las cotizaciones de los ADR'S del Banco Wiese y el resto de los ADR'S Peruanos en NYSE, sólo se puede explicar porque que durante 1999, los interesados en la adquisición de ADR'S peruanos en NYSE, han tomado conocimiento de información que no solamente los ha ahuyentado de comprar los ADR'S del Banco Wiese (BWP), sino que además ha obligado a los tenedores de los mismos a deshacerse de estos ante las negativas perspectivas y la falta de confianza en la institución, dados los antecedentes de divergencia entre la información financiera proporcionada al público e instituciones pertinentes, con la realidad al interior del Banco debido a las malas experiencias en el otorgamiento de créditos

²⁸ Ver Informe N°.II Análisis de los ADR's.. página 19º y 20º. Anexo 1-E.

En ese sentido, mi representada debió, en un escenario normal, con fluctuaciones propias de la oferta y la demanda sobre información veraz y las condiciones propias de la fusión de ambas entidades, ***obtener un retorno de la inversión equivalente al 65%, que nunca se materializó por las razones expuestas en el Informe.***

Asimismo, y como parte de lo que se considera como daño emergente establecido por nuestro ordenamiento civil, resulta ser lo que en doctrina se denomina la *indemnización por pérdida del chance o pérdida de oportunidad*, para reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad - era una potencial, certidumbre fáctica - de obtener una cierta ventaja patrimonial²⁹.

En efecto, los valores mobiliarios representados por los ADR'S no solamente iban a redituarse la ganancia descrita anteriormente, sino que en el mercado internacional, los valores mobiliarios -llámese acciones, bonos, ADR'S, ADS, GDS- ***representan herramientas de garantía de préstamos para apalancar operaciones comerciales directamente vinculadas.***

En el presente caso, una vez concluido el proceso de fusión y redituada la ganancia prevista, se había proyectado de antemano liquidar dicha inversión y/o emplearla como garantía, destinada a un proyecto hidrocarburífero que se frustró ***(ANEXO 1-H) al no poder contar con esta herramienta financiera***

²⁹ De Trazegnies, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Tomo II. Para Leer el Código Civil Vol. IV. Fondo Editorial PUCP. 1990. Pag.46°

internacional que era parte de un paquete de recursos de mi representada para llevar a cabo tal inversión, entendida como un todo financiero, y cuya falta de disposición por la caída de su cotización ante el real valor del patrimonio del demandado, conllevó indefectiblemente a que tanto el aporte de capital personal adicional, como de la participación de un socio estratégico en el proyecto hidrocarburífero no se concretara; argumentación que se encuentra fundamentada en forma técnica, como del monto de la indemnización por este concepto, en las páginas 2º, 3º y 4º del Peritaje de Daños adjuntado en calidad de prueba (Ver Anexo 1-F).

II.4.2. Lucro Cesante.-

La complejidad de establecer los alcances del lucro cesante establecido por nuestro ordenamiento civil, está en función al hecho generador del daño y el nexo causal con el mismo. En ese sentido, apunta a exigir las utilidades frustradas bajo un esquema de certidumbre, en circunstancias normales y predecibles, que en palabras de **DE TRAZEGNIES**³⁰ :

(...) comprende todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino. La frase antes citada de Pauli se completa con la idea de lucro cesante: quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gané debido al daño). Por consiguiente (...) en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente (...) afecta un bien o interés que todavía no es de la persona al momento del daño. (el resaltado es nuestro)

³⁰ Ibid. pág.37

Podrá observar señor Juez, que la disposición, liquidez y/o solidez de los valores ADR'S por ser valores mobiliarios internacionales , definitivamente iban a ser empleados para la ejecución de un Proyecto de Inversión (**ver Anexo 1-H**) y como parte de un conjunto de herramientas de financiamiento para concretar una inversión mayor, cuyo flujo de caja redituaría en el corto plazo no solo la inversión inicial, sino ganancias, luego de los costos operativos, sumamente interesantes en el sector hidrocarburífero en el país de Bolivia, respaldado por las conclusiones del Proyecto de Factibilidad Económica adjunta a la presente. (Ver anexo 1-H).

Para dicho Proyecto hidrocarburífero me vi en la obligación de viajar con mis propios recursos a los Estados Unidos de Norteamérica e indagar en el entorno hidroenergético acerca del negocio, equipos y procesos de refinación, y destilación de petróleo, obligándome a estudiar y conocer de la materia, buscar el socio adecuado en Bolivia y asegurar la materia prima, así como la colocación del producto terminado en dicho país, como negociar y lograr los acuerdos con dicho socio que constan en los Anexos de la presente demanda, realizar los sondeos de mercado en dicho país con los consecuentes gastos de viaje y estadía ; realizar la selección de la empresa adecuada para la elaboración del Estudio Técnico correspondiente a dicho Proyecto de Refinación, como de la retribución económica para con dicha empresa ; adicionalmente me he visto obligado a perfeccionarme en el proceso de refinanciación a efectos de participar en la supervisión del diseño de dicha Planta, lo que originó el correspondiente expediente Técnico que consta de más de 8 millares de folios y casi un centenar de planos. Todo esto se ha llevado a cabo con mucho esfuerzo, sacrificio,

dedicación y tiempo, los mismos que no son posibles de cuantificar económicamente, dada mis recargada e importantes labores.

Cabe señalar que mi representada no tenía la posibilidad efectiva de realizar la ganancia de otra manera, es decir, se adoptó las medidas necesarias para reducir el daño, pero fue imposible, dado que requeríamos de dichos valores mobiliarios para efectivizar y concretar el proyecto de Inversión, así como del tiempo transcurrido entre la compra y la disposición pública de los Estados Financieros reales que llevo a una ola de propuestas de ventas para deshacerse de tales valores ante el contraste de la información contable y el mal manejo de la política de créditos que incidió en la caída abrupta del precio de tales ADRS en el mercado internacional hasta por el 80% del valor nominal ; ha perjudicado en la esfera patrimonial de mi persona, tal como se encuentra demostrado fehacientemente en las páginas 3º, 4º y 5º del Informe **Peritaje de Daños** .(Anexo 1-F).

Si bien, el análisis técnico y matemático de la evaluación del lucro cesante resulta ser inobjetable desde el punto de vista del daño ocasionado, dado que el mismo es reflejo de los volúmenes de inversión propios del sector hidrocarburífero, dejados de percibir por el actuar doloso del demandado, considero que para efectos de la presente acción y sobre un criterio de razonabilidad para la presente acción, el lucro cesante asciende a la cantidad de US\$7'826,690.00 (Siete millones ochocientos ventiseis mil seiscientos noventa y 00/100 Dólares Americanos).

II.4.3. Daño Moral.-

Por último y tratándose en este caso de la acción de una persona natural, aplicable al supuesto de daño moral establecido por nuestro ordenamiento civil y sendas resoluciones de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**³¹, como en el caso Nuñez Vela - Cementos Lima SA, que resuelve :

Quinto.- Que, si bien es cierto que en doctrina se discute la reparación económica del daño extrapatrimonial, aparece del texto de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil vigente que el legislador optó por dicha solución, decisión a la que deben atenerse el juzgador conforme a los artículos VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil y artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.

Sexto.- Que, atendiendo a los nuevos del derecho de daños, nuestro Código Civil ha recogido una postura novedosa en su artículo 1322º, en el que se estipula el resarcimiento del daño moral cuando éste se hubiere irrogado en la inejecución de las obligaciones.

Noveno.- Que, siguiendo este criterio, el daño moral si es cuantificable patrimonialmente, aún cuando su valuación sea difícil, desde que el interés del acreedor pueda ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación. El perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial, aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género del derecho todavía más valiosos como es el daño moral.

Décimo Segundo.- Que,. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc, son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el que se produce en un solo acto o en varios, pero que una vez presentados en el contexto fáctico, ya son susceptibles de indemnizarse.(...) (el resaltado es nuestro)

Como persona interesada en desenvolverse en los mercados de capitales, la actuación dolosa del demandado, ha causado un gran perjuicio en mi persona ,

³¹ Op.cit. pag. 147. Casación N°.949-95. Arequipa.

al sembrar como una internalidad la inseguridad en el sistema del mercado de valores por una empresa nacional ante información adulterada del valor patrimonial de los emisores, perdiendo toda credibilidad al sistema.

En el presente caso, el tema se agrava pues la confianza depositada por mi persona en la veracidad de la presente operación es inconmensurable por tratarse de valores intercambiables en la Bolsa de Nueva York, el más grande mercado bursátil del mundo y en el que ninguna persona se atreve a dudar de la veracidad de la información que en éste se proporciona, pues, como se afirmó anteriormente, la veracidad y transparencia de la información son los pilares básico del mercado de capitales y su ocultamiento o distorsión constituyen delitos penados severamente por la ley, en todos los mercados bursátiles mundiales, sin excepción.

En este contexto, resulta muy cómodo jugar con la buena fe de las personas para que inviertan en una empresa y ésta obtenga un medio de financiamiento a través de engaños y canales reñidos con la ley, que lo único que hacen es perjudicar al inversionista y al sistema societario y financiero en general, afectando la credibilidad de las personas y degradando a la sociedad.

En efecto señor Juez , y tal como podrá apreciar de la argumentación descrita en la presenta acción, la participación de los inversores en el mercado de valores, se justifica por la consolidación de los mercados y en especial, de los principios de transparencia e información veraz. La ruptura de estos principios esenciales

para que pueda seguir participando en la compra-venta de valores, ya sea especulando el precio o en búsqueda de una renta fija, ha vulnerado las apreciaciones que tenía respecto de este mecanismo de financiamiento alternativo de las empresas y de acceder a ganancias, así como de la gestión empresarial, dado que emplean el mercado para ofertar valores sobrevaluados de una empresa insolvente y ante el destape del engaño, recompran sus propios valores a precios irrisorios, es decir, ganancias como vendedor y comprador en momentos distintos, perjudicando a los inversores, como al mercado bursátil.

Asimismo, debido a la información adulterada proporcionada por la demandada, que originó a su vez una pérdida patrimonial en mi persona, vía la caída bursátil de los ADR'S señaladas, mi credibilidad como inversionista y como persona, además de mi prestigio personal y profesional, se han visto gravemente perjudicados, tanto en Bolivia como en Perú ante la imposibilidad de continuar con el Proyecto que iniciara tiempo atrás con mis exsocios bolivianos, quienes ante el incumplimiento de mis obligaciones establecidas en el Convenio suscrito con ello (y anexados a la presente, para el referido Proyecto Hidrocarburífero, además de desligarme de dichos Proyecto han propalado información negativa sobre mi persona en la sociedad boliviana y en entorno empresarial y bancario de dicho país.

La inseguridad y afectación de mi credibilidad personal y empresarial que ha marcado la apreciación y participación en el mercado de capitales como en el mercado hidrocarburífero por parte del demandado, ha causado en mi persona un perjuicio moral patrimonialmente invaluable, cuyo paliativo económico estimo

en la cantidad de US\$7'000,000.00 (Siete millones y 00/100 Dólares Americanos) por cuanto mi persona ya no reconoce las bondades del sistema bursátil, que de por sí me desenvuelvo con habitualidad en la compra-venta de valores, como podrá apreciar del Anexo 1-G. y ante este hecho considero un medio ruin de engaño contra el patrimonio de los inversionistas privados.

A ello señor Juez, se debe tener en cuenta el agravante que dichos valores mobiliarios se encuentran en proceso de ser deslistados del mercado bursátil internacional conforme a las declaraciones realizadas por el Gerente General del demandado en los distintos medios de comunicación escrita (**ANEXO 1-I**), al señalar lo siguiente :

BLOOMBER NEWS FINANCIAL:³²

Lima, 15 de febrero del 2000. (Bloomberg). El Banco Wiese Sudameris podría retirar sus acciones negociadas en Nueva York, para reducir costos, debido a su menor necesidad de levantar fondos en el mercado de la Bolsa.

Estamos evaluando esto, si lo mantenemos o no, dijo Eugenio Bertini, Gerente General del Wiese, le dijo a los reporteros. Así economizamos gastos administrativos y legales, porque el Banco tiene ahora menor necesidad de captar capitales en el mercado de valores, porque ha sido adquirido por la Banca Commerciale Italiana SPA Sudameris este último año, dijo Bertini.

Las acciones del Wiese cotizados en US representan menos del 1% de los US\$614 millones de la capitalización de mercado, dijo Bertini. El Banco vendió un total de 2.6 millones de American Depositary Receipts en septiembre de 1994, a US\$19,75 la acción.

Una caída de Bolsa de febrero de 1995 hizo caer su valor a US\$9.58. Las acciones del Wiese cayeron 1/8 a 11/4 en la Bolsa de Nueva York el día de hoy.

³² 15 de febrero del 2000. Revista Económica Bloomberg News. NY, NY, USA.
<http://quote.bloomberg.com/newsarchive/wnarchive.sgi>.

El Banco Wiese de Perú retiraría sus acciones cotizadas en las bolsas de valores de USA.

DIARIO CORREO³³.-

Wiese Sudameris dejará de cotizar en la Bolsa de Nueva York.-

El Banco Wiese Sudameris comunicó a las autoridades bursátiles de Lima y Nueva York, que retirará de la bolsa de Nueva York sus ADR'S, debido al poco interés de los inversionistas por negociar sus acciones.

El Directorio del Banco autorizó a sus ejecutivos deslistar los ADR'S y cancelar su registro en la autoridad regulatoria estadounidense, la *Securities and Exchange Commission* (SEC).

“El Directorio decidió que la escasa liquidez de los ADR'S no justifican mantenerlos en negociación”, afirmó a la agencia Bloomberg Alfredo Dancourt, ejecutivo de la entidad.

Solo 14,000.00 de los 5.2 millones de los ADR'S de los Wiese Sudameris se negocian diariamente en el mercado de Nueva York.

El proceso para dejar de cotizar en la bolsa empezará inmediatamente, pero tomará varios meses en ser concluido. Dancourt agregó que las acciones que negocian en la bolsa de Lima no se verán afectadas.

THE WALL STRETT JOURNAL, SECCION WHATS NEWS REGIONAL³⁴

“Banco Wiese Sudameris de Perú, dijo que comenzó el proceso para retirar sus acciones que cotizan en la bolsa de New York, debido a su poca liquidez y a su bajo volumen de transacción, dijo un ejecutivo de la entidad”.

Dicha circunstancia evidencia la falta de interés por parte de los agentes económicos en participar de las negociaciones de tales valores dado la baja del precio por efectos de la información dudosa del patrimonio efectivo del demandado, a fin de proceder con abonar a sus tenedores una suma irrisoria

³³ **Sección Economía**, página 12. Publicación del 21 de enero del 2001. Diario El Comercio. Lima Perú.

³⁴ **Diario El Comercio**, Cuerpo B Economía & Negocios página 5. Ejemplar del lunes 29 de enero del 2001. Lima, Perú.

menor al valor nominal (la cotización en bolsa se encuentra por el 80% menor al valor nominal de los valores) como especie de compensación económica que limite la presente acción judicial sobre nulidad de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Fundamentos de Derecho Material.-

- Artículos 207º, 210º, 212º, 221, inc.2, 222, 1318º, 1321º, 1322º y 1984º del *Código Civil*.

Fundamento de Derecho Procesal.

- Artículos 83º, 84º, 85º, 87º, 188º, 233º, 234º, 424º, 425º y siguientes del *Código Procesal Civil*.

Fundamentos de Derecho Doctrinal.-

Dolo omisivo.- Al respecto, cabe mencionar la afirmación de **LOHMANN**, en su libro ***El Negocio Jurídico***, pag.503, señala: “(...) sino también es dolo omisivo aquel silencio que tiene como intención hacer que el otro caiga en el error, por no informarle de aquellos hechos o circunstancias que la víctima no tenía manera de enterarse por sus propios medios. En este orden de ideas, debe investigarse si la conducta ha tenido como propósito provocar el error o explotarlo.”

La Anulabilidad.- Manuel ALBALADEJO, en su libro *El Negocio Jurídico*, Cap. XV, pag.415, señala: *"El negocio jurídico anulable (también llamado impugnabile), es plenamente eficaz, pero, por haberse celebrado con determinados defectos, está amenazado de destrucción, con lo que se borraría retroactivamente los efectos producidos. Se trata de un negocio provisionalmente válido que, por tanto, modifica la situación jurídica preexistente (...)"*.

La anulabilidad es, pues, una imperfección menos trascendente que la nulidad, pues así como ésta no produce los efectos propios deseados por las partes, el negocio jurídico afectado de anulabilidad produce ciertamente el efecto a que se dirige, ya que de momento contiene todos los elementos constitutivos indispensables, solo que en virtud de estar afectados algunos de estos elementos de un vicio fundamental, puede ser impugnados y, en consecuencia, destruido.

Mientras el acto anulable no sea anulado se le considera como válido y produce de momento todos sus efectos, requiriendo de sentencia judicial para que se declare como tal, la misma que tiene efecto retroactivo.

Producida la nulidad del acto anulable en virtud de la sentencia que la declara, el acto se tiene nulo desde su celebración, es decir, quedan extinguidos los efectos buscados y queridos con la celebración del acto.

IV.- VIA PROCEDIMENTAL.

El presente proceso deberá ser tramitado en la vía del **PROCESO DE CONOCIMIENTO**.

V.- MEDIOS PROBATORIOS:

1. Copia Legalizada de los documentos de Compra de American Deposits Receipts (ADR's) como título justificativo de propiedad y consecuentemente legitimidad para obrar, los cuales obran en el expediente.
2. Copia simple del Informe original elaborado por la empresa auditora *KPMG Caipo y Asociados Auditores*, denominado "Dictamen de los Auditores Independientes Banco Wiese Ltda. 31 de diciembre de 1997, 1998 y el de *Hansen-Holm, Alonso & Co* respecto del ejercicio 1999 a conocimiento de CONASEV, el cual obra en el expediente.
- 3.- Original del Informe N°I del Trabajo Especial e Informe N°II de Información Complementaria al Trabajo Especial de Análisis de los American Deposits Receipts del Banco Wiese Ltda elaborado por *Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores*, de fecha 14 de noviembre del 2000, el cual obra en el expediente.
- 4.-Copia Legalizada del Informe Peritaje de Daños, elaborado por *Gilberto Muñoz Sarmiento* que sustenta los daños y perjuicios ocasionados, tanto el daño emergente como lucro cesante, de fecha 26 de diciembre del 2000, el cual obra en el expediente.

- 5.- Copia simple de la comunicación del Banco de Inversión *Salomon Smith & Barney*, sobre el detalle del comportamiento de las cotizaciones de los ADR's, el cual obra en el expediente.

- 6.- Original del Proyecto de Factibilidad de Inversión en Sector Hidrocarburífero, Refinería Berde, Santa Cruz, Bolivia, titular del suscrito, el cual obra en el expediente.

- 7.- Copia de los reportes periódicos concernientes a Bloomberg News Financial, Diario Correo y del Diario El Comercio.

VI.- ANEXOS:

- 1.A. Copia del documento de identidad del suscrito.

- 1.B.- Acta de Conciliación expedida por el Centro de Conciliación del Cono Norte CECONORTE.

- 1.C.- Copia Legalizada de los documentos de Compra de American Deposits Receipts (ADR's) como título justificativo de propiedad y consecuentemente legitimidad para obrar, los cuales obran en el expediente.

- 1.D.- Copia simple del Informe original elaborado por la empresa auditora *KPMG Caipo y Asociados Auditores*, denominado "Dictamen de los Auditores Independientes Banco Wiese Ltda. 31 de diciembre de 1997, 1998 y el de *Hansen-Holm, Alonso & Co* respecto del ejercicio 1999 a conocimiento de CONASEV, el cual obra en el expediente.
- 1.E.- Original del Informe NºI del Trabajo Especial e Informe Nº.II de Información Complementaria al Trabajo Especial de Análisis de los American Deposits Receipts del Banco Wiese Ltda elaborado *por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores*, de fecha 14 de noviembre del 2000, el cual obra en el expediente.
- 1.F.- Copia Legalizada del Informe Peritaje de Daños, elaborado por *Gilberto Muñoz Sarmiento* que sustenta los daños y perjuicios ocasionados, tanto el daño emergente como lucro cesante, de fecha 26 de diciembre del 2000, el cual obra en el expediente.
- 1.G.- Copia simple de la comunicación del Banco de Inversión *Salomon Smith & Barney*, sobre el detalle del comportamiento de las cotizaciones de los ADR's, el cual obra en el expediente.
- 1.H.- Original del Proyecto de Factibilidad de Inversión en Sector Hidrocarburífero, Refinería Berde, Santa Cruz, Bolivia, titular del suscrito, el cual obra en el expediente.

- 1.I.- Copia de los reportes periodísticos concernientes a Bloomberg News Financial, Diario Correo y del Diario El Comercio.
- 1.J.- Copia simple de la resolución N° 12 del Expediente 16661-01, que declara en el noveno considerando la no prescripción de nuestro acción.

POR TANTO:

Sírvase, señor Juez, acceder a lo solicitado.

PRIMER OTROSI DIGO.- En lo referente a la Prescripción de nuestra acción hacemos de su conocimiento que mediante resolución número Doce de fecha 20 de marzo de 2002, del expediente N° 16661-2001, se señala que el plazo prescriptorio para la interposición de la demanda corre a partir del informe técnico de Estudio Económico de la firma Saavedra Levau & Asociados de fecha 14 de noviembre de 2000 en adelante, fecha cierta en la que tomamos cabal conocimiento de la dolosa actitud que tuvo la demandada con los inversionistas que fueron perjudicados, uno de los cuales fue mi persona, con la emisión de las ADR's en la Bolsa de Nueva York.

Dicha resolución, en lo respecta al plazo prescriptorio quedó firme y consentida, siendo interrumpida por la invitación a Conciliar dirigida al Banco Wiese Sudameris con fecha 29 de marzo de 2001, de acuerdo a los artículo 6° y 9° de la Ley de Conciliación y normas modificatorias, por lo tanto al no configurarse el plazo de la prescripción de la acción, estipulado en el artículo 2001 inciso 4° del Código Civil, nuestro derecho de acción está incólume.

SEGUNDO OTROSI DIGO.- En segundo término, señor Juez, como lo hemos expresado en NUESTRA PRETENSIÓN PRINCIPAL CORRESPONDIENTE A LA

LA ANULABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO, en vista de la existencia del dolo cometido por la demandada, ésta da como consecuencia la correspondiente nulidad del Acto Jurídico, es en ese sentido que, de acuerdo al artículo 222° del Código Civil, el acto jurídico anulable es solicitado por aquel que tiene legítimo interés.

Por lo tanto declarada dicha condición, LA ANULABILIDAD del acto jurídico, previa indemnización por daños y perjuicios solicitado de acuerdo a nuestro petitorio, vuestra Judicatura en su oportunidad deberá declarar nulo el referido contrato de compra-venta suscrito entre las partes. Tal petitorio es equivalente al pedido de conciliación formulado al Banco Wiese Sudameris en el acta de Conciliación de fecha 04 de abril de 2001 y su aclaratoria de fecha 02 de abril de 2002 emitido por el Centro de Conciliación del Cono Norte.

TERCERO OTROSI DIGO.-Que, solicito se sirva notificar al demandado en el domicilio señalado en el presente recurso.

CUARTO OTROSI DIGO. -Que, a manera de aclaración y en respaldo de las pretensiones acumuladas de manera objetiva, originaria accesoria, procedo a dividir y seleccionar los medios probatorios adjuntos, en el sentido de señalar que para la pretensión principal consignada en el literal A del Petitorio, relacionada con la Anulabilidad del Acto Jurídico, en el supuesto de Dolo Contractual, corresponde los medios probatorios descritos en el Punto V de la demanda, numerales 1,2 y 3.

En cuanto a los medios probatorios de la pretensión accesoria consignada en el literal B del Petitorio, relacionado con el Pago de la Indemnización por Daños y Perjuicios conculcados, corresponde las pruebas descritas en el Punto V de la demanda, y en particular de los numerales 4, 5, 6 y 7, respectivamente.

QUINTO OTROSI DIGO.- De conformidad con el artículo 80° del CPC, delego las facultades de representación señaladas en el artículo 74° del mismo cuerpo legal, a los doctores Carlos Paitán Contreras, Augusto Villa Morelli, Daniel Ruiz Cernades, letrados que suscriben el presente escrito, declarando estar instruidos de la delegación que otorgo y de sus alcances. Asimismo, ratifico el domicilio real y procesal común.


SEXTO OTROSI DIGO.- Que, autorizo a los señores Omar Cárdenas Martínez, Fernando Correa Salas y Rosario Reyes Zapata quienes en forma indistinta, puedan tener acceso al expediente, recabar oficios, anexos, partes ,exhortos y en general, cualquier tipo de gestión ante vuestro Juzgado.

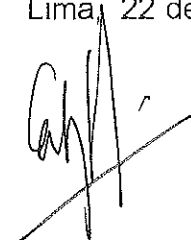
SEPTIMO OTROSI DIGO.- Que, adjunto el recibo de las Tasas Judiciales por concepto de ofrecimiento de pruebas.

OCTAVO OTROSI DIGO.- Que, adjunto tantas copias del presente escrito y cédulas de notificación para las partes involucradas en el proceso.

Lima, 22 de enero de 2003.


CARLOS PAITÁN CONTRERAS
Reg. C.A.L. 26558


DANIEL RUIZ CERNADES 42
ABOGADO
C.A.L. 34312




AUGUSTO VILLA MORELLI
ABOGADO
REG. C.A.L. 19132



ANEXO 2

PODER JUDICIAL DEL PERU Cargo de Ingreso de Escrito
JUZGADO CORPORATIVO
LIMA/LIMA
SIREJ (Centro de Distribución General)

Pág. 1 de 1
11/04/2003
16:27:13

Instancia: 15vo JUZGADO CIVIL Expediente: 2003-7314-0-0100-J-CI-15
F Inicio : 13/02/2003 16:13:03
Tipo Documento : ESCRITO
Fecha/Hora Ingreso: 11/04/2003 16:22:28 Hro.,Cédulas: 2
Folios Presentados: 37 Demandado
Presentado por : BANCO WIESE SUDAMERIS
Cédulas Notif : BA-2052832 / BA-2052830 /
Arancel/Depósito Judicial Tasa 349638 Monto : S/.,279,00
Sumilla : CONTESTA DEMANDA
Observaciones : ANXS. COMPLETOS ADJ. 01 SOBRE CERRADO Y COP. DEL ESC. CON ANXS.


Mendoza Escudero, Carlos E. - 128201
Ventanilla 10
Módulo 3
PISO 15

11 PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
Centro de Distribución General
EDIFICIO ALZAMORA VALDEZ
CDG. 11 ABR. 2003 CDG.
RECEPCIONADO
11

CARGO



BANCO WIESE SUDAMERIS

 Gruppo Intesa



Esp. Dr. Vásquez Flores
Exp. No.7314-2003
Cuaderno Principal
Escrito No.1
Contestación de Demanda

SEÑORA JUEZ DEL 15 JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LIMA:

BANCO WIESE SUDAMERIS, con R.U.C. No.20100043140, con dirección domiciliaria en la esquina que forman las calles Dionisio Derteano y Miguel Seminario, San Isidro, Lima y domicilio procesal en el ABONADO No.4689 del Departamento de Notificaciones del Colegio de Abogados de Lima, debidamente representado por su funcionario Dr. José Alfredo Gálvez Nández, con D.N.I. No.06268310 con dirección domiciliaria en Jirón Carabaya 543, Lima, en los seguidos por **CARLOS LIZIER GARDELLA**, sobre Anulabilidad de Acto Jurídico e Indemnización por daños y perjuicios, a Ud. respetuosamente decimos:

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Que sin perjuicio de la excepción de prescripción extintiva deducida mediante nuestro escrito de apersonamiento de fecha 14 de Marzo del año 2003, procedemos a contestar esta temeraria e insólita demanda, pidiendo concretamente a vuestro Juzgado que la misma sea declarada:

i) IMPROCEDENTE (argumento principal): Por cuatro razones:

- El objeto de la pretensión, esto es, **el contrato** de compraventa presuntamente “celebrado” por nuestro Banco, NO EXISTE. Tal inexistencia de objeto --conforme desarrollaremos más adelante-- evidencia que el petitorio es jurídicamente imposible (*no puede anularse un acto que no existe y el Sr. Lizier no ha probado la existencia del acto jurídico --el unicontrato-- cuya anulabilidad pretende, pues se ha limitado a anexar tan sólo seis boletas de venta emitidas por Wiese SAB por sus servicios en seis adquisiciones de ADR's por importes diminutos – ver Anexo 1-C de la demanda*).

- No existe conexión lógica entre los hechos evidenciados (seis contratos de compraventa encargados a la Agencia de Bolsa Wiese SAB) y el petitorio (anulabilidad de un contrato de compraventa).

- El sujeto que presuntamente celebró el aludido contrato de compraventa como parte vendedora no fue el Banco Wiese Ltda. Y ni siquiera lo fue el emisor de los ADR's, esto es, el banco *underwriter* JP Morgan, por la sencilla razón que fue éste quien colocó tales valores en el año 1994 a favor de inversionistas norteamericanos, quienes cinco años después (1999) tuvieron que haber ofertado los valores que finalmente habría adquirido el Sr. Lizier mediante seis operaciones distintas realizadas por montos distintos y en fechas distintas. En consecuencia, el Banco Wiese Ltda. no ha celebrado el unicontrato que es materia de la presente acción de anulabilidad.

- El sujeto presuntamente titular de los ADR's (el Sr. Lizier) sólo ha acreditado con simples boletas de venta emitidas por los servicios prestados por Wiese SAB, haber ordenado en seis oportunidades distintas la adquisición de ADR's a dicha agencia de bolsa. Sin embargo, la forma de acreditar la titularidad —valga la redundancia— de TITULOS VALORES, es con la tenencia de los mismos, no con su orden de compra al agente de bolsa. Y lo afirmado aquí no constituye un hecho nuevo, sino la evidencia de un grave defecto probatorio, pues dicha prueba DEBIÓ ofrecerla el Sr. Lizier en su demanda y no lo hizo.

ii) INFUNDADA (argumento subordinado): Señora Juez: sólo en el supuesto caso que usted estime considerar al Sr. Lizier como propietario de los ADR's no exhibidos, que considere además que el contrato de compraventa de tales títulos valores americanos existe y si finalmente determina que el Banco Wiese Sudameris fue el emisor e intervino como “parte vendedora”, pedimos a Ud, como posición subordinada, que esta demanda sea declarada infundada en todos sus extremos, por cuatro razones:

- La inexistencia de adulteración o manipulación de nuestros estados financieros;
- La activa intervención del *underwriter*, esto es, el emisor y colocador de los valores en el mercado americano, papel que recayó nada menos que en el prestigioso Banco JP Morgan;
- Que la situación del banco a fines de 1998 era conocida públicamente, pues atravesamos serios problemas de

credibilidad, con inclusive un sonado caso de pánico financiero difundido por el economista Dennis Falvy en el programa del periodista César Hildebrandt.

- Que con posterioridad a tales hechos, el demandante –como bien reconoce en la página 11 de su demanda-- tenía pleno conocimiento de la futura compra del Banco Wiese por parte de la *Banque Sudameris* y –hecho también reconocido-- sabía que esta última iba a inyectar capital al banco, siendo evidente que sus ADR's (expresión del capital social primigenio) tenían que devaluarse como efecto natural del ingreso de este nuevo socio mayoritario, como finalmente sucedió.

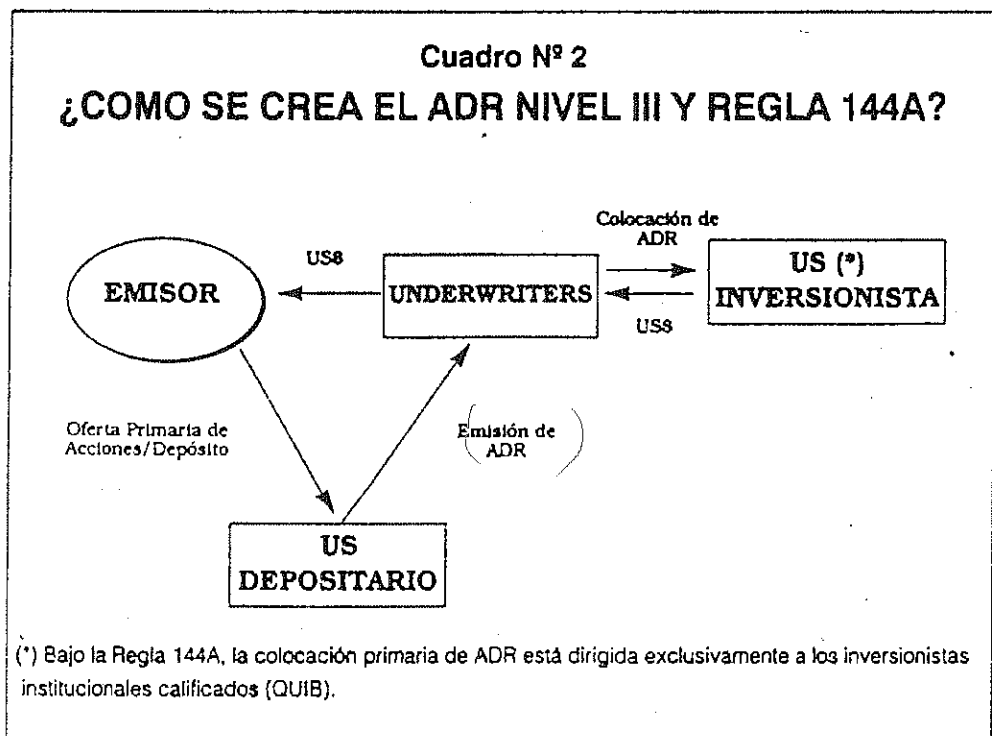
Ambos pedidos (principal y subordinado) conllevan la correspondiente condena en costas y costos contra este temerario demandante, conforme a los argumentos que desarrollaremos a continuación.

NUESTRA POSICIÓN EN CUANTO A LOS HECHOS EN QUE SE SUSTENTA ESTA DEMANDA

Señora Juez, con el ánimo que vuestro Juzgado pueda acceder a un conciso pero efectivo conocimiento de este instrumento financiero, definimos al ADR (*American Depositary Receipt*) como un certificado negociable en dólares americanos emitido por un banco norteamericano (un *underwriter*),¹ que representa las acciones de una compañía no norteamericana. Se trata en concreto de un documento de participación del capital de una empresa no estadounidense que brinda a sus tenedores los derechos y obligaciones inherentes al título original que representan (acciones), las cuales se encuentran depositadas en su país de origen en la bóveda de un banco custodio.

¹ Quizás el recurso más fácil para dar una idea general acerca de contrato de underwriting, consiste en apelar a una traducción semántica del verbo inglés. "To **underwrite**" que significa escribir, firmar. Obviamente, traducido a su contenido legal significará "asegurar" y eso es precisamente lo que se busca a través de esta intervención, que el emisor de los ADR's asegure al originador extranjero la colocación de sus valores en el mercado americano.

En otras palabras, los *American Depositary Receipts*, que en castellano serían algo así como RECIBOS DEPOSITARIOS AMERICANOS, o “Certificados o Recibos Americanos de Depósito en Custodia”, son nada menos que un recibo negociable expedido por un Banco Americano bajo leyes americanas y en dólares americanos, que deja constancia del depósito de determinados valores emitidos por una sociedad extranjera, sobre la base del depósito físico en custodia de estos valores extranjeros ante un banco del país de origen de los mismos (banco custodio). Como podrá verse, en este caso el banco custodio es el que tiene físicamente las acciones de la empresa peruana y garantiza su existencia y validez, acciones peruanas que son representadas por el ADR emitido por el banco americano, título valor que es adquirido por el inversionista americano. En conclusión: el ADR no es más que la expresión cartular de las acciones de la empresa peruana.



Como puede apreciarse de este cuadro, los ADR's son títulos valores americanos, emitidos por un banco americano (nuestro banco no es

americano) y bajo leyes americanas (ley del lugar de emisión), los cuales cotizan en la bolsa de New York y no en la Bolsa de Valores de Lima. Estamos Señora Juez, ante operaciones bursátiles de títulos valores americanos que si bien representan acciones emitidas por una empresa peruana, no pierden su calidad de tales.

1.- Los hechos y nuestra posición principal: DEMANDA IMPROCEDENTE

Para sustentarla, partimos de un análisis de los hechos invocados por el propio Sr. Lizier, proceso lógico y razonado que nos permitirá arribar a una aproximación de ubicuidad, la cual resulta elemental para que el Órgano Jurisdiccional pueda luego aplicar cabalmente el derecho que corresponda. Así, tal como vuestro Juzgado podrá apreciar de la razonada lectura del **PETITORIO** de la demanda, el Sr. Lizier invoca los siguientes hechos sobre los cuales sustenta sus pretensiones:

- i) **Alega un presunto “contrato de compraventa” de ADR’s:** Preguntamos ¿dónde está dicho “contrato”? (entendido éste como *“el acuerdo de voluntades destinado a...”*) ¿*acaso existe tal contrato?* En los medios probatorios ofrecidos (**Anexo 1-C** de la demanda), sólo se aprecia la copia de seis distintas boletas de venta emitidas por servicios prestados por Wiese SAB, las cuales responden a SEIS prestaciones de servicios para la realización de SEIS compras distintas de ADR’s celebradas en fechas distintas y por importes distintos (*esos son los “títulos justificativos de propiedad” a los que alude el Sr. Lizier en la pág.38 de su demanda*).

Preguntamos: *¿será esa la forma de acreditar el derecho de propiedad sobre títulos valores americanos? ¿Las órdenes de compra a una sociedad agente de bolsa son el título de propiedad del demandante? O acaso en la legislación americana (la cual rige la emisión y caracteres de estos títulos valores), su propiedad se*

puede acreditar con boletas de venta de servicios prestados sociedades agentes de bolsa extranjeras ¿?.

Esta grave deficiencia probatoria de por sí meritúa la improcedencia de la demanda. Téngase presente que no estamos alegando hechos nuevos, sino que simplemente estamos poniendo énfasis en una grave omisión probatoria por parte de quien se considera propietario de algo, titular de algo y por ende legitimado para pedir la anulabilidad de ese algo.

ii) Que tal presunto contrato fue “celebrado con el demandado” (el banco): Como podrá apreciarse de estas seis boletas de venta (*que responden a seis operaciones distintas realizadas en fechas distintas y por diminutos montos distintos*), en ningún extremo aparece nuestro Banco como vendedor de ADR's.

Por otro lado, de la propia definición de ADR se desprende que el emisor no es el Banco Wiese, sino un banco americano, esto es, el *underwriter* que los emitió. Dicho banco americano (en este caso el JP Morgan) es quien coloca --vende, transfiere, adjudica-- los mencionados títulos valores en primera instancia, a favor de los inversionistas norteamericanos. No así el Banco Wiese, pues somos un banco peruano que no celebra transacciones en el mercado bursátil americano. *Ergo*, mal podemos integrar la relación material subyacente al presunto “contrato” de compraventa cuya anulación se pretende. Por otro lado, habiéndose efectuado el íntegro de la colocación de ADR's en el mercado americano (año 1994), las adquisiciones de ADR's efectuadas en el año 1999 por el Sr. Lizier no pudieron haber sido realizadas sino frente los mismos inversionistas norteamericanos quienes inicialmente adquirieron tales valores directamente del emisor JP Morgan, siendo imposible

jurídicamente que hayamos sido nosotros quienes le hayamos “vendido” los ADR’s al Sr. Lizier.

Mención aparte merece el Acta de Conciliación Extrajudicial obrante en autos (Anexo 1-B de la demanda), en donde el Sr. Lizier, demostrando un inexcusable desconocimiento respecto a los hechos, emplazó no sólo a nuestro Banco, sino a todos y cada uno de los Directores del Banco Wiese Sudameris, a quienes les opuso una pretensión de “nulidad” de compraventa.

- iii) Que el Banco Wiese Ltda. celebró el contrato “por intermedio” de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB:** Conforme fluye de las boletas de venta por los seis servicios prestados por Wiese SAB al Sr. Lizier (prueba ofrecida por el propio Sr. Lizier en el Anexo 1-C de su demanda como sustento de su titularidad), las sendas relaciones materiales subyacentes a cada una de estas operaciones, no están integradas por el Banco Wiese Ltda. en la medida que WSAB fue intermediaria no del Banco, sino del Sr. Lizier.

Señora Juez, en el presente caso los ADR’s submateria fueron emitidos en los Estados Unidos de América por el banco americano JP Morgan (el *underwriter*), entidad que no es parte en este proceso. Por lo demás, no consta en lo absoluto que Wiese SAB sea “intermediaria” de nuestro Banco o haya actuado invocando tal calidad, pues por el contrario, actuó como agente del Sr. Lizier.

- iv) Que los ADR’s fueron “emitidos por la emplazada” (el banco).** Como ya hemos definido, estos instrumentos financieros son nada menos que títulos valores americanos emitidos por un *underwriter* americano (el Banco JP Morgan), documentos que representaron acciones de nuestro Banco depositadas en un banco custodio en

Lima, Perú. *Ergo*, nuestro Banco no es ni fue emisor de estos ADR's. En tal sentido, ***¿cómo el Sr. Lizier puede afirmar en su petitorio que el Banco Wiese es el emisor si en su propia definición de ADR establece que el emisor es un banco americano? ¿Lizier contra Lizier?***

Ese es el petitorio de la demanda y esa es la base fáctica en la cual se sustenta la proposición principal de anulabilidad de acto jurídico, la cual como es evidente motiva su improcedencia en la medida que no existiendo el contrato de compraventa cuya anulabilidad se pretende, el petitorio resulta jurídicamente imposible.

2.- Posición subordinada: DEMANDA INFUNDADA

Para llegar a este nivel, vuestro Juzgado tiene que haber previamente desestimado todos y cada una de los puntos controvertidos expuestos en nuestra posición principal.

En el evento negado que así sea, pasamos a exponer ante su despacho los argumentos bajo los cuales se deberá –emitiendo un pronunciamiento sobre el fondo-- declarar infundada esta temeraria demanda.

Para tal efecto, dejemos en claro ante vuestro Despacho los siguientes extremos no mencionados por el Sr. Lizier, a saber:

- i) Los mecanismos técnicos de seguridad que las leyes americanas exigen a aquellas empresas extranjeras que deseen ingresar al mercado bursátil americano mediante el sistema de ADR's;***

Lo cual descarta de plano que hayamos podido falsear o adulterar nuestros estados financieros, imputación que negamos categóricamente. Así, vuestro Juzgado ha de tener en consideración que nuestro

Banco, una empresa peruana que en 1994 se encontraba en plena etapa de expansión y con una generosa trayectoria en sus más de cincuenta años como integrante del sistema bancario nacional, cumplió en el año 1994 con todos los requisitos requeridos por la **Regla 144-A** que regula las emisiones primarias de oferta privada y que entre otros requisitos, exige la presentación de los balances AUDITADOS de los últimos dos años y los estados de ganancias y pérdidas y flujo de caja de los últimos tres años, información que debe ser similar a la presentación de los estados financieros preparados según los principios de contabilidad generalmente aceptados de los Estados Unidos (GAAP) y la Regulación S-X^{6/}.

A continuación, un sucinto cuadro sobre los principales pasos a seguir para la implementación de un programa de ADR:

2 PRINCIPALES PASOS A SEGUIR PARA LA IMPLEMENTACION DE PROGRAMAS DE ADR	
PASOS	RESPONSABLE
1. ELECCION: Banco Depositario, banco de inversión ^v , asesores legales, asesores contables, promotor.	Emisor.
2. REUNION: Definición del programa de trabajo a seguir.	Emisor, depositario, asesores contables, asesores legales, banco de inversión ^v , promotor.
3. Preparación y presentación a la SEC de la solicitud de excepción según el Formato 12g3-2(b) ^v . Formato 20-F ² . Formato F-1 ^v .	Emisor, depositario, asesores contables, asesores legales, banco de inversión ^v , promotor.
4. Presentación y aprobación de solicitud de aprobación a la Bolsa ^{v,2} .	Emisor, depositario.
5. Elaboración del acuerdo de depósito y presentación por el depositario del Formato F-6 al emisor para su revisión.	Emisor, depositario, asesores legales.
6. Requerimiento del número Cusip.	Depositario.
7. Preparación de certificados.	Depositario.
8. Elegibilidad del DTC.	Depositario.
9. Formación de precio ^v .	Banco de inversión ^v .
10. Día de cierre ^v .	Emisor, depositario, asesores contables, asesores legales, banco de Inversión ^v .
11. Inicio de negociación de los ADR.	Emisor, depositario, asesores contables, asesores legales, banco de inversión ^v .
12. Difusión y promoción. Anuncio a <i>brokers</i> e inversionistas.	Depositario, asesores legales, promotor.

1/. Programa ADR Nivel III (oferta pública). 2/. Programa ADR Nivel II. 3/. Programa ADR Nivel I y Regla 144A.
Fuente: Citibank, The Bank of New York. Elaboración: Gerencia de Análisis, Promoción y Desarrollo. (Conasev).

Señora Juez, una relación con mayor y puntual detalle de todos estos requisitos, obran en nuestro **Anexo 1-D** de este escrito, donde vuestro Juzgado podrá apreciar la interrelación de todos los agentes que intervienen sólo en los Estados Unidos, sin contar con los requisitos que nos exigió la CONASEV aquí en el Perú.

Fue así que al ser calificados como una empresa sólida, obtuvimos la certificación de la SEC de los Estados Unidos de América (*Securities and Exchange Commission*), entidad supervisora americana cuyas funciones equivalen a la CONASEV en dicho país y que sólo autorizan a aquellas empresas cuya solidez y solvencia sean de reputada proyección, la cual está demás decir, no significa que no puedan registrarse problemas posteriores debido a una difícil coyuntura propiciada por el incremento de la cartera pesada y por ende la importante elevación del nivel de provisiones (*las provisiones, Señora Juez, son las partidas contables que sirven como respaldo de las cuentas por cobrar de difícil realización, en el caso que se decida el castigo tributario de las mismas*).

Ahora bien, este rechazo a las imputaciones del Sr. Lizier no la basamos únicamente en nuestra palabra sino en los sendos informes anuales debidamente auditados que obran en los archivos de la CONASEV antes y durante el periodo de cotización de los ADR's en la NYSE (en nuestros medios probatorios estamos pidiendo que se oficie en tal sentido a dicha entidad), así como la certificación obtenida de la CONASEV y la correspondiente autorización de la SEC de los Estados Unidos de América (*Securities and Exchange Commission*), requisitos sin los cuales jamás habiéramos podido acceder vía ADR's al mercado americano.

- ii) La activa intervención del *underwriter*, esto es, el emisor y colocador de los valores en el mercado americano, papel que recayó nada menos que en el prestigioso Banco JP Morgan;

Como se podrá apreciar, no es posible ni sustentable engaño alguno en la emisión de estos ADR's, en la medida que tales filtros financieros de seguridad y la activa participación del *underwriter* JP Morgan rodearon a esta operación de todas las garantías necesarias.

No está demás precisar que para que un banco del prestigio internacional del JP Morgan asuma el papel de *underwriter* de una empresa oriunda de un país emergente, tuvo que haber tomado --como en efecto lo hizo-- todas las medidas de seguridad y de *due dilligence* previas respecto al Banco Wiese Ltda., ya que precisamente el prestigio del *underwriter* en el mercado americano fue lo que permitió nuestro temporal posicionamiento en el mismo.

Precisamente para demostrar el grado de seriedad con el que trabajamos la emisión de nuestros ADR's, es que acudimos a un banco pionero y hegemónico en este tipo de instrumentos financieros: el Banco JP Morgan, históricamente el primer banco de inversión que introdujo la utilización de este instrumento financiero. Así para ilustrar a vuestro Juzgado, el *American Depositary Receipt* (ADR) fue inventado en 1927 por el banquero norteamericano Junius Pierpont Morgan, nada menos que el famoso fundador del J.P. Morgan. Lo que pretendió este banquero fue buscar un mecanismo más fácil para cobrar los dividendos de acciones en el exterior. La idea surgió a raíz de las dificultades de algunos norteamericanos para cobrar las utilidades por las acciones que poseían de los almacenes londinenses Selfridge's.

Por aquel entonces, los poseedores de acciones en el extranjero estaban obligados a presentar un certificado acreditando ser parte del accionariado de determinada empresa fuera de los Estados Unidos,

para poder cobrar sus utilidades. Esto implicaba un largo viaje por barco varias veces al año. Morgan, para obviar este periplo, ingenió un mecanismo que permitió mantener las acciones de Selfridge's en custodia, mientras los accionistas extranjeros (en este caso norteamericanos) cobraban los dividendos en su país de residencia sin tener que moverse.

Por tal motivo, no se puede cuestionar la legalidad y transparencia de la emisión de nuestros ADR's, sin cuestionar a su vez la idoneidad, legalidad y transparencia del Banco emisor JP Morgan. Invitamos al Sr. Lizier a hacerlo.

iii) La concurrencia de eventos extraordinarios que mermaron seriamente la solidez del Banco Wiese Ltda., obligándolo a buscar la participación de inversionistas extranjeros en aras de obtener capital fresco, así como la participación del Estado. Esta situación era de público conocimiento mucho antes de la compra de los ADR's por parte del Sr. Lizier.

En este punto citamos un evento que fue públicamente conocido, ya que fue difundido a nivel nacional por un programa televisivo y que nos causó serios perjuicios y pérdida de imagen. Vuestro Juzgado podrá recordar este sonado caso de pánico financiero que allá por el año 1998 se generó a raíz de las declaraciones del conocido economista **Dennis Falvy**, quien lanzó en el programa de César Hildebrandt un apocalíptico análisis de solvencia y proyección negativa de nuestro Banco, el cual nos ocasionó una seria merma en nuestros depósitos y por ende en nuestras colocaciones, ya que tales declaraciones generaron una grave "corrida bancaria" que como no podría ser de otra forma afectó seriamente nuestra liquidez, situación que por su naturaleza fue imprevista por cualquier analista financiero. Señora Juez, una "corrida bancaria" puede ser nefasta para cualquier entidad del sistema financiero, razón por la que hoy las penas por este ilícito penal se han incrementado ostensiblemente.

- iv) La lógica simple y elemental que debe tener todo inversionista: si el Sr. Lizier –como bien admite en la demanda-- tenía conocimiento de la futura compra del Banco Wiese por parte de la *Banque Sudameris* y además sabía –hecho también admitido-- que esta última iba a inyectar nuevo capital al banco, estuvo en posibilidad de advertir que los ADR's que iba a comprar (documentos que representaban el capital social primigenio) tenía que devaluarse como efecto natural del ingreso de un nuevo socio mayoritario.

La reflexión que vuestro Juzgado deberá formularse es si el Sr. Lizier – quien además es un inversionista peruano y no americano--- estuvo o no en posibilidad de conocer que la integración patrimonial del Banco Wiese Ltda. con el ex Banco de Lima Sudameris se debió a la necesidad de requerir con urgencia un socio estratégico, situación a la cual fuimos forzados al extremo que el propio Estado Peruano intervino activamente prestando su aval y aportando capital fresco con respaldo de una titulización de nuestra cartera pesada. Y todo esto, se produjo ANTES de la mencionada reorganización simple con el ex Banco de Lima Sudameris. ¿No lo sabía acaso nuestro compatriota el Sr. Lizier? ¿Puede acaso suponer que si sus acciones con el capital antiguo valían 10, ahora con la nueva inyección de capital iban a “subir” de precio? Lógicamente que no, pues como producto de la reexpresión del capital social acorde con su nuevo valor, los ADR's (que representaban una importante porción del diluido capital primigenio) bajaron su cotización, esto es, fueron “licuados” por el nuevo capital que consolidó el patrimonio de nuestro Banco. El más claro ejemplo fue experimentado por la familia Wiese, quienes de ser los socios mayoritarios del Banco y ser prácticamente los dueños emblemáticos, pasaron a tener un porcentaje de lejos minoritario.

No existe en consecuencia tergiversación alguna en la información financiera de nuestro Banco, pues la situación del Banco era públicamente conocida ya en el año 1998 y era más que evidente que como producto del proceso de integración patrimonial con el ex Banco de Lima Sudameris (quien venía con intenciones de aportar una fuerte

cantidad de capital), el porcentaje de participación del capital primigenio (el capital representado en los ADR's americanos), tenía que DILUIR SU VALOR.

Este efecto, Señora Juez, es el que acontece en todo proceso de reorganización simple en donde un nuevo accionista aporta capital fresco a la empresa.

Finamente cabe preguntarse... **¿porqué compró ADR's un peruano residente en el Perú?** Señora Juez, los ADR's son títulos valores americanos destinados a ser colocados ante inversionistas del mercado americano. Ese es el mercado al cual están dirigidos. Es por ello que nos causa extrañeza que un peruano como el Sr. Lizier haya optado por esta adquisición, ya que si quería ser accionista del Banco Wiese Ltda, pudo acudir directamente a la Bolsa de Valores de Lima y comprar las acciones que se ofertaban públicamente, eludiendo inclusive el riesgo del tipo de cambio y las fluctuaciones de la NYSE pues los ADR's (títulos valores americanos) están cotizados en dólares.

Demás está indicar Señora Juez que todo negocio bursátil conlleva un riesgo inherente para todo inversionista ya que ningún balance o estado financiero garantiza de modo absoluto la viabilidad de una empresa y su permanencia en el liderazgo del sector.

Para finalizar Señora Juez; nos hemos visto obligados a formular estas precisiones por cuanto de la ampulosa exposición del Sr. Lizier respecto a la naturaleza y las bondades del instrumento financiero sub materia, advertimos que sólo se ha ocupado en desplegar una mera descripción del instrumento sin comprenderlo a cabalidad ni reparar en todos estos puntos. Señora Juez; si el Sr. Lizier tuviera clara la naturaleza del negocio, no hubiera expresado EN EL PETITORIO de su demanda que el Banco Wiese Ltda. fue el "banco emisor" de los ADR's cuya compra es materia del pedido de anulabilidad.

Es por tal motivo que además de reforzar la explicación sobre la naturaleza jurídica y operativa de los ADR's, hemos ilustrado a vuestro Juzgado respecto a aquellas exigencias y filtros de control financiero que las leyes americanas imponen a las empresas que deseen cotizar en él mediante estos recibos de depósito americano, medidas cuyo acatamiento resulta ineludible pues de lo contrario dicho mercado sería fácilmente invadido por empresas inescrupulosas en base a la simple manipulación de sus estados financieros, situación que descalificaría a la NYSE (*New York Securities Exchange*) como uno de los mercados bursátiles --sino el mejor-- más prestigiosos del mundo.

Es por tal razón que en nuestros medidos probatorios hemos pedido que se oficie a la CONASEV para que informe a su Despacho respecto a los informes auditados correspondientes a los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998. Como es evidente, los Auditores Externos independientes no se conforman "con repetir" las cifras o índices mostrados por la empresa auditada, sino que verifican, y corroboran que los datos consignados en los estados financieros respondan razonablemente a la real situación de la empresa. No olvidemos que quien estaba a cargo de esta emisión era nada menos que el banco americano JP Morgan cuya rigurosidad y profesionalismo en este tipo de negocios no pueden controvertirse con simples aseveraciones.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

a) En cuanto a los denominados "hechos de importancia"

El Sr. Lizier sin mayor reparo utiliza este concepto para aludir a la presunta "adulteración" de nuestros estados financieros (ver páginas 9 y 10 de su demanda). Preguntamos ¿será adecuado el uso de este concepto por parte del demandante? Veamos:

de Importancia e Información Reservada al que están sujetos los emisores de valores. (24/08/95)

Artículo 2.- Para los efectos del régimen establecido por el presente Reglamento se consideran Hechos de Importancia los acuerdos o decisiones, cualquiera sea el órgano competente para su adopción, que se refieran a cualquiera de los eventos que a continuación se mencionan:

a) Transformación, fusión, escisión o disolución del emisor; modificaciones en el objeto social; variaciones en el giro del emisor, aumento o disminución del capital social.

En el caso de aumento y disminución del capital social, el emisor deberá observar lo dispuesto en el Artículo 6o del presente Reglamento.

b) Cambios de directores, gerentes, administradores, miembros del Consejo de Vigilancia, liquidadores, así como representantes legales o apoderados que cuenten con facultades de disponer bienes de la sociedad o de obligarla.

c) Traslado de sede social al extranjero y/o iniciación de nuevas actividades, así como apertura o cierre de sucursales u otras dependencias similares.

d) Aprobación de estados financieros y memorías.

e) Aplicación o distribución de utilidades y/o entrega de beneficios en acciones, en efectivo y/o en especie.

f) Emisión de acciones, obligaciones o cualquier instrumento representativo de deuda, a ser colocado en el Perú y/o en el extranjero, mediante oferta pública o privada, como valor mobiliario o título valor.

Tratándose de emisiones por oferta privada se informará únicamente en los casos en los que el valor nominal de la emisión exceda el equivalente al 25% de su capital social pagado.

g) Inversiones en activos no corrientes que individualmente o en conjunto representen una cantidad igual o superior al 25% del capital social pagado del emisor; asimismo, programas de expansión o inversión, cuyo monto represente un incremento sustantivo con relación a su producción anterior o el 25% o más de su capital social pagado. En tales casos se informará también sus plazos estimados de ejecución, modificaciones y cancelación.

h) Elección de representantes de los accionistas ante Juntas Generales o Especiales, en los casos de sociedades de accionariado difundido.

i) Amortización o rescate anticipado de valores representativos de deuda o crédito, cuando excedan el 10% del monto total de la emisión, en forma individual o acumulada durante los últimos doce meses.

j) Endeudamiento por un monto que represente cuando menos el 25% del capital social del emisor, cualquiera sea su origen.

A dicho fin, el emisor deberá informar en la oportunidad en que la deuda individual o acumulada alcance el límite indicado en los últimos doce meses.

k) Otorgamiento de préstamos o garantías a favor de terceros, cuyo monto sea igual o superior al 15% del capital social pagado del emisor.

l) Retiro de alguno de los valores que el emisor tuviere inscritos en el Registro, así como la inscripción de un nuevo valor;

ll) Participación en programas de Recibo de Depósito Americano, así como la inscripción o retiro de los ADRs o GDRs en organismos supervisores del mercado de valores extranjeros y en las bolsas de valores en que éstos se transen. En los casos referidos, en cuanto sea aplicable, el emisor deberá presentar el prospecto del programa aprobado.

m) Constitución de subsidiarias, filiales o conglomerados.

n) Cambio en el valor nominal, amortización o redención de las acciones de capital o del trabajo, cuando represente, según sea el caso el 10% del capital social pagado o de la cuenta Participación Patrimonial del Trabajo, en forma individual o acumulada, durante los doce últimos meses, debiéndose precisar la fecha de canje, en los casos que fuere aplicable.

ñ) Determinación de fecha de corte o último día de negociación con derechos y fecha de entrega de acciones, dividendos u otros beneficios.

o) Fecha de entrega de certificados de suscripción preferente. Las Instituciones bancarias y financieras no están obligadas a informar los hechos de importancia a que se refieren los incisos j) y k) de este artículo. Asimismo, no están obligadas a informar la emisión de certificados de moneda extranjera y certificados negociables cuando se realice mediante oferta privada.

En el supuesto que por causas justificadas el emisor no pueda cumplir con la entrega de acciones, dividendos y otros en las fechas que hubiere señalado, deberá informar las causas o razones que imposibiliten dicha entrega así como la nueva fecha fijada, al día hábil siguiente de producido el hecho o de determinado el escenario que imposibilitará el cumplimiento de dicha entrega, a más tardar a las 17.00 horas.

Este precepto es nada menos que la norma sustantiva impuesta por la R. CONASEV No 307-95-EF/94.10 (Reglamento de Hechos de

Importancia e Información Reservada al que están sujetos los emisores de valores), la cual como podemos apreciar no alude de modo alguno al contenido de los estados financieros, sino en estricto, a otros eventos concretos debidamente detallados, entre los cuales destaca “la aprobación” misma de los estados financieros, la cual –como hecho de importancia– siempre ha sido materia de reporte tanto a la CONASEV como publicados con la periodicidad dispuesta por la ley en el Diario Oficial El Peruano.

b) En cuanto al presunto DOLO de nuestra parte (que lo indujo a adquirir los ADR's)

El Sr. Lizier invoca perjuicio a raíz de una supuesta mal información de nuestra situación patrimonial, lo que supuestamente lo indujo a invertir en la adquisición de valores. A este efecto, invoca el Art.210 del Código Civil:

DOLO CAUSANTE DE ANULACION

Artículo 210º.- El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

(...)

Lo que no expresa el Sr. Lizier –obviamente por conveniencia propia– es que a fines del año 1998 ya la situación del Banco Wiese Ltda. no era del todo óptima y en el año 1999 ya se hablaba de la búsqueda de un socio estratégico, situación que era de perfecto conocimiento del Sr. Lizier, quien inclusive ha admitido este hecho en su demanda. Era en tal sentido previsible que un aporte patrimonial proveniente de un nuevo socio diluiría el valor de los ADR's, expresión monetaria de una parte importante del capital social primigenio.

El Sr. Lizier sostiene además que DOLOSAMENTE implementamos una campaña publicitaria para promover a la institución, habiendo falseado nuestros estados financieros lo cual lo indujo a error determinante a la hora de adquirir los ADR's sub materia. Negamos tal imputación de

manipulación de balances, pues el hecho que hayamos tenido que realizar ajustes en el mismo se debió a la coyuntura previa al proceso de integración con el ex Banco de Lima Sudameris. Asimismo, negamos que hayamos incurrido en publicidad engañosa, pues una cosa es publicitar la mejora institucional y de solvencia del Banco como empresa, y otra muy distinta es la mejora del valor de las acciones de los accionistas primigenios, las cuales fueron prácticamente diluidas como efecto del nuevo aporte patrimonial efectuado por el socio mayoritario Banque Sudameris.

En atención a lo expuesto, vuestro Juzgado ha de tener presente que la razón por la cual se anula el acto infestado por dolo, es el error en que incurre uno de los declarantes. Así, el dolo tiene la característica de **ser intencional**; esto importa que el que utiliza la mentira sepa que el otro sujeto se está formando una errónea representación. Pero no ello no basta: lo característico para calificar la figura como causal de anulabilidad es que el comportamiento del agente doloso haya sido determinante en cuanto a la actitud adoptada por la parte engañada. "Falta en consecuencia el dolo si la parte conocía el verdadero estado de las cosas o si estuvo en posibilidad de conocerlo."

De las consideraciones expuestas podemos colegir que para que se configure el dolo determinante, los hechos constitutivos del mismo deben ser bastante graves para que un hombre sagaz y prudente haya podido ser engañado. Se considera que no merece protección la ignorancia crasa ni tampoco la simplicidad supina; considerándose para tal efecto la calidad del sujeto presuntamente engañado, en este caso, un inversionista peruano, dedicado al campo bursátil y a inversiones internacionales (pues siendo peruano adquirió ADR's americanos de una empresa peruana). No estamos en consecuencia ante una persona neófito en la materia, sino ante un inversionista que adquiere valores en la bolsa de New York, esto es, un profesional en el

rubro que inclusive (según su “peritaje de daños” tendría inversiones en Bolivia).

Preguntamos: ¿Quién ofertó los ADR's supuestamente adquiridos por el Sr. Lizier? ¿Acaso el Banco Wiese Ltda. lo “invitó” a comprar estos valores americanos? ¿Quién se los vendió en 1999? En la demanda no fluye en lo absoluto ningún elemento que acredite que nuestro Banco negoció una venta de ADR's con el Sr. Lizier, ya que es imposible jurídicamente que una persona jurídica venda sus propias acciones (sería como “autovenderse”). Por eso quien vende los ADR's es el *Underwriter*, quien ya asumió previamente el costo de tales títulos ante la sociedad originadora y como emitente procede a colocarlos (venderlos) en el mercado ante su selecta clientela. Ello explica el porqué no existe tampoco una declaración de oferta por parte de nuestro Banco, en la medida que nuestro Banco jamás fue propietario de los valores que años atrás el Banco JP Morgan había colocado en el mercado bursátil americano. Los propietarios Señora Juez, eran los inversionistas norteamericanos, pues toda la emisión de ADR's fue colocada en dicho mercado.

c) En cuanto a la pretensión indemnizatoria

Señora Juez; tal pretensión indemnizatoria es INFUNDADA por no reunir elementos de la Responsabilidad

Y es que para configurar un supuesto de responsabilidad civil, debe verificarse la concurrencia concomitante de tres elementos básicos:

- a) Daño cierto y jurídicamente tutelable (daño antijurídico)
- b) Factor atributivo de la responsabilidad (culpa o dolo)
- c) Nexo Causal (entre conducta y daño)

En primer lugar, la ley exige que este menoscabo consista en un **daño tutelable**, pues existen los menoscabos no tutelables o propios de

riesgos pre-asumidos, como lo son los riesgos bursátiles. Ante ello nos preguntamos *¿qué menoscabo de naturaleza tutelable ha tenido el accionante si toda la información financiera fue producto de sendos y permanentes due diligence efectuados por terceras personas (auditores independientes) y que determinaron el valor de nuestra empresa? ¿Podrá hablarse de daño ilícito cuando la pérdida de la utilidad de la inversión fluye de la oferta y demanda bursátil? ¿será un derecho tutelable para un adjudicatario de ADR's que su inversión no reditúe las ganancias esperadas?* Si así fuera, los inversionistas de la bolsa de valores de Lima inundarían el Poder Judicial con demandas indemnizatorias de este tipo, las cuales no pasan de ser vanos intentos efectistas deficientemente planteados por quien desconoce la real naturaleza jurídica de este tipo de emisiones.

Mención aparte merece el insólito **“peritaje de daños”** ofrecido como prueba por el Sr. Lizier (Anexo 1-F de su demanda), el cual ha sido practicado por el perito economista judicial Sr. Gilberto Muñoz, en donde sin el más mínimo sustento documentario ni técnico, arrojó la estratosférica suma de US\$.48'129,509.16 millones de dólares americanos como daño emergente y lucro cesante.

Así, el Sr. Gilberto en un peritaje que ni el propio Sr. Lizier lo ha creído (pues “sólo” nos ha demandado por US\$.15'000,000 millones de dólares), arribó a esta insólita conclusión en base a un presunto negocio de gas en Bolivia a cargo de una empresa TRINO GAS & OIL CO LTD, persona jurídica constituida en Panamá que según sostiene el Sr. Gilberto sin prueba alguna, es de propiedad del Sr. Lizier ¿habrá viajado el Sr. Gilberto a Bolivia? y todo en base a una presunta inversión de US\$.180,000 dólares (y eso que no ha incluido el presunto “daño moral” invocado por el Sr. Lizier), peritaje que ni siquiera nos molestaremos en impugnar pues es tan inverosímil que paradójicamente se ha convertido en una prueba para nuestra parte, una prueba que demuestra la

temeridad y falta de criterio del Sr. Lizier, cegado tal vez por su injustificada avidez de lucro.

En segundo lugar, no se ha probado la existencia de un factor atributivo de responsabilidad (dolo o culpa en la acción u omisión) respecto a nuestro Banco, pues el valor estimado y el valor proyectado de nuestra empresa fue determinado por terceros y no por nuestra institución. Señora Juez; es el mercado el que asigna el valor de las empresas, pues se pueden tener muchos activos, pero si no existe viabilidad o si se producen dificultades de gestión, el valor de la unidad de producción de flujos (valor del negocio) decrecerá.

En tal sentido, el factor atributivo de responsabilidad es el segundo elemento que debería concurrir para que se justifique el traslado a nuestro Banco del peso económico del hipotético daño (que como hemos demostrado en este caso, es hipotético, estratosférico y no tutelable pues estamos ante una inversión de naturaleza bursátil). No estamos ante un acto jurídico de naturaleza civil, sino ante un acto jurídico de naturaleza bursátil, comercial, que dicho sea de paso se celebró en la bolsa de valores de New York, bajo la rigurosidad de las leyes americanas.

Finalmente y analizando el tercer elemento (el nexo causal entre nuestra conducta y el hipotético daño), éste debe realizarse concatenadamente con los dos requisitos precedentes. Al respecto **MAZEAUD**² sostiene que:

"No es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil con que haya sufrido un perjuicio el demandante, ni con que se haya cometido una culpa por el demandado. Debe reunirse un tercer y último elemento: la existencia de un vínculo de causa-efecto entre la culpa y el daño: se precisa que el daño cometido sea la culpa cometida."

² MAZEAUD. "Responsabilidad Civil" Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Tomo 2-II, pag.1

Y cabe hacerse la pregunta: ¿existe relación de causa-efecto entre nuestro accionar y el hipotético daño? ¿Quién promocionó las bondades de los ADR's en el mercado americano? ¿No fue acaso nuestro *underwriter*, el JP Morgan? Por lo demás, al no existir daño tutelable ni culpa alguna como factor atributivo de responsabilidad, no podemos hablar de nexo causal que nos vincule pues NO EXISTEN LOS ELEMENTOS que se tienen que vincular (*no puede establecerse nexo causal entre una conducta no culposa ni dolosa y un resultado que no es antijurídico, pues como dijimos anteriormente, estamos ante una inversión bursátil efectuada por un inversionista en base a información proporcionada por analistas económicos y agentes de intermediación de sumo prestigio, amén de la intervención del Estado Peruano avalando esta operación*).

MEDIOS PROBATORIOS

Ofrecemos el mérito de:

1. El Calendario Sugerido para una Venta de ADR's según la regla 144A, elaborado por la firma Mayer, Brown & Platt, documento en donde consta detalladamente cuáles son los pasos a seguir en una emisión como la realizada por nuestro Banco (**Anexo 1-D** de este escrito).
2. El reporte Bloomberg sobre la evolución de los ADR's de los bancos peruanos Wiese, Crédito, Continental e Interbank, en donde se aprecia que la evolución de los mismos registran similar tendencia, debido a la recesión general por la que comenzó a atravesar el país, en donde los sujetos de crédito nacionales cada vez era menor (**Anexo 1-E** de este escrito).



3. El peritaje de daños obrante autos como **Anexo 1-F de la demanda**, en donde el Sr. Gilberto Muñoz (perito economista judicial) determinó que el daño ocasionado al Sr. Lizier asciende a la suma de **US\$.48'129,509.16 millones de dólares**, documento que prueba la seria inconsistencia de su propia pericia en la medida que la pretensión indemnizatoria materia de este proceso es de US\$.15,000,00 comprendiendo inclusive el presunto "daño moral".
4. El acta de conciliación extrajudicial obrante en autos como **Anexo 1-B de la demanda**, en donde el Sr. Lizier, demostrando un supino desconocimiento de la naturaleza jurídica del instrumento financiero adquirido (ADR), emplazó a todos y cada uno de los directores del Banco Wiese Sudameris para exigirles "la nulidad" de la compraventa, así como una indemnización solidaria por US\$.15'000,000.00 Este documento prueba, evidencia y demuestra fehacientemente que el Sr. Lizier incurrió en un negocio bursátil cuya naturaleza jurídica desconocía, ya que de otro modo no hubiera realizado tal emplazamiento extrajudicial.
5. El informe que deberá emitir la CONASEV, respecto a) al cabal cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos por parte del Banco Wiese Ltda. para efectos de obtener la autorización de acogerse al programa de cotización vía ADR's en el mercado bursátil americano, así como b) la información que le proporcionó sobre sus estados financieros auditados durante los años 1994, 1995, 1996 y 1997. Para este efecto, pedimos a vuestro Juzgado se sirva oficiar a dicha institución.
6. El mérito del dictamen evacuado por KPMG Caipo y Asociados Auditores, obrante en autos como **Anexo 1-E de la demanda**, en

donde consta que nuestros estados financieros fueron exhaustivamente revisados y mostraron razonablemente en todos sus aspectos, la situación financiera del Banco. Esta información precisamente es relevante en la medida que es la precedente a la fecha en que supuestamente el Sr. Lizier compró los ADR's en la NYSE.

7. La exhibición que deberá realizar el Sr. Carlos Lizier Gardella de la factura por honorarios profesionales que necesariamente tuvo que haber pagado al perito economista judicial Sr. Gilberto Muñoz, para que vuestro Juzgado pueda apreciar la seriedad de este profesional acorde con la magnitud del encargo, cuya relevancia atañe al presente proceso por cuanto ha sido ofrecido por el Sr. Lizier como prueba de los daños presuntamente irrogados por nuestro Banco.
8. La exhibición que deberá realizar el Sr. Carlos Lizier Gardella, de sus declaraciones juradas de impuesto a la renta correspondientes a los años 1996, 1997, 1998 y 1999, a fin de acreditar cuál es su nivel real de ingresos declarados ante la SUNAT y si éstos se condicen con el presunto lucro cesante que su propio peritaje de daños ha estimado en la suma de US\$.48'129,509.16 millones de dólares americanos.
9. La declaración de parte que deberá prestar en forma personal e indelegable el Sr. Carlos Lizier Gardella, conforme al pliego de preguntas que en sobre cerrado anexamos al presente escrito.

POR LO EXPUESTO:

A Ud. Señora Juez, pedimos se sirva tener por contestada la demanda.



OTROSI DECIMOS: Conforme a lo dispuesto por los Arts.695 y 425 inc.3 del Código Procesal Civil, adjuntamos los siguientes anexos:

Anexo 1-A: Copia legible del R.U.C. de nuestro Banco.

Anexo 1-B: Copia legible del D.N.I. de nuestro representante legal.

Anexo 1-C: Acta de directorio legalizada notarialmente donde constan las facultades de nuestro funcionario.

Anexo 1-D: El Calendario Sugerido para una Venta de ADR's según la regla 144A, elaborado por la firma Mayer, Brown & Platt.


Anexo 1-E: El reporte Bloomberg sobre la evolución de los ADR's de los bancos peruanos Wiese, Crédito, Continental e Interbank

Anexo 1-F: Pliego en sobre cerrado.

SEGUNDO OTROSI: Adjuntamos la tasa judicial por ofrecimiento de pruebas, así como copia de la presente contestación y anexos.

Lima, 10 de Abril del año 2003

BANCO WIESE SUDAMERIS

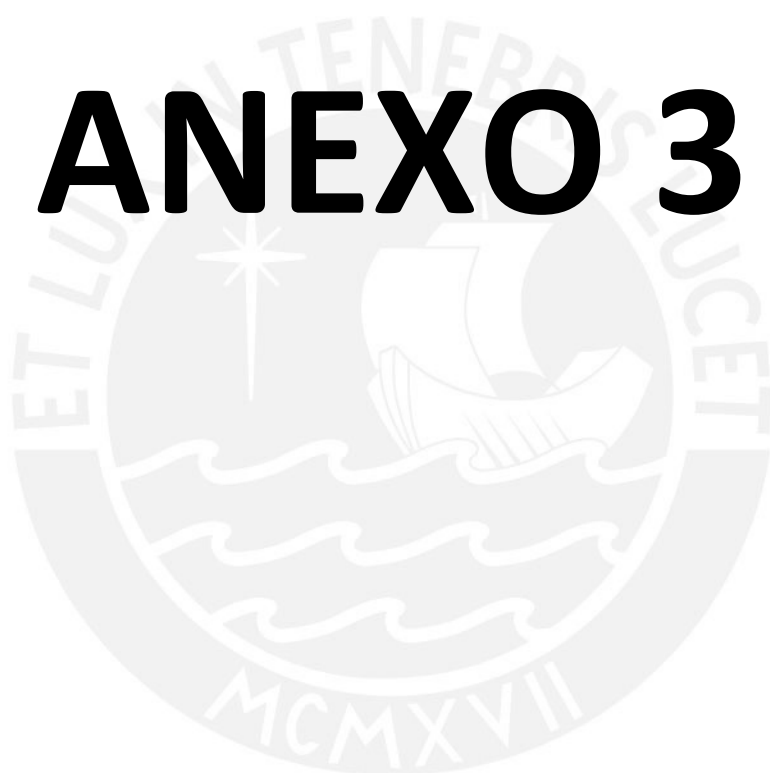


ALFREDO GALVEZ ÑAÑEZ
Abogado
Reg. C.A.C. 4370



JOSE ALFREDO GALVEZ ÑAÑEZ
Apoderado General
Dpto. de Control

ANEXO 3



Edif. Javier Alzamora Valdez



NOTIFICACION N° 681813-2009-JR-CI

EXPEDIENTE 07314-2003-0-1801-JR-CI-15 JUZGADO 15vo JUZGADO CIVIL
JUEZ VARGAS GARCIA, CARLOS ANGEL ESPECIALISTA LEGAL CARHUACHIN SICCHA, NELLY
MATERIA NULIDAD DE ACTO JURIDICO

DEMANDANTE : LIZIER GARDELLA, CARLOS
DEMANDADO : SCOTIABANK PERU SAA ANTES BANCO SUDAMERIS ,

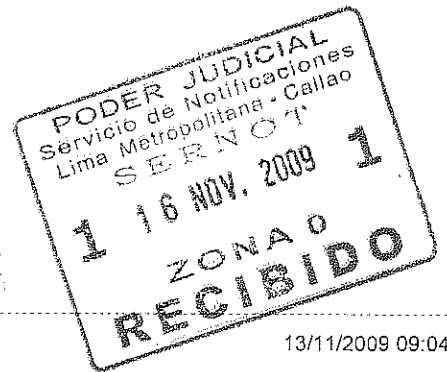
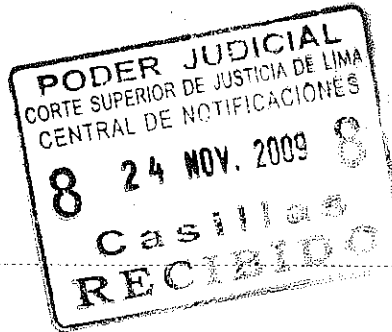
DESTINATARIO SCOTIABANK PERU SAA ANTES BANCO SUDAMERIS

CASILLA : CASILLAS DE CSJ DE LIMA - N° 14270 - / /

Se adjunta Resolucion VEINTITRES de fecha 30/10/2009 a Fjs: 14
ANEXANDO LO SIGUIENTE:
COPIA DE RESOLUCION N° 23

0066288

13 DE NOVIEMBRE DE 2009



PODER JUDICIAL DEL PERU
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LIMA

Edif. Javier Alzamora Valdez

13/11/2009 09:04:03

Pag 1 de 1



NOTIFICACION N° 681813-2009-JR-CI

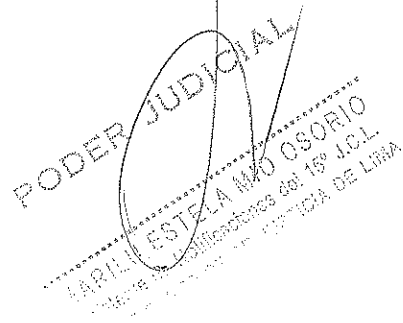
EXPEDIENTE 07314-2003-0-1801-JR-CI-15 JUZGADO 15vo JUZGADO CIVIL
JUEZ VARGAS GARCIA, CARLOS ANGEL ESPECIALISTA LEGAL CARHUACHIN SICCHA, NELLY
MATERIA NULIDAD DE ACTO JURIDICO

DEMANDANTE : LIZIER GARDELLA, CARLOS
DEMANDADO : SCOTIABANK PERU SAA ANTES BANCO SUDAMERIS ,

DESTINATARIO SCOTIABANK PERU SAA ANTES BANCO SUDAMERIS

CASILLA : CASILLAS DE CSJ DE LIMA - N° 14270 - / /

Se adjunta Resolucion VEINTITRES de fecha 30/10/2009 a Fjs: 14
ANEXANDO LO SIGUIENTE:
COPIA DE RESOLUCION N° 23



13 DE NOVIEMBRE DE 2009

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Décimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima

EXPEDIENTE : 07314-2003
DEMANDANTE : CARLOS LIZIER GARDELLA
DEMANDADO : SCOTIABANK PERU S.A.A.
MATERIA : NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
JUEZ : CARLOS ANGEL VARGAS GARCÍA
ESPECIALISTA : NELLY CARHUACHIN SICCHA

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: VEINTITRES

Lima, treinta de de octubre del dos mil nueve.-

VISTOS; el proceso seguido por Carlos Lizier Gardella contra Scotiabank Perú S.A.A. (antes Banco Wiese Sudameris) sobre Nulidad de Acto Jurídico.

Resulta de autos:

De la demanda: Que, por escrito de Fojas 394 á 435, Carlos Lizier Gardella demanda como pretensión principal la anulabilidad del Contrato de Compra Venta de acciones del Banco Wiese Ltda, mediante el sistema de ADR's (American Depositary Receipts) por un monto aproximado de US\$ 180,000.00 Dólares Americanos, que se habría celebrado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB, en Lima Perú y; asimismo, como pretensión accesoria, demanda el pago de US\$ 15'000,000.00 millones de dólares americanos, por concepto de daños y perjuicios causados, derivado del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral, más el pago de costas y costos del proceso; alega que dicho acto jurídico adolecería de un vicio en la manifestación de la voluntad por dolo contractual imputable exclusivamente al demandado, debido a que éste habría ocultado dolosamente información sobre la verdadera situación patrimonial del banco, que las acciones ofertadas por el Banco Wiese Ltda, fueron bajo el sistema de ADR's en el Nivel III y que el demandante invirtió aproximadamente US\$ 180,000.00 dólares americanos con fecha 06 de enero de 1999, a través de la sociedad Agente de Bolsa del propio Banco Wiese Ltda; que, el

PODER JUDICIAL

CARLOS ANGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
MARILESTELA MANSOUR
Abogada Inscripción del Poder Judicial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Banco Wiese Ltda. fue la primera empresa peruana en acceder a programas de emisión de ADR's, cotizado sus valores en el mercado de EE.UU., el 20 de Setiembre de 1994, específicamente, 2'369,752 ADR's Nivel III, representativos de 11'104,718 acciones, donde cada ADR's representa cuatro (04) acciones ordinarias primarias del Banco Wiese Ltda.; que, adquirió tales valores de buena fe y por el sustento de información sobre el comportamiento de los Estados Financieros disponibles de los años 1994 al 1997 y, el primer semestre de 1998, pero que los resultados finales de 1998 se conocieron recién en marzo de 1999; que el Banco Wiese Ltda. había puesto en conocimiento de la CONASEV y Superintendencia de Banca y Seguros, así como en los medios de la prensa escrita, estados que reflejaban una situación patrimonial del emisor estable, con una leve tendencia a la baja, pero sin mayores discrepancias entre los Estados Financieros de los indicados años; pero que ello quedó posteriormente desvirtuado, porque contenían información adulterada sobre la situación patrimonial del Banco, que permitieron sobrevaluar los valores mobiliarios consistentes en acciones representadas por Certificados ADR's, conforme se conoció posteriormente, en la oportunidad en que se concreta la fusión con el Banco Sudameris, por que se establece que no era cierta la situación patrimonial que constaban en los Balances mencionados; que se había ocultado la verdadera situación, puesto que los ejercicios económicos de los años 1995, 1996, 1997, en especial los de los años 1998 y 1999, dolosamente habían sido manipulados; que esta conducta dolosa por parte del Banco demandado le ha ocasionado una pérdida económica por concepto de lucro cesante, daño emergente y por daño moral, por un monto de US. \$ 15'000,000.00, que considera debe abonarle el demandado como resarcimiento por los perjuicios irrogados, por cuanto la inversión en los Certificados ADR's le debía redituar una utilidad del 65%, que se emplearía para garantizar un Proyecto Hidrocarburífero que se frustró, porque la inversión arrojó pérdidas;

Del trámite del proceso: admitida la demanda se corrió traslado por el término de Ley a la demandada Scotiabank Perú, que absuelve el trámite con escrito corriente de fojas 461 á 486, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por los

PODERADO

CARLOS ANGEL VARGAS GARCIA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

fundamentos de hecho y de derecho que invoca, fundamentalmente por que expresa que los ADR's son títulos valores americanos, emitidos por un banco americano, bajo leyes americanas (Ley del lugar de emisión), los cuales se cotizan en la bolsa de Nueva York y no en la Bolsa de Valores de Lima; que el contrato de compraventa no existe, que la parte demandante no ha presentado ningún contrato en el que intervenga el Banco demandado habiéndose limitado a presentar como prueba seis boletas de venta emitidas por Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB por sus servicios en seis adquisiciones de ADR's por importes diminutos; señala que el sujeto que presuntamente celebró el aludido contrato de compraventa como parte vendedora no fue el Banco Wiese Ltda., que no fue el emisor de los ADR's, que fue otro Banco, el Banco de Inversión JP. Morgan el que colocó tales valores; que la situación del Banco a fines de 1998 era conocida públicamente, pues atravesaban serios problemas de credibilidad, de lo que el demandante tenía pleno conocimiento así como de la futura compra del Banco Wiese por parte del Banco Sudameris y que éste último inyectaría capital al banco, siendo evidente que por ello los ADR's tenían que devaluarse por el efecto natural del ingreso de este nuevo socio mayoritario, como finalmente sucedió; agrega que los ADR's fueron emitidos en los Estados Unidos de América por el Banco Americano JP. Morgan, no constando que Wiese SAB sea "intermediaria" de nuestro Banco o que haya actuado invocando tal calidad, por el contrario actuó como agente del demandante; que se formulan la pregunta ¿Por qué compro ADR's un peruano residente en el Perú?, si los ADR's son títulos valores americanos destinados a ser colocados para inversionistas del mercado americano, mercado al cual están dirigidos y que les causa extrañeza que un peruano como el demandante, haya optado por esta adquisición, ya que si quería ser accionista del Banco Wiese Ltda, pudo acudir directamente a la Bolsa de Valores de Lima y comprar las acciones que se ofertaban públicamente; que asimismo, se formuló la excepción de prescripción extintiva respecto de la pretensión principal de anulabilidad de acto jurídico contenida en la demanda, la cual por resolución numero nueve del cuaderno de excepciones fue declarada infundada y saneado el proceso y, en consecuencia, se verificó la existencia de una relación jurídica procesal válida y,

POWER JUDICIAL

CARLOS ANGEL VARGAS GARCIA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Carga y Valoración de la Prueba: Que, conforme a lo establecido por los artículos 196 y 197 del Código Procesal Civil la carga de la prueba le corresponde a los justiciables que afirman los hechos que configuran su pretensión y a las partes que lo contradicen alegando nuevos hechos; siendo función del juez valorar todos los medios probatorios en su conjunto y utilizando su apreciación razonada; sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

SEGUNDO: Sobre la materia controvertida:

Que, en el artículo 210° del Código Civil se establece que el dolo es causal de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto, lo cual es concordante con el artículo 221° numeral 2 y artículo 222° del mismo texto legal donde se señala que el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación y que acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que así lo declare. Asimismo, en el artículo 1318° del mismo código o cuerpo legal se establece que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación y en el artículo 1321° y 1322° se establecen la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante y el daño moral, de ser el caso.

TERCERO: Puntos materia de controversia y probanza: Que, del Acta de Audiencia de Conciliación de fojas 537 y 538 se desprende que como punto de controversia se fijó: 1) Determinar si existe el contrato, teniéndose en cuenta la naturaleza de la pretensión, 2.-) Si corresponde declarar la anulabilidad por causal contenida en el Art. 221° inc. 2 y en el Art. 222° del Código Civil, del contrato de compraventa celebrado con el demandado por intermedio de la Empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB en Lima, por las acciones del Banco Wiese Ltda mediante el sistema de ADR´s (American Depository Receipts) celebrada con fecha 6 de Enero de mil novecientos noventa y nueve; y como pretensión accesoria a la pretensión principal, 4) determinar si corresponde el pago de US\$ 15´000,000.00

PODER JUDICIAL

CARLOS ÁNGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

por concepto de daños y perjuicios causados, derivado del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral; actuadas las pruebas admitidas y habiendo cumplido las partes con formular sus alegatos escritos, el estado del presente proceso es el de expedir sentencia.

CUARTO: Que, de conformidad con lo previsto por el Art. 143º del Código Civil, cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente; y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 225º del mencionado cuerpo de leyes, no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo; **SEGUNDO:** Que, en el presente proceso, el acto jurídico cuya anulabilidad se demanda, consiste en la compra por el demandante, a través de una persona jurídica debidamente autorizada en el Perú para intervenir en el Mercado de Valores, de unos Certificados denominados ADR´s colocados mediante Oferta Pública en el Mercado Bursátil de los Estados Unidos de Norteamérica, los que representaban cuatro acciones del Banco Wiese Ltda. cada uno, para su adquisición por inversionistas extranjeros y originarios de dicho País;

QUINTO: Que, debe tenerse presente el precepto contenido en el Art. 1380º del Código Civil, en cuanto a la aceptación tácita de ofertas que no requieren respuesta previa para su ejecución por el obligado a cumplirla una vez instruidas éstas, estando a los usos y costumbres en el mercado de valores;

SEXTO: Que, con las instrumentales referidas a las Boletas que en copias legalizadas corren de fojas 193 á 198, adjuntas a la carta de fecha 20 de Enero de 1999, que le dirige al demandante la Sociedad Agente de Bolsa Wiese, debidamente firmada, informándole que han cumplido con adquirir las acciones del mencionado Banco a su nombre, representadas en los Certificados ADR´s puestos en venta mediante Oferta Pública en la Bolsa de Nueva York, por un valor total de US. \$180,000.00 se ha acreditado la operación de compra de dichos Certificados ADR´s a través de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese y, en consecuencia, la existencia del contrato de compra de acciones del banco demandado;

SÉTIMO: Que, en este punto, se debe indicar que con arreglo a las disposiciones legales que norman el Mercado de Valores del Perú y la participación de la Bolsa de

PODER JUDICIAL

CARLOS ANGEL VARGAS GARCIA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Valores, contenidas en el D. Legislativo N° 861 de fecha 22 de Octubre de 1996, vigente a la fecha de la operación bursátil, las Sociedades Agentes de Bolsa son los únicos intermediarios autorizados, a las que se les otorga expresa autorización para estos efectos a través de los mecanismos centralizados de negociación que operan en la Bolsa, con sujeción a las disposiciones relacionadas con la transparencia del mercado, tales como responsabilidades de los Agentes de Bolsa así como de las empresas titulares de las acciones o valores que se negocian en la Bolsa, normas que son las que se deben tener presente por ser las aplicables en el mercado de valores de nuestro País, entendiéndose en este contexto que la Wiese SAB se constituyó en el agente comisionista encargado por el banco demandado para la venta de sus acciones, negociadas a nivel local e internacional como en el presente caso vía ADR's;

OCTAVO: Que, de otro lado, las entidades financieras, bancarias, del sector privado y otras personas jurídicas, que solicitan la colocación de sus acciones en el mercado de valores, para su adquisición por terceros mediante cotizaciones a través de la Bolsa de Valores, están obligadas a presentar información necesaria y suficiente de los hechos de importancia a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV, con arreglo a las disposiciones contenidas en la Resolución COSNASEV N° 307-95-EF/94.10, así como, para el caso que nos ocupa, las operaciones con ADR's, deben tenerse presente las normas contenidas en la Resolución CONASEV N° 358-93-EF/94.10, que rige en el Perú, la que además debe aplicarse porque la operación de compra se hizo a través de una Empresa Agente de Bolsa peruana;

NOVENO: Que, los hechos y resultados sustanciales que las empresas deben informar, está directamente referida a la publicidad de todo tipo de información destinada a posibilitar en el inversionista la correcta toma de decisión sobre la inversión que realizará, de manera que resulta que para el caso del Banco demandado, es de su exclusiva responsabilidad la veracidad o la falsedad de la información que suscribe, puesto que la información contenida en los Estados Financieros que semestralmente publica y cada fin de año aprueba, los hace de

PODER JUDICIAL

CARLOS ÁNGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

conocimiento de la Entidad Tributaria, de la CONASEV y de la Superintendencia de Banca y Seguros;

DÉCIMO: Que, de acuerdo con lo anterior, puede colegirse que fueron los Estados Financieros que había aprobado y publicitado el Banco demandado por los años 1994, 1995, 1996, 1997 y por el primer semestre de 1998, los que sustentaron su situación financiera y los que a su vez determinaron el valor de la cotización de las acciones del Banco demandado vía oferta pública, tanto en el mercado nacional como en la Bolsa de Nueva York, bajo el sistema de Certificados ADR´s adquiridos por el demandante, los que se rigen bajo el principio de la oferta y la demanda; oferta y demanda que es íntimamente dependiente de los estados financieros de la institución involucrada;

DÉCIMO PRIMERO: Que, asimismo, la cotización del valor de las acciones de las empresas bursátiles está nítidamente marcado por las noticias e información financiera, administrativa u otra índole relativa a éstas; y, asimismo, de fojas 156 á 162 y a fojas 385 y 386, obra la información propalada a través de diversos medios escritos por las gerencias del Banco demandado y de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese SAB integrante de su grupo económico, intermediaria en la presente operación bursátil, referida a que la fusión con la nueva banca produciría una mayor disponibilidad de líneas de crédito, maximización de beneficios y reducción de la morosidad, así como reducción de costos de hasta U\$80 millones de dólares el primer año de operaciones, información que en su conjunto enmascaraba confianza, eficiencia, seguridad económica y financiera e incremento de utilidades, factores determinantes para la toma de decisión de un inversionista, debiendo considerarse, además, que la fuente de origen de dicha información eran altos ejecutivos de la institución con conocimiento del negocio, expresiones que posteriormente se ha verificado eran contrarias a la realidad, puesto que no coincidían con la verdadera situación económica del Banco demandado;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, el demandado en su escrito de contestación de la demanda pretende sustentar la caída en la cotización de los ADR´s en la incorporación de capitales nuevos producto de su fusión con el Banco Sudameris,

PODER JUDICIAL

CARLOS ÁNGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

pero dicha aseveración no tiene sustento lógico, por cuanto la suma de los capitales de dos instituciones debe producir normalmente un incremento lineal, en el número de acciones o en el valor unitario de las mismas, equivalente al total del patrimonio acumulado de ambas;

DÉCIMO TERCERO: Que, asimismo, el demandado se contradice cuando plantea un cuestionario de preguntas por su incomprensión acerca de las razones por las que un ciudadano peruano residente en el Perú compra títulos valores americanos, sin considerar que quién comercializó e invitó a efectuar dichas operaciones bursátiles en el Perú fue el propio Banco Wiese Ltda., a través de su Sociedad Agente de Bolsa Wiese SAB, más aún si dicha colocación de ADR's fue publicitada en el mercado nacional, lo cual inclusive fue materia de publicación en medios periodísticos de prensa escrita y visual locales, por lo es menester tomar en consideración la actitud evasiva de la demandada sobre tal situación;

DÉCIMO CUARTO: Que, la razón para que el demandante invirtiera en la adquisición de ADR's fue determinada por todas las publicaciones efectuadas por el titular para convencer a los inversionistas de adquirir participación en ella, y no por otro motivo, es decir, que el demandante adquirió acciones del banco demandado por la expectativa de la información publicitada por sus directivos, así como por las cifras expuestas en los estados financieros del mismo, considerando la adquisición de acciones a través de la SAB Wiese en la Bolsa de Nueva York – USA uno de los mayores mercados bursátiles mundiales;

DÉCIMO QUINTO: Que, a fojas 109 y siguientes, corre el Informe denominado "Análisis de los ADR's del Banco Wiese Ltda." elaborado por la Sociedad de Auditoría Saavedra Leveau & Asociados, presentado como medio de prueba por la parte demandante, el cual no ha sido materia de tacha ni oposición alguna, en donde se ha efectuado una evaluación de la evolución de la cotización de las acciones del demandado y se evidencia con meridiana claridad que los únicos ADR's de empresas peruanas que sufrieron una evolución negativa, a lo largo del tiempo en la Bolsa de Nueva York, son los del Banco demandado, contrastando con el alza uniforme del resto de empresas peruanas presentes en dicho mercado;

PODER JUDICIAL

CARLOS ANGEL VARGAS GARCIA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIN

DÉCIMO SEXTO: Que, conforme al mismo Informe de Parte, el valor patrimonial de U\$ 265 millones publicitado por el demandado conforme a los estados financieros previos al proceso de fusión con el Banco Sudameris, comprendían una participación porcentual superior al 56% ciento en el nuevo Banco, la misma que luego del proceso de fusión e intervención estatal se vio reducida cuantitativamente, para culminar dicho valor patrimonial en tan sólo U\$ 22.8 millones de dólares, conforme a su participación porcentual en la nueva institución la que se vio reducida al 8%;

DÉCIMO SÉTIMO: Que, de los Estados Financieros del demandado correspondientes a los años 1998 - 1999 obrantes a fojas 23 y siguientes se evidencia un desproporcionado incremento de las provisiones por pérdidas producto de créditos de dudosa solvencia previo a la fusión con la Banca Sudameris que las multiplica en más de 6 veces, hecho corroborado por publicaciones locales especializadas a mediados del año 1999, situación incontentida a pesar de haberse producido incrementos de capital de U\$ 102 millones de dólares producto de aportes de accionistas, que no sólo no produjeron un incremento en su valor patrimonial, sino que no fueron capaces siquiera de mantener el valor del Banco demandado, obligando a reducciones de capital del orden de los U\$130 millones; hechos matemáticos ambos que se complementan para producir certeza en la medida en que la información publicitada por el demandado en sus estados financieros no reflejaba su real estado patrimonial, hecho evidente y público como consecuencia de la evaluación financiero contable --Due Dilligence- iniciada por el Banco foráneo a los efectos de verificar el contenido de los Estados Financieros del demandado, evidenciándose la voluntad expresa de tal acto, situación que indujo al demandante a una toma de decisión de compra que produciría la pérdida de su patrimonio invertido bajo la modalidad de ADR's;

DÉCIMO OCTAVO: Que, el dolo consiste en la voluntad expresa y consiente de una persona determinada, a procurar actos omisivos o impulsivos tendientes a obtener una o más ventajas, a través de medios o acciones contrarios a la buena fe, costumbres o la ley; y, en el caso de autos, ha quedado acreditado que el Banco Wiese publicó información en sus Estados Financieros que no expresaban con

PODER JUDICIAL
CARLOS ANGEL VARGAS GARCIA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

veracidad su real situación patrimonial, constituyéndose así en una expresión de voluntad dolosa que ha actuado en perjuicio de sus inversionistas;

DÉCIMO NOVENO: Que, la decisión del demandante se basó en estados financieros proporcionados por el Banco demandado que no expresaban su real estado patrimonial, así como por la información brindada en medios públicos por funcionarios del demandado y entidades afines a éste tendientes a orientar la decisión de compra de acciones del Banco aparentando una falsa solidez, lo que hace amparable la pretensión de nulidad del contrato de compra materia de autos de conformidad con lo establecido en el artículo 210º del Código Civil;

VIGÉSIMO: Que, de fojas 181 á 185, obra el Peritaje de Parte de Daños de fecha 26 de diciembre del año 2000, elaborado por el Perito Economista Judicial Gilberto Muñoz Rodríguez, el cual tampoco ha sido materia de tacha ni oposición por parte del demandado, que versa sobre la determinación del daño emergente y lucro cesante que se habría ocasionado al demandante como consecuencia de la inversión en los ADR´s, a través de la Sociedad Agente de Bolsa de propiedad del demandado Banco Wiese;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, la pericia constituye una herramienta de soporte a la administración de justicia que provee al juzgador de información vital de índole técnica y especializada sobre materias diversas posibilitando un fallo más próximo a la verdad;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en dicho peritaje de daños se determina que el daño económico al demandante ha sido ocasionado por el doloso comportamiento del Banco Wiese manifestado en la caída de su cotización bursátil y la consecuente pérdida del valor de la inversión del demandante y, en cuanto a la determinación del daño ocasionado, se señala que ha existido un perjuicio del orden de los U\$143,610.44 ocasionado directamente por la caída de la cotización de los ADR`s del demandante adquiridos mediante una inversión inicial de aproximadamente U\$180,000.00 dólares, a través de la SAB Wiese en el mercado de Nueva York, calculados en el indicado peritaje sobre la base de la diferencia del precio unitario de la cotización de los ADR`s entre la fecha de compra y la fecha del mismo, sumados a

PUREX JUVENIL

CARLOS ÁNGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

las comisiones canceladas por el demandante a la Sociedad Agente de Bolsa Wiese; una pérdida de U\$27,119.52 ocasionados por el gasto fallido en el desarrollo de la ingeniería de la Refinería Berde; y U\$2,580.00 producto del costo del desarrollo del Informe de Análisis de los ADR's ya antes mencionado totalizando así la cantidad de U\$173,309.96, no obstante, el Juzgado debe tener en consideración el precepto contenido en el Art. 1332º del C. C. y fijar los daños y perjuicios con valoración equitativa;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en lo referente a la pretensión accesorio de daños y perjuicios, en su escrito de demanda, el accionante fundamenta la existencia del lucro cesante en el truncamiento de su participación en un negocio de refinación de petróleo en el país de Bolivia, como consecuencia de la pérdida patrimonial sufrida por su persona producto de la fulminante caída del valor bursátil de los ADR's, hecho que le impidiera completar el capital que le correspondía para su participación en dicho negocio;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, a fojas 264 de autos, obra la carta del Banco de Inversión Salomón Smith & Barney – USA, que ofrece al demandado una rentabilidad anual del orden del 62%, documento que acredita la existencia de una rentabilidad alternativa a la inversión fallida realizada y desechada por la confianza inspirada en el demandante por la información propalada por el demandado, lo que a su vez convierte en aceptable la expectativa del demandante de lograr un 65% de rentabilidad sobre su inversión en ADR's a los efectos de completar la inversión requerida para el negocio de hidrocarburos que planeaba;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes en sus conexiones directas e indirectas, por lo que ninguna prueba podrá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto sólo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso y, en tal sentido, la apreciación razonada y conjunta de los medios probatorios debe además ser plasmada en el texto de la sentencia.

PODER JUDICIAL

CARLOS ÁNGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

VIGÉSIMO SEXTO: Que, obra en autos los documentos consistentes en documentación de viaje a las ciudades de Houston – USA y Santa Cruz de la Sierra - Bolivia, así como de gastos efectuados en dicha ciudad, la Constitución de la Sociedad Trino Gas & Oil Co., el Convenio con la entidad extractora de hidrocarburos en Bolivia NUPRA S. A., para la puesta en marcha de una planta de refinación en la indicada ciudad del país altiplánico, diversos comprobantes por gastos incurridos en el desarrollo del proyecto de la planta de refinación, el contrato de elaboración del proyecto y diseño técnico para una planta de refinación de petróleo diesel suscrito entre la empresa TRINO Gas & Oil Co. y CONIMASA, así como el Estudio Económico de la Refinería Berde conforme al truncado negocio Hidrocarburífero a iniciar producción en agosto de 1999, así como documentación que acredita no sólo la existencia del negocio, sino además la capacidad económica del demandante necesaria para completar la inversión requerida, documentos que en su conjunto ofrecen convicción al juzgador en cuanto a la capacidad y decisión concreta del demandante de su participación en un negocio de refinación de hidrocarburos en la Ciudad de Santa Cruz de la Sierra – Bolivia;

VIGÉSIMO SÉTIMO: Que, asimismo, en el peritaje de daños obrante de fojas 181 y siguientes, se evalúa el negocio hidrocarburífero proyectado por el demandante, y establece los alcances del referido negocio a diciembre del año 2000; cuantificando en su numeral 4.1 el valor de la inversión requerida para el negocio Hidrocarburífero, cuyas cifras encuadran con la inversión fallida en los ADR´s causante del presente proceso judicial, patentizando el truncamiento del referido negocio como consecuencia de tal;

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en dicho Peritaje de Daños se señala un importe por utilidades no percibidas producto de la no implementación de la Refinería Berde, hasta diciembre del año 2000 fecha de elaboración del peritaje referido, del orden de los US \$ 9'523,595.20; asimismo, proyecta a futuro un importe adicional correspondiente a las utilidades no percibidas por la misma razón del orden de los US. \$ 38'432,604.00 para el periodo diciembre del año 2000 a agosto del año 2003; pero debe observarse que, si bien ambas cifras han sido obtenidas sobre la base de

PODER JUDICIAL

CARLOS ÁNGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE YMA

una utilidad prevista en función a ingresos y egresos del negocio y acreditan un perjuicio tangible, al importe correspondiente al periodo proyectado diciembre del año 2000 a agosto del año 2003 de U\$38'432,604.00, no puede otorgársele absoluta certeza en cuanto al monto real y exacto del Lucro Cesante ocasionado, por tratarse de proyecciones a futuro;

VIGÉSIMO NOVENO: Que, si bien el Banco demandante no ha aportado prueba alguna que admita una duda razonable sobre la veracidad del contenido en las consideraciones precedentes ni ha observado formalmente o tachado en su oportunidad la pericia de daños o la documentación presentada por la parte demandante; no se le puede otorgar absoluta certeza por cuanto su gestor no puede asegurar el comportamiento de los precios de los hidrocarburos ni los costos de refinación de los mismos a lo largo de tiempo ulterior, no siendo amparable el daño ocasionado por dicho concepto;

TRIGÉSIMO: Que, la impartición de justicia debe realizarse con independencia y el criterio de conciencia adoptado por la judicatura, al examinar u otorgarle valor a los medios probatorios presentados por las partes, debe ceñirse a la Constitución y a la ley y, en el caso de autos, debe observarse que el Banco demandante no ha aportado prueba alguna que admita una duda razonable sobre la veracidad del contenido en las consideraciones precedentes ni ha observado formalmente o tachado en su oportunidad la pericia de daños o la documentación presentada por la parte demandante;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, el daño moral consiste en la lesión que se ocasiona a la persona producto de la acción u omisión y debe ser indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a quien lo sufre y, por lo tanto, en el caso de autos corresponde que sea resarcido en proporción a los hechos y circunstancias involucrados; por estas consideraciones, este Juzgado, con el criterio de conciencia que la ley autoriza **FALLA:** declarando **FUNDADA** la pretensión principal de nulidad del acto jurídico de compra de acciones del Banco demandado, efectuada con fecha 6 de Enero de 1999 por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo del demandante, por un valor total de US. \$ 180,000.00 y, en consecuencia, NULO y sin

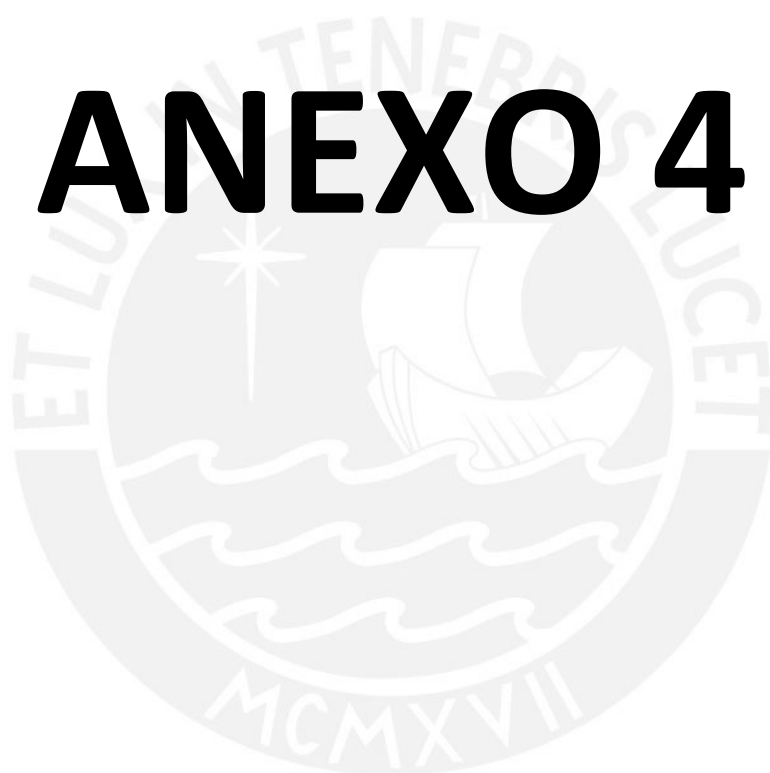
.....
CARLOS ÁNGEL VARGAS GARCÍA
JUEZ DEL 15º JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

efecto alguno dicho acto jurídico a partir del 6 de enero de 1999, debiendo cumplir el Banco demandado con devolverle al demandante la cantidad de US \$ 173,309.96, más los intereses legales devengados a partir de la fecha antes mencionada, así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo que se ordena por este sentencia; y asimismo, **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios; en consecuencia, **ORDENO** que el Banco demandado le pague al demandante la suma de US \$ 9'523,595.20 por concepto de daños y perjuicios, y la cantidad de U\$ 120,000.00 por el daño moral ocasionado; con costas y costos, notificándose.-

PODERADO JUDICIAL

.....
CARLOS ANGEL VARGAS GARCIA
JUEZ DEL 15° JUZGADO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

ANEXO 4



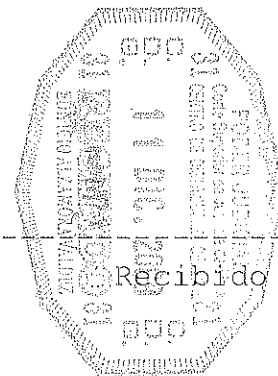
Cargo de Ingreso de Escrito
(Centro de Distribucion General)
301687-2009

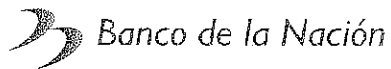
Expediente :07314-2003-0-1801-JR-CI-15 F.Inicio: 13/02/2003 16:13:03
Juzgado :15vo JUZGADO CIVIL
Documento :ESCRITO
F.Ingreso :11/12/2009 08:35:30 Folios : 77
Presentado :DEMANDADO SCOTIABANK PERU SAA ANTES BANCO SUDAMERIS
Especialista :CARHUACHIN SICCHA, NELLY
Cuantia : .00 N Copias/Acomp :
Cedulas :0 SIN CEDULAS DE NOTIFICACION
Dep Jud :0 SIN DEPOSITO JUDICIAL
Arancel :2 091437 S/.1,650.75 097681 S/.7.38

Sumilla :
APELACION CONTRA SENTENCIA

Observacion :
ANEX. CONFORME INDICA CON COPIA DE ESCRITO

ARANGUENA ALCANTARA, ABEL GUILLERMO
Ventanilla 31
Módulo 3
PISO 15
301687-2009





BANCO DE LA NACION

COMPROBANTE DE PAGO
PODER JUDICIAL

CODIGO : 09970
DERECHO DE NOTIFICACION JUDICIAL

DOCUMENTO: L.ELECT/DNI NRO: 06891901
DEPEN. JUD: 100150101
JUZGADO CIVIL DIST. JUD. LIMA

CANT. DOC.: 0002
MONTO S/: *****7.38

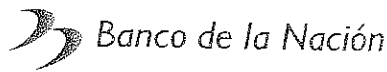
LOIS E. GONZALEZ CASASOLA
DNI: 46221001

097681-3 09DIC2009 9680 2557 0060 08:24:04

CLIENTE

2850927-02

Verifique su dinero antes de retirarse de la ventanilla



BANCO DE LA NACION

COMPROBANTE DE PAGO
PODER JUDICIAL

CODIGO : 07935
APELACION DE SENTENCIA

DOCUMENTO: L.ELECT/DNI NRO: 06091901
DEPEN. JUD: 100150101
JUZGADO CIVIL DIST. JUD. LIMA

N. EXPDTE.: 7314-03
MONTO S/.: ***1,650.75

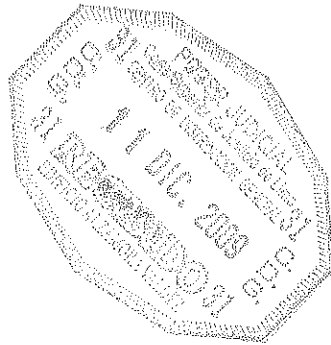
LUIS E. GONZALEZ CASASOLA
DNI: 06091901

091437-1 090IC2009 9600 2557 0060 08:21:17

CLIENTE

28 275000196-G-2

Verifique su dinero antes de retirarse de la ventanilla



Expediente	7314-2003
Especialista Legal	Nelly Carhuachin Siccha
Cuaderno	Principal
Escrito N°	06
Sumilla	Interpone Recurso de Apelación contra Sentencia

AL DÉCIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA:

SCOTIABANK PERÚ S.A.A. (antes Banco Wiese Sudameris), en los seguidos por el señor Carlos Lizier Gardella sobre demanda de Anulabilidad de Acto Jurídico e Indemnización de Daños y Perjuicios, debidamente representado por los suscritos, a Usted respetuosamente decimos:

Que, el 24 de noviembre de 2009 fuimos notificados con la Resolución N° 23 (Sentencia), de fecha 30 de octubre de 2009 (en adelante, la "Resolución Recurrída"), mediante la cual el Juzgado emite sentencia, declarando **FUNDADA** la pretensión principal de anulabilidad de acto jurídico así como **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria de indemnización por daños y perjuicios; y, en consecuencia, nos ordena pagar, a favor del demandante, la suma de US\$9'523,595.20, por concepto de daños y perjuicios, y la suma de US\$120,000.00, por concepto de daño moral.

Al respecto, dentro del plazo de ley y de conformidad con lo establecido en los artículos 364, 373, 478 inciso 3 y demás artículos pertinentes del Código Procesal Civil, interponemos el presente **RECURSO DE**

APELACIÓN en contra de la Resolución Recurrída, sobre la base de las siguientes pretensiones impugnatorias.

I. PRETENSIONES IMPUGNATORIAS

De conformidad con lo establecido en los artículos 364¹ y 366² del Código Procesal Civil, a continuación sustentamos nuestras pretensiones impugnatorias y detallamos su efecto sobre el proceso y la Resolución Recurrída.

1.1 PRETENSIÓN IMPUGNATORIA PRINCIPAL.- Que, el Superior Jerárquico declare **NULA** la Resolución Recurrída haber esta contravenido las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, vulnerado el deber de saneamiento permanente del proceso, contemplado en el artículo 121 *in fine* del Código Procesal Civil, y por haber el *a quo* expedido una sentencia de mérito pese a que la relación jurídica procesal es inválida por manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandado.

1.2 PRIMERA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.- Solo en el negado supuesto que se desestime nuestra pretensión impugnatoria principal, solicitamos que el Superior Jerárquico declare **NULA** la Resolución Recurrída por existir una flagrante ausencia de motivación en la medida en que el Juzgado concluyó en la existencia de un daño indemnizable, cercano a los nueve

¹ Artículo 364º.-El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

² Artículo 366º.- El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria.

millones de dólares americanos, sin justificar la razón de su existencia, vulnerando el deber de motivación contemplado en el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil así como en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución.

1.3 SEGUNDA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.-

Solo en el negado supuesto que se desestime nuestra primera pretensión impugnatoria subordinada y que se concluya que existe motivación adecuada, solicitamos que el Superior Jerárquico declare **NULA** la Resolución Recurrída por haber incurrido en un supuesto de valoración arbitraria y errónea de la prueba y una ilegal inversión de la carga de la prueba que le incumbía al actor en cuanto al daño y a la causalidad entre el presunto evento dañoso y el daño mismo.

1.4 TERCERA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.-

Solo en el negado supuesto que se desestime nuestra segunda pretensión impugnatoria subordinada, solicitamos que el Superior Jerárquico **REVOQUE** la Resolución Recurrída por haber el *a quo* inaplicado los artículos 201 y 203 del Código Civil, debiéndose declarar infundada la demanda, por cuanto no se ha presentado ningún supuesto de error en la formación del acto jurídico ni mucho menos de dolo por parte de nuestro Banco.

1.5 CUARTA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.-

Solo en el negado supuesto que se desestime nuestra tercera pretensión impugnatoria subordinada, solicitamos que el Superior Jerárquico **REVOQUE** la Resolución Recurrída por haberse inaplicado los elementos y requisitos configuradores de la Responsabilidad Civil los que, de haberse aplicado, hubieran determinado la infundabilidad de la mal llamada "pretensión

accesoria", consistente en una Indemnización por Daños y Perjuicios.

II. NOTA PREVIA: ¿DE QUÉ TRATA EL PRESENTE PROCESO?

- 2.1 Según refiere el propio demandante, el señor Carlos Lizier Gardella, la presente controversia se centra en la pretendida anulabilidad de un presunto contrato de compraventa que se alega habría sido celebrado con nuestro Banco el 6 de enero de 1999. Dicho contrato habría tenido por objeto la adquisición de ciertos valores mobiliarios denominados *American Depositary Receipts* que, en castellano significa "Recibos Americanos de Depósito" (en adelante, "ADR" por sus siglas en inglés). Cabe destacar que éstos ADR fueron emitidos y colocados 5 años antes de que el hoy demandante los adquiriera en la Bolsa de los Estados Unidos de América (1994).
- 2.2 Tal como su propio nombre lo indica, los ADR son recibos negociables, expedidos por un banco norteamericano, bajo las leyes norteamericanas y en dólares norteamericanos, que dejan constancia del depósito de acciones emitidas por una sociedad no domiciliada en Estados Unidos de América. En este caso se trató de acciones del otrora Banco Wiese.
- 2.3 Ahora bien, como veremos con mayor detalle más adelante, luego de su emisión, los ADR son colocados en el mercado de valores norteamericano, en este caso la Bolsa de Nueva York, en donde se realizarán las ulteriores operaciones de adquisición y venta de éstos. Se tratará, pues, de operaciones realizadas en el denominado "Mercado Secundario". El mercado secundario es pues aquel donde se realizan las transacciones con los valores ya

emitidos, es decir, que se negocian luego de la primera colocación. En este caso, la primera colocación fue en 1994 y la posterior compra de Lizier, el actor, fue en 1999.

2.4 En tal sentido, como se podrá apreciar, nos encontramos ante una operación bursátil efectuada por el actor en el mercado de valores norteamericano (mercado secundario), respecto de los mencionados ADR que, si bien representaban acciones del Banco Wiese, son valores que se negocian y transan en la bolsa de los Estados Unidos de América. Por este motivo, nuestro Banco no es, ni podría ser, parte del contrato de compraventa mediante el cual, el Sr. Lizier, concertó la operación de compra de los mencionados ADR. A pesar de ello, se ha declarado fundada la demanda y nulo, por dolo, un inexistente contrato celebrado por el Sr. Lizier como comprador de los ADR y por el Banco (?!), como presunto vendedor.

2.5 El Juzgado, al expedir la sentencia, no ha considerado que, en ningún caso, un contrato de compraventa de acciones y otros valores, en el mercado secundario, se celebra con la empresa que emite las acciones. La empresa emisora es un mero espectador de las transacciones de compra-venta que pueden efectuar, en la bolsa o fuera de ella, diferentes personas naturales o jurídicas, determinadas o indeterminadas. Pero, lo que el Juzgado ha resuelto en este caso, si se nos permite el ejemplo, equivale a confundir la fábrica de los vehículos (en este caso el Banco) con las personas (en este caso Lizier y los terceros que le vendieron los ADR) que comercian con dichos vehículos en el mercado de segunda mano (mercado secundario de valores). Nuestro Banco no celebró ningún contrato de venta de ADR con el actor.

- 2.6 Por tanto, la pretensión de anulabilidad del demandante no se podría haber dirigido válidamente en contra de nuestro Banco. Hay, entonces, una **absoluta falta de legitimidad para obrar pasiva de nuestra parte**, lo que ha sido soslayado por el Juzgado.
- 2.7 No obstante, a sabiendas de que nuestro Banco no fue el vendedor de los ADR que compró el actor, éste dirige la presente demanda de anulabilidad en contra de nuestro Banco y pretende el pago de una indemnización millonaria y absolutamente fantasiosa.
- 2.8 No se trata pues de un simple error. El demandante, el señor Carlos Lizier Gardella, sabe perfectamente que no contrató nada con nuestro Banco. Sin embargo, sabe también que puede ser un buen negocio demandar una suma astronómica a un banco, aunque no se tenga la razón. Dadas las espaldas financieras de los bancos y si se suman y suceden varios "errores judiciales", uno puede terminar haciéndose millonario. Nótese que "invirtiendo" solo 180 mil dólares, el señor Lizier ha logrado una sentencia de 9 millones de dólares, incrementando exponencialmente y como por arte de magia la suma presuntamente invertida. **¡Tamaño negocio del señor Lizier!**
- 2.9 Pues bien, la manifiesta falta de fundamento de las alegaciones promovidas por el demandante demuestran claramente que el señor Lizier no es más que un inversionista que no obtuvo el beneficio esperado de una inversión, lo cual – como es evidente – es un riesgo inherente a toda inversión y más aún a las inversiones bursátiles.

2.10 Lamentablemente, el señor Lizier viene consiguiendo engañar a la Judicatura. En efecto, aún más asombroso que la descarada demanda del señor Lizier, es el contenido de la Resolución Recurrída. A través de ésta, se llega al absurdo de indemnizar al demandante por las utilidades no percibidas de un negocio imaginario de refinación de petróleo en Bolivia, que nunca llegó a ser implementado ni en su fase más inicial y que, además, resultaba inviable (ello según los datos numéricos presentados por el propio demandante). Y así, sobre la base de alegaciones fantasiosas y sin ningún sustento, se le otorga al actor una indemnización por lucro cesante y daño moral, nada menos que la jugosa suma de US\$ 9 millones.

Aunque parezca insólito, a través de este proceso, el señor Lizier finalmente encontró un negocio tan rentable como sus imaginarios proyectos de refinación de petróleo en Bolivia. Es este proceso, finalmente, su verdadera inversión. Pero, estamos seguros que el Superior Jerárquico sabrá reconducir este proceso por los cauces de la justicia y la honradez.

III. FUNDAMENTOS DE NUESTRAS PRETENSIONES IMPUGNATORIAS

3.1 FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA PRINCIPAL.-

3.1.1 El Juzgado ha vulnerando el deber de saneamiento permanente del proceso contemplado en el artículo 121 *in fine* del Código Procesal Civil, al expedir una sentencia de mérito pese a que la relación jurídico procesal es inválida por manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandado. Nos explicamos.

3.1.2 Como no escapará de vuestro conocimiento, la legitimidad para obrar, ya sea activa o pasiva, constituye un elemento imprescindible para la configuración de una relación jurídica procesal válida. Al respecto, tendrá legitimidad para obrar en un proceso, aquel sujeto al que *"la ley autoriza a formular una pretensión determinada o contradecirla [...] la legitimidad para obrar tiene dos aspectos: la legitimidad activa y la legitimidad pasiva, que corresponde, la una, a la parte que sostiene la pretensión y, la otra, a la parte contradictora."*³

3.1.3 Sobre el particular, el profesor Juan Montero Aroca nos explica lo siguiente:

*"Normalmente el proceso surgirá como consecuencia de un conflicto de intereses respecto de una relación jurídica material y las personas enfrentadas en ese conflicto se convertirán en partes del proceso; esto es, **los titulares de la relación jurídico material pasarán a ser parte de la relación jurídico procesal** [...]."*⁴ [Énfasis y subrayado agregado]

3.1.4 Como puede apreciarse, **la relación jurídica material es el punto de partida para determinar quiénes deben formar parte de la relación jurídica procesal**. Así, si de la revisión de los actuados se desprende que quienes reclaman o son reclamados en el marco de un proceso, no son parte de la relación material o sustantiva; entonces, el Juzgado no podrá

³ VIALE, Fausto. "Legitimidad para obrar". En: Revista Derecho PUCP, 1995. p. 31.

⁴ MONTERO AROCA, Juan. "La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú." En: Revista Ius et Praxis. Pág. 12.

seguir adelante con el proceso y deberá declarar la inexistencia de una relación jurídica procesal válida y, en consecuencia, declarar improcedente la demanda respecto de la parte no legitimada.

3.1.5 En este sentido, a efectos de determinar la validez de la relación jurídico material que ha sido instaurada por el Juzgado en el presente proceso, debemos determinar primero cuál es la relación jurídica material de la cual surge la pretensión del demandante, quiénes formaron parte de dicha relación jurídica material y quien está habilitado por ley a contradecir dicha pretensión.

3.1.6 Al respecto, según refiere el propio demandante, la presente controversia se centra en la pretendida anulabilidad de un supuesto contrato de compraventa celebrado el 6 de enero de 1999, para la adquisición de ciertos títulos representativos de acciones del Banco Wiese, denominados **American Depositary Receipts** (en adelante, "ADR" por sus siglas en inglés).

3.1.7 En atención a ello, en primer lugar, deberá determinarse qué sujetos se encuentran legitimados para obrar en el marco de una pretensión de anulabilidad de contrato. Sobre el particular, el profesor Juan Espinoza Espinoza advierte lo siguiente:

"[S]e advierte que "el carácter absoluto de la legitimación no significa legitimación indiscriminada, posibilidad para cualquiera a solicitar la declaración de nulidad de un acto del cual sea, en hipótesis, totalmente ajeno. El interés tiene, en este contexto, la evidente función de señalar un límite a la facultad de acceder a la tutela jurisdiccional, incluso en relación a la forma más

grave de invalidez negocial disciplinada normativamente”, agregando que “la necesidad de hacer referencia al interés, en relación a la legitimidad para actuar, en nulidad, nace, en materia contractual, del denominado principio de relatividad de los efectos del contrato regulado en el art. 1372 c.c.ita., aún interpretado, en términos restrictivos, en el sentido que los terceros no pueden sufrir perjuicio jurídico por el contrato estipulado por otros sujetos (...).”⁵ [Énfasis y subrayado agregado]

3.1.8 El corolario que se obtiene del texto citado, es que un tercero no puede plantear la anulabilidad de un contrato en el cual, por definición, no es parte; y, viceversa, se deberá excluir también la posibilidad que una parte de un contrato pretenda impugnar la anulabilidad del mismo dirigiendo su pretensión contra un tercero que no es parte de dicho contrato.

3.1.9 En efecto, la legitimidad para ser parte de una relación jurídico procesal, sea activa o pasivamente, está directamente vinculada con la relación jurídico material que origina la controversia. En materia contractual, como hemos visto, la legitimidad para actuar en un proceso está delineada por el aforismo latino *res inter alias acta* o Principio de Relatividad del Contrato que, en nuestro ordenamiento, se encuentra previsto en el artículo 1363 del Código Civil de la siguiente manera:

“Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se

⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial” Gaceta Jurídica S.A. Abril 2008. pp. 557, 558. [citas omitidas]

trata de derechos y obligaciones no transmisibles." [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.1.10 En este sentido, el *res inter alias acta* determina que, en la medida en que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan, sólo éstas están legitimadas para constituir la relación jurídica procesal que se origine en el marco de un proceso judicial de anulabilidad de dicho contrato.
- 3.1.11 Por lo tanto, no resulta permisible que un sujeto, aun cuando éste sea parte del contrato, pretenda impugnar la anulabilidad del mismo dirigiendo su pretensión contra un tercero que, por definición, no es parte de dicho contrato. **Ello sencillamente porque, en atención al Principio de Relatividad del Contrato, los terceros no pueden sufrir perjuicio jurídico por el contrato estipulado por otros sujetos.**
- 3.1.12 En ese sentido, habiendo determinado que los únicos legitimados para obrar, sea activa o pasivamente, en el marco de una pretensión de anulabilidad de contrato (como la que se discute en el presente proceso), son aquellos sujetos que forman parte del contrato materia de impugnación; corresponde, en segundo lugar, determinar qué sujetos son parte del contrato que pretende ser anulado a través del presente proceso.
- 3.1.13 Como se sabe, a través del presente proceso, el demandante pretende la anulabilidad de un supuesto contrato de compraventa, celebrado el 6 de enero de 1999, para la adquisición de los mencionados ADR. Estos ADR, presuntamente adquiridos por el demandante, constituyen títulos representativos de las acciones del Banco Wiese y, en función a ello, el

demandante dirige su pretensión de anulabilidad del contrato de compraventa mediante el cual los habría adquirido, en contra de nuestro Banco. El grave error procesal contenido en la demanda pudo ser advertido por el Juez al calificarla, al dictar el auto de saneamiento o al momento de dictar Sentencia, pero en ninguno de dichos momentos el Juez advirtió que la demanda era improcedente de plano, la relación procesal nula y también la sentencia. Corresponde entonces al superior en grado enmendar este grave error *in procedendo*.

- 3.1.14 Al respecto, el Juzgado ha considerado que el demandante cumplió con acreditar la existencia del contrato de compraventa en virtud del cual éste habría adquirido los ADR. Así, en el Sexto Considerando de la Resolución Recurrída manifiesta lo siguiente:

"SEXTO: Que, con las instrumentales referidas a las Boletas que en copias legalizadas corren de fojas 193 á [sic] 198, adjuntas a la carta de fecha 20 de Enero de 1999, que le dirige al demandante la Sociedad Agente de Bolsa Wiese, debidamente firmada, informándole que han cumplido con adquirir las acciones del mencionado Banco a su nombre, representadas en los Certificados ADR's puestos en venta mediante Oferta Pública en la Bolsa de Nueva York, por un valor total de US. \$180,000.00 se ha acreditado la operación de compra de dichos Certificados ADR's a través de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese y, en consecuencia, la existencia del contrato de compra de acciones del banco demandado". [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.1.15 No obstante, nótese que, el hecho de que los ADR adquiridos por el demandante hayan representado, en su momento, acciones

del Banco Wiese, no implica que el contrato de compraventa, en virtud del cual el actor los adquirió, haya sido celebrado con nuestro Banco.

3.1.16 Por el contrario, como veremos a continuación, **la propia naturaleza de los ADR y la oportunidad de su adquisición implica que, bajo ningún supuesto, éste contrato de compraventa pudo haber sido celebrado con nuestro Banco. Ello nos excluye necesariamente de la relación jurídica procesal que pretendió ser instaurada por el Juzgado.**

3.1.17 En efecto, los ADR (*American Depositary Receipts*) son como acciones de una empresa y es vidente que cuando uno compra acciones de una empresa a una persona que las tiene, se convierte en accionista de dicha empresa. Uno no le compra las acciones a la empresa. En ningún caso un contrato de compraventa de acciones se celebra con la empresa que emite las acciones. La empresa emisora es un mero espectador de las transacciones de compra-venta que pueden efectuar en la bolsa o fuera de ella, personas naturales o jurídicas determinadas o indeterminadas. Lo que en este caso ha hecho el juez equivale a confundir la fábrica de los vehículos con las personas que comercian con ellos en el mercado de segunda mano. Nuestro Banco no celebró ningún contrato de venta de ADR con el actor. Ahora bien, ¿Qué son los ADR? En puridad, son valores mobiliarios negociables, expresados en dólares norteamericanos, destinados a negociarse en el mercado de valores de Estados Unidos de América. Así, los ADR son emitidos por un banco depositario especializado (por lo general, el *Bank of New York*), sujetándose a la regulación de la *Securities and Exchange*

Comission (en adelante, "SEC") de los Estados Unidos de América, y pueden representar la propiedad de una o varias acciones emitidas por sociedades domiciliadas fuera de dicho país.⁶

3.1.18 En otras palabras, **los ADR son recibos negociables, expedidos por un banco norteamericano, bajo las leyes norteamericanas y en dólares norteamericanos**, que deja constancia del depósito de determinados valores emitidos por una sociedad no domiciliada en Estados Unidos de América (como es el caso del Banco Wiese, hoy Scotiabank) sobre la base del depósito físico, en custodia, de dichos valores.

3.1.19 El banco norteamericano que emite los ADR (en este caso, JP Morgan Trust), es decir, los recibos de depósito de los certificados de acciones en la bóveda del Banco, recibe el nombre de banco depositario. El banco depositario posee físicamente las acciones de la empresa extranjera (no domiciliada en Estados Unidos, es decir, el Banco Wiese en el caso *sublitis*) en calidad de depósito, garantizando la existencia y validez de las mismas. Luego de su emisión, por parte del banco depositario, los ADR son colocados en la bolsa de valores de los Estados Unidos de América por una segunda entidad financiera que recibe el nombre de *underwriter*. Por supuesto, el banco *underwriter* (en este caso, JP Morgan Investment Bank de los Estados Unidos de América) opera bajo las leyes norteamericanas y se encarga no sólo de colocar, sino también, vender, transferir y adjudicar los ADR.

⁶ GONZALES, Gerardo M. y Vanessa ZEA (editores). "Manual del mercado de Capitales 2008". PROCAPITALES. Editorial Imagen Gráfica Digital E.I.R.L. Lima, 2008. p. 78.

3.1.20 Por tanto, conforme a la propia naturaleza de los ADR, la relación contractual que genere la adquisición de éstos por parte de un inversionista, como el demandante, está necesariamente sujeta a la legislación norteamericana y a la competencia de su ordenamiento jurídico y de sus jueces, pues los ADR son emitidos y colocados en el mercado de valores de Estados Unidos de América. Efectivamente, de acuerdo a lo señalado por la propia Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (en adelante, "CONASEV"), los ADR *"se cotizan y negocian en US dólares en los diferentes mercados de valores de los Estados Unidos."*⁷

3.1.21 En tal sentido, conforme a lo reconocido por la propia CONASEV, nos encontramos ante una operación bursátil de valores mobiliarios norteamericanos que, si bien representan acciones emitidas por una empresa extranjera, en este caso el Banco Wiese, no pierden su calidad de valores mobiliarios norteamericanos. En consecuencia, el Poder Judicial Peruano y la ley peruana no tiene competencia para resolver controversias entre compradores y vendedores de ADR.

3.1.22 En ese sentido, conforme a la propia naturaleza de los ADR, resulta imposible que el entonces Banco Wiese pudiera ser el emisor de los ADR en mención, pues el emisor fue JP Morgan Trust y quien los colocó en la Bolsa de Nueva York, fue el JP Morgan Investment Bank y mucho menos puedo ser quién vendiera dichos valores mobiliarios, razón por la cual no existe en

⁷ Trabajos de Investigación, Serie N° 1, "*American Depositary Receipts*". Documento elaborado por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV).

autos legitimidad pasiva de parte del Scotiabank (antes Banco Wiese).

3.1.23 Más aún, sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que los ADR representativos de las acciones del Banco Wiese fueron íntegramente colocados en el mercado de valores norteamericano en el año 1994, como la propia sentencia lo reconoce en su Décimo Considerando. Por tal motivo, la adquisición por parte del demandante de dichos ADR, en el año 1999, más de cinco (5) años después, no podría haber sido realizada sino frente a los anteriores inversionistas que inicialmente los adquirieron del *underwriter*, el banco norteamericano JP Morgan. En otras palabras, la compra que hizo el Sr. Lizier fue una compra realizada en el denominado mercado secundario. **Es decir, se trata de una operación de adquisición realizada en el Mercado Secundario.**

3.1.24 Como no escapará de vuestro conocimiento, el mercado secundario es aquel donde se realizan las transacciones con los valores ya emitidos, es decir, que se negocian luego de la primera colocación. **Aquí, el dinero por la venta del valor no va al poder del ente que lo emitió sino a manos de quien posee el valor (inicialmente o como producto de sucesivas transacciones) y que lo está transfiriendo.** Por dicha razón el aludido mercado se conoce también como mercado de transferencias.⁸

Gerencia de Análisis, Promoción y Desarrollo (Sub-Gerencia de Promoción y Desarrollo).
Primera Edición. Lima, febrero 1995. p. 9.

- 3.1.25 Es decir, la operación de adquisición de los ADR realizada por el demandante o, lo que es lo mismo, el "contrato de compraventa" en virtud del cual el demandante adquirió los mencionados ADR en la Bolsa de Nueva York (y que ahora pretende impugnar), habría sido celebrado, en cualquier caso, con aquellos inversionistas que inicialmente habían adquirido los ADR directamente del *underwriter*, el banco norteamericano JP Morgan.
- 3.1.26 En ese sentido, no sólo nos encontramos ante una operación bursátil efectuada en el mercado de valores norteamericano, respecto de valores mobiliarios típicamente norteamericanos, cotizados en dólares norteamericanos y emitidos por un banco norteamericano sino que, además, dada la propia naturaleza del mercado bursátil y la oportunidad de su adquisición, **resulta jurídicamente imposible que el contrato de compraventa presuntamente celebrado por el demandante para la adquisición de los ADR haya sido celebrado directamente con nuestro Banco.**
- 3.1.27 Por tal motivo, nuestro Banco no es, ni podría ser, parte del presunto contrato de compraventa celebrado por el demandante para la adquisición de los referidos ADR y, por tanto, la pretensión de anulabilidad del demandante no se puede dirigir en nuestra contra. Hay entonces una absoluta falta de legitimidad para obrar de nuestra parte.

⁸ "El rol de CONASEV. Lo que todo inversionista debe saber". Documento elaborado por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV). Lima. P. 11.

- 3.1.28 En efecto, nuestro Banco no es parte de la relación jurídica material que origina la presente controversia, dado que no somos parte del contrato de compraventa que pretende ser anulado, y, por ello, no podemos formar parte de la relación jurídico procesal que pretende ser instaurada en este proceso. **Contrariamente a lo considerado por el Juzgado, el hecho de que el objeto del presunto contrato de compraventa haya implicado a ciertos ADR que representaban indirectamente acciones del Banco Wiese no presupone una participación de nuestro Banco en dicha transferencia.**
- 3.1.29 Nos permitimos graficar esta situación con un ejemplo muy sencillo. Supongamos que un sujeto A compra un automóvil marca TOYOTA directamente a la compañía que lo fabrica, es decir, a la TOYOTA. Luego, después de algunos años, el sujeto A decide vender el automóvil y celebra un **contrato de compraventa de bien mueble** con el sujeto B, quien adquiere el automóvil a cambio de un determinado precio, probablemente fijado en función de la oferta y la demanda, y la valuación o devaluación del automóvil.
- 3.1.30 En este caso hipotético, es a todas luces evidente que el contrato de compraventa celebrado entre A y B no involucra, bajo ningún supuesto, a la empresa TOYOTA, fabricante del automóvil, pese a que el automóvil vendido sigue siendo un automóvil marca TOYOTA. Ello porque la relación contractual instaurada entre las partes que directamente celebran un contrato es absolutamente independiente del objeto sobre el cual recae la compraventa.
- 3.1.31 El caso materia de análisis en el presente proceso es muy semejante al supuesto ejemplificado. Si bien los ADR

presuntamente adquiridos por el demandante sí representaban acciones del Banco Wiese, **lo cierto es que el contrato de compraventa de bien mueble en virtud del cual el actor los adquirió, no fue, ni podría haber sido, celebrado directamente con nuestro Banco.**

3.1.32 En efecto, como hemos explicado, el contrato de compraventa materia de impugnación habría sido celebrado, en todo caso, entre el demandante y terceros indeterminados que previamente habrían adquirido los ADR en la Bolsa de Nueva York pero, en ningún caso, con nuestro Banco. **Ello es un hecho incuestionable que se desprende de la propia naturaleza del funcionamiento del mercado de valores y que, por sí mismo, demuestra la absoluta inconsistencia e improcedencia de la presente demanda.**

3.1.33 Ahora bien, dada la manifiesta ausencia de vínculo entre nuestro Banco y el contrato de compraventa que pretende ser impugnado, la parte demandante pretende sostener que nuestro Banco habría celebrado el contrato por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa (en adelante, la "Wiese SAB").

3.1.34 Al respecto, el Juzgado ha considerado, erradamente, que:

*"la Wiese SAB se constituyó en el agente comisionista encargado por el banco demandado **para la venta de SUS acciones**, negociadas a nivel local e internacional como en el presente caso vía ADR's"⁹.*

⁹ Considerando Séptimo de la Resolución Recurrida.

- 3.1.35 Sin embargo, el Juzgado incurre en un grave error de derecho al considerar que la Wiese SAB actuó como intermediaria de nuestro Banco. En efecto, en primer lugar, es necesario observar que, de la documentación presentada por el propio demandante no consta en lo absoluto que Wiese SAB sea intermediaria de nuestro Banco o que haya actuado invocando tal calidad pues, por el contrario, actuó como agente intermediario del demandante, precisamente para poder adquirir valores mobiliarios en la Bolsa de Nueva York a través de otros intermediarios agentes de bolsa radicados en Estados Unidos de América [ver Anexo 1-C del escrito de demanda].
- 3.1.36 En segundo lugar, conforme a lo establecido en nuestra legislación, una sociedad agente de bolsa es una persona jurídica organizada como una sociedad anónima, cuyo objeto social es la intermediación de valores, tanto en el ámbito bursátil como extrabursátil. En ese sentido, las sociedades agente de bolsa se dedican fundamentalmente a actuar en representación de sus clientes, quienes están interesados en adquirir determinados **valores en bolsas nacionales** o extranjeras, a efectos de adquirir estos **a nombre de sus clientes** por los mecanismos particulares que se exigen en éstas transacciones.
- 3.1.37 Lo señalado es plenamente consistente con la pretendida compra del demandante: si éste en efecto adquirió los mencionados ADR, lo habría hecho con la intermediación de una sociedad agente de bolsa para así adquirir de propiedad de terceros los ADR en la Bolsa de Nueva York, como corresponde a la naturaleza de los mismos. Nuestro Banco no ha actuado a través de una sociedad

agente de bolsa ni requería haberlo hecho pues, no es éste quien ha adquirido ni vendido los ADR.

3.1.38 En efecto, en el presente caso, **Wiese SAB actuó como agente intermediario del demandante para adquirir una cantidad determinada de ADR de propiedad de terceros que ofrecieron su venta en el mercado, a su solicitud.**

Contrariamente a lo sostenido por el Juzgado, la Wiese SAB jamás actuó como "agente comisionista encargado por el banco demandado para la venta de sus acciones". Nuestro Banco nada le encargó a Wiese SAB, fue el Sr. Lizier quien lo hizo. Prueba de ello es que el demandante podría haber acudido a cualquier otra sociedad agente de bolsa para efectuar la misma compra, no requería ser necesariamente la Wiese SAB. Y lo más grave es que el Sr. Lizier no adquirió los ADR de propiedad de nuestro Banco. Adquirió los ADR de terceros que querían venderlos.

3.1.39 Por tanto, reiteramos que nuestro Banco no es parte de la relación material cuestionada pues jamás intervino, directa ni indirectamente, en la celebración del presunto contrato de compraventa que el demandante pretende ahora anular, imposibilitando de esta manera la conformación adecuada de una relación procesal válida.

3.1.40 Por tal razón, existe un vicio insubsanable en la relación jurídica procesal, consistente en la manifiesta falta de legitimidad para obrar de nuestro Banco. No existe ninguna razón para que nuestro Banco participe en calidad de parte en el presente proceso.

3.1.41 Siendo ello así, el Juzgado debió cumplir con su deber permanente de sanear en materia civil y otras, las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a lo establecido en el inciso 5 del artículo 184 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo 17-93-JUS, y excluyendo de la relación procesal a nuestro Banco.

Artículo 184°.- Son deberes de los Magistrados:

[...]

5. Sanear en materia civil, agraria y laboral las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a ley; [...]"

3.1.42 No obstante, el Juzgado omitió cumplir con su deber permanente de saneamiento procesal y declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida ahí donde no la hay, emitiendo una sentencia de mérito pese a que la relación jurídica procesal es inválida por manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandado.

3.1.43 Sin embargo, **esta situación no impide que la improcedencia de la demanda sea declarada por el Superior Jerárquico por ser una cuestión absolutamente evidente e insubsanable.** En efecto, nada obsta para que al momento de resolver esta apelación, el Superior Jerárquico declare inválida la relación jurídica procesal. Es más, el artículo 121 del Código Procesal Civil establece que:

*"Artículo 121°.- [...] Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, **pronunciándose en***

decisión expresa, precisa y motivada, sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal
[Énfasis y subrayado agregado]

3.1.44 Sobre el particular, la Corte Suprema en la sentencia que recae sobre el expediente Cas. N° 3801-2001 ha reconocido lo siguiente:

"(...) excepcionalmente en la sentencia, el órgano jurisdiccional se puede pronunciar sobre la validez de la relación jurídica procesal, constituyendo lo que en la doctrina se denomina una sentencia inhibitoria, prevista en el artículo 121 in fine del código procesal civil." (Énfasis y subrayado agregado)

3.1.45 Por tanto, solicitamos que el Superior Jerárquico declare **NULA** la Resolución Recurrída por contravenir las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, vulnerando el deber de saneamiento permanente del proceso, contemplado en el artículo 121 *in fine* del Código Procesal Civil, al expedir una sentencia de mérito pese a que la relación jurídica procesal es inválida por manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandado.

3.2 FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.-

3.2.1 En el supuesto errado, hipotético y negado en el que se considere que nuestro Banco goza de legitimidad para obrar pasiva, a pesar la certeza de los argumentos antes expuestos, se debe tener presente que la Resolución Recurrída es NULA en la medida en

que el Juzgado ha vulnerado el deber de motivación de las resoluciones judiciales, contemplado en el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil así como en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución. Veamos.

- 3.2.2 El artículo 139, inciso 5), de la Constitución Política del Perú, dispone lo siguiente:

"Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (...)." [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.2.3 Este deber jurisdiccional, está recogido a nivel legal en el artículo 50 del Código Procesal Civil, que establece lo siguiente:

"Artículo 50°.- Son deberes de los Jueces en el proceso:

6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia (...)." [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.2.4 En otras palabras, la motivación de las resoluciones tiene por función específica convencer y persuadir a las partes de la razonabilidad de los argumentos y la justicia de la decisión adoptada tratando de eliminar la sensación que pudieran tener

las partes sobre la presunta arbitrariedad o irrazonabilidad de la decisión judicial.¹⁰ En el caso *sublitis*, nuestra sensación de la sentencia es de pura arbitrariedad porque no se ha motivado la decisión del Juzgado.

- 3.2.5 ¿Cuál debió ser el razonamiento y los elementos que debieron formar parte de la fundamentación del Juzgado, la misma que, como hemos indicado, debió ser plasmada de forma suficiente en la Resolución Recurrída y que brilla por su ausencia?
- 3.2.6 Para dar respuesta a esta pregunta, se debe atender a la materia controvertida, la misma que permitirá que el juzgador adecue su razonamiento a los hechos y derechos en discusión, así como al nivel de análisis exigido. Por ejemplo, la motivación en un mandato de ejecución (derivado de un proceso de ejecución de título valor) será claramente diferente a la requerida en una controversia cuya pretensión es una de responsabilidad civil, como es el caso de autos.
- 3.2.7 En el presente caso, el *a quo* debió desmenuzar y analizar cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, los cuales son: **(i) conducta activa u omisiva del sujeto a quien se le reclama la reparación; (ii) daño (cierto y probado); (iii) factor de atribución; y, (iv) relación de causalidad adecuada.** Pero no hubo ningún análisis al respecto.
- 3.2.8 El Juzgado de primera instancia NO ha analizado ninguno de estos elementos ni ha efectuado una cuantificación del monto

¹⁰ Casación No. 1208-04 LIMA (El Peruano, 28.02.2006)

condenado (a pesar de que se trata de una condena claramente abultada) y, precisamente por ello, es que la Resolución Recurrída carece de una debida motivación.

- 3.2.9 En efecto, basta dar una simple lectura a la Resolución Recurrída para advertir que la misma carece de motivación en la medida en que el Juzgado se dedica en gran parte de la misma a "resumir" las diferentes alegaciones de las partes pero no desarrolla un análisis propio respecto de los diferentes elementos que configuran la responsabilidad civil y, peor aún, cuando trata de aproximarse a tal análisis lo hace forma inmotivada, aparente o contradictoria. La Resolución Recurrída no es otra cosa que una Sentencia absolutamente arbitraria y que no ha sido fundamentada por el Juzgado.
- 3.2.10 En efecto, los tres Considerandos a partir de los cuales el Juzgado concluye increíblemente, que "existe" un contrato de compraventa de ADR. Literalmente se señala lo siguiente:

"QUINTO: Que, debe tenerse presente el precepto contenido en el Art. 1380º del Código Civil, en cuanto a la aceptación tácita de ofertas que no requieren respuesta previa para su ejecución por el obligado a cumplirla una vez instruidas estas, estando a los usos y costumbres del mercado de valores.

SEXTO: Que, con las instrumentales referidas a la Boletas que en copias legalizadas corren de fojas 193 a 198, adjuntas a la carta de fecha 20 de enero de 1999, que le dirige el demandante la Sociedad Agente de Bolsa Wiese, debidamente firmada, informándole que han cumplido con

adquirir las acciones del mencionado Banco a su nombre, representadas en los Certificados ADR´s puestos en venta mediante Oferta Pública en la Bolsa de Nueva York, por un valor de US \$ 180, 000.00. se ha acreditado la operación de compra de dichos Certificados ADR´s a través de la Sociedad Agente de Bolsa Wiese y, en consecuencia, la existencia del contrato de compra de acciones del banco demandado.

SEPTIMO: Que, en este punto, se debe indicar que con arreglo a las disposiciones legales que norman el Mercado de Valores del Perú y la participación en la Bolsa de Valores, contenidas en el D. Legislativo N° 861 de fecha 22 de octubre de 1996, vigente a la fecha de operación bursátil, las Sociedades Agentes de Bolsa son los únicos intermediarios autorizados, a las que se les otorga expresa autorización para estos efectos a través de los mecanismos centralizados de negociación que operan en la Bolsa, con sujeción a las disposiciones relacionadas con la transparencia del mercado (...),

(...) entendiéndose en ese contexto que la Wiese SAB se constituyó en el agente comisionista encargado por el banco demandado para la venta de SUS acciones, negociadas a nivel local e internacional como en el presente caso vía ADR´s".

[Énfasis y subrayado agregado]

3.2.11 De los considerandos antes citados queda claro que el razonamiento empleado por el Juzgado para "concluir" que existe

un supuesto contrato entre el demandante y nuestro Banco es absolutamente pobre y, por demás, contradictorio. No es una argumentación lógica en la medida en que, en un primer momento, concluye que a partir de la boletas que obran en autos se acredita la existencia de un contrato con nuestro Banco; pero, en el considerando inmediatamente posterior, señala que los únicos legitimados para actuar en la Bolsa de Valores son las Sociedades Agentes de Bolsa, en este caso, la Wiese SAB. ¿Qué tiene que ver una cosa con la otra? Nada. La Wiese SAB representó al Sr. Lizier y no al Banco. El objeto del contrato fue unos ADR de terceros inversionistas en la Bolsa de Estados Unidos de América.

3.2.12 Efectivamente, el Juzgado incurre en una manifiesta contradicción en la medida en que afirma que se celebró un contrato con el Banco sobre "sus acciones" (¿qué acciones? El Banco no ha vendido acción alguna), pero luego señala que la única autorizada para celebrar transacciones en la bolsa es Wiese SAB, sin tener en cuenta que se trata de dos personas jurídicas distintas y que el objeto del contrato no son acciones que el Banco pudiera tener sino los ADR. En otras palabras, al momento de determinar la existencia de un supuesto contrato entre nuestro Banco y el demandante, respecto de la adquisición de los ADR, el Juzgado afirma que efectivamente existiría un contrato entre el demandante y nuestro Banco pero, luego, señala que nuestro Banco no puede participar en la Bolsa de Valores y, en consecuencia, no pudo haber adquirido ADR alguno para el demandante. Entonces, ¿el supuesto contrato celebrado en el caso de autos, fue celebrado entre el demandante y nuestro Banco o fue celebrado con Wiese SAB? Ni el propio Juzgado tiene la respuesta a su contradictorio razonamiento. La realidad es que

en este caso hay dos contratos (i) uno celebrado entre el Sr. Lizier y Wiese SAB y (ii) otro celebrado entre el Sr. Lizier y un tercero inversionista de la Bolsa de Valores.

3.2.13 Más aún, el Juzgado afirma, de manera errada, que el supuesto contrato se habría perfeccionado a partir de una aceptación tácita de parte de la recurrente, aceptación tácita que, en palabras del Juzgado, se deriva de la boletas ofrecidas por el demandante. ¿Acaso este argumento nos permite “concluir” válidamente que el contrato alegado por el Sr. Lizier existe? La respuesta es una sola: NO.

3.2.14 Lo cierto es que para concluir si un contrato existe o no, no es suficiente una supuesta aceptación tácita sino que, por el contrario, el Juzgado debió determinar: (i) cuál era el tipo contractual, (ii) cuál era la causa del contrato, (iii) cuál era el objeto de dicho contrato y, más aún, (iv) debió señalar de forma precisa cuáles eran las partes en dicho contrato (¿El Banco o la Wiese SAB? ¿o ninguno de ellos? La respuesta es ninguno).

3.2.15 Peor aún, cuando el Juzgado intenta “analizar” la pretensión de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por el demandante, trasluce nuevamente una manifiesta ausencia de motivación, llegando inclusive a condenarnos al pago de una suma absurda sin realizar un análisis de cuantificación adecuado. Nos explicamos.

3.2.16 Del texto de la demanda se desprende que la indemnización solicitada por el demandante abarca conceptos de lucro cesante, daño emergente y daño moral. En consecuencia, el Juzgado debió atender a cada uno de los pedidos de indemnización formulados

por el demandante y analizar si es que se presentan los elementos que configuran un supuesto de responsabilidad, de acuerdo a los términos expuestos en la demanda y de acuerdo al tipo de daño invocado (daño emergente, lucro cesante, etc.). Sin embargo, ello no ocurrió.

3.2.17 En primer lugar, luego de que el Juzgado establece en el Vigésimo Tercer Considerando los términos de la pretensión accesoria del demandante, en el Vigésimo Cuarto Considerando, analiza el pedido concreto de indemnización:

*"Vigésimo Cuarto: Que, a fojas 264 de autos, obra la carta del Banco de Inversión Salomón Smith & Barney – USA, que ofrece al demandado una rentabilidad anual del orden del 62 %, documento que acredita la existencia de una rentabilidad alternativa a la inversión fallida realizada y desechada por la confianza inspirada en el demandante por la información propalada por el demandado, **lo que a su vez convierte en ACEPTABLE la expectativa del demandante de lograr un 65 % de rentabilidad sobre su inversión en ADR´s a los efectos de completar la inversión requerida para el negocio de hidrocarburos que planeaba**". [Énfasis y subrayado agregado]*

3.2.18 Aunque parezca sorprendente, el Juzgado concluyó que la expectativa esperada por el demandante es "aceptable"¹¹ como

¹¹ Esta afirmación no hace otra cosa que reflejar la carencia de motivación en el juzgado pues, como sabemos, todo juzgador debe alcanzar certeza respecto de una pretensión

consecuencia de la carta referida en dicho Considerando, es decir, consideró como aceptable una posible rentabilidad ofrecida por un tercero. ¿Por qué es aceptable? ¿Para que fines es aceptable? ¿Para calcular el daño? ¿Para concluir que la imaginación del señor Carlos Lizier es fecunda? Sin duda, se trata de una conclusión francamente absurda y que no puede acreditar la certeza de una rentabilidad ofrecida ni tampoco cual era la representación de la realidad que tenía el actor al momento de decidir comprarle a terceros los ADR, cotizados en la Bolsa de Nueva York. Desde ninguna perspectiva, se puede llegar a una conclusión financiera a partir de una simple carta emitida por una institución foránea. Lo peor es que el Juzgado tuvo en cuenta esta rentabilidad supuestamente "aceptable" para condenarnos al pago de la indemnización demandada, cantidad que insistimos responde a criterios arbitrarios e inconstitucionales.

- 3.2.19 De forma adicional, debe tenerse presente que una inversión que sugiere una rentabilidad de aproximadamente 65% es una de alto riesgo y, por lo tanto, este es un elemento que debió tener presente el juzgador como parte de su razonamiento. En efecto, por regla general, mientras más alta es la rentabilidad ofrecida, el riesgo también lo es y, precisamente por ello, el fracaso del negocio es una realidad a tener en cuenta. En el caso de autos, si es que el Juzgado hubiera realizado un análisis adecuado y motivado de los hechos descritos por el demandante, hubiera advertido que se trata de una inversión de alto riesgo y que la disminución del valor de los ADR era esperable; entonces, el demandante asumió un alto riesgo de inversión y la disminución

para que esta sea amparada y, en el caso de autos, al Juzgado simplemente le pareció "aceptable".

del valor de los ADR fue una consecuencia lógica del mismo. Se trató entonces de una inversión de alto riesgo y, en razón a ello, era previsible que la caída de valor de los ADR era una situación que se podía presentar por causas absolutamente exógenas, como las que afectan de tanto en tanto los mercados de valores.

3.2.20 Asimismo, el Juzgado incurre en una manifiesta arbitrariedad cuando se pronuncia sobre el pedido de daño moral formulado por el demandante. En efecto, el análisis de una pretensión de daño moral adquiere particular complejidad por lo difícil de la prueba para la acreditación del daño y, más aún, porque se trata del resarcimiento de un perjuicio de carácter básicamente psicológico.

3.2.21 Pues bien, ¿qué dijo el Juzgado respecto al daño moral reclamado? Dijo lo siguiente:

"Trigésimo Primero: Que, el daño moral consiste en la lesión que se ocasiona a la persona de la acción u omisión y debe ser indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a quien lo sufre y, por lo tanto, en el caso de autos, corresponde que sea resarcido en proporción a los hechos y circunstancias involucrados, por estas consideraciones, este Juzgado, con el criterio, de conciencia que la ley autoriza: (...)

(...)

FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios, en consecuencia ORDENO que el Banco demandado le pague la suma de US \$ 9, 523 595.20 por concepto de daños y perjuicios, y la

cantidad de US \$ 120, 000.00 por el daño moral ocasionado (...). [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.2.22 Nos encontramos frente a un claro supuesto de motivación aparente en la medida en que el Juzgado se limita a “justificar” su decisión respecto al daño moral mediante una escueta definición y no se avoca a subsumir tal definición o norma en el caso de autos, subsunción que resulta elemental para una condena por daño moral. La ausencia de fundamentación queda clara de una lectura del Considerando antes citado.
- 3.2.23 Por el contrario, el Juzgado señala que corresponde indemnizar el daño moral “*en proporción a los hechos y circunstancias involucradas*”; nos preguntamos: ¿Qué hechos? ¿Qué circunstancias? ¿Cuál es el daño moral supuestamente sufrido? ¿Cómo se ha probado dicho daño? ¿Por qué el daño se cuantifica en USD \$ 120, 000.00 (Ciento Veinte Mil con 00/100 Dólares Americanos) y no en USD \$ 100, 000.00 (Cien mil con 00/100 Dólares Americanos) o en USD \$ 20, 000.00 (Veinte Mil Dólares Americanos)? ¿Cuál es la relación de causalidad entre dichos hechos o circunstancias y el daño sufrido? Ninguna de estas preguntas ha sido respondida por el Juzgado y, precisamente por ello, nos encontramos frente a una sentencia arbitraria que vulnera flagrantemente nuestro derecho de defensa.
- 3.2.24 Pero la arbitrariedad no se limitó al daño moral también estuvo presente en el razonamiento del juzgador cuando realiza la cuantificación del lucro cesante.
- 3.2.25 En efecto, en los Considerandos Vigésimo Octavo y Vigésimo Noveno de la Resolución Recurrida, referidos a la existencia y

eventual cuantificación del lucro cesante demandado, el Juzgado señala lo siguiente:

"VIGESIMO OCTAVO: Que, en dicho Peritaje de Daños se señala un importe por utilidades no percibidas producto de la no implementación de la Refinería Berde, hasta diciembre del año 2000 fecha de elaboración del peritaje referido, del orden de los US \$ 9´523, 595.20; asimismo, proyecta a futuro un importe adicional correspondiente a las utilidades no percibidas por la misma razón del orden de los US \$ 38´432, 604.00 para el período diciembre del año 2000 a agosto de 2003; pero debe observarse que, si bien **ambas cifras han sido obtenidas sobre la base de una utilidad prevista** en función a ingresos y egresos del negocio y **acreditan un perjuicio tangible, al importe correspondiente** al período proyectado diciembre **del año 2000 a agosto del año 2003 de US\$ 38´432, 604.00, no puede otorgársele absoluta certeza** en cuanto al monto real y exacto del Lucro Cesante ocasionado, por tratarse de proyecciones a futuro.

VIGESIMO NOVENO: Que, si bien el Banco demandante no ha aportado prueba alguna que admita una duda razonable sobre la veracidad del contenido en las consideraciones precedentes ni ha observado formalmente o tachado en su oportunidad la pericia de daños o la documentación presentada por la parte demandante; no se le puede otorgar absoluta certeza por cuanto su gestor no puede asegurar el comportamiento de los precios de los hidrocarburos ni los costos de refinación de los mismos a lo largo de tiempo ulterior, no siendo amparable el daño

ocasionado por dicho concepto.” [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.2.26 Los Considerandos antes citados incurren en una seria contradicción interna. Por un lado, el Juzgado señala que tanto las utilidades proyectadas hasta el año 2000, como las proyectadas hasta el año 2003 son proyecciones a futuro hechas por el propio demandante y en base a un negocio hipotético que nunca se implementó, como el propio Juzgado afirma en su Vigésimo Séptimo Considerando. En otras palabras, tanto los US\$ 9´523,595.20 (Nueve Millones Quinientos Veintitrés Mil Quinientos Noventa y Cinco con 20/100 Dólares Americanos) como los US\$38´432, 604.00 (Treinta y Ocho Millones Cuatrocientos Treinta y Dos Mil Seiscientos Cuatro con 00/100 Dólares Americanos) son montos proyectados por el demandante, son una hipótesis, es decir, es lo que supuestamente pudiese haber pasado si la Refinería Berde se hacía realidad.
- 3.2.27 Entonces, si ambos son montos futuros, proyectados e ilusorios, ¿cómo es que el Juzgado ampara los US\$ 9´523,595.20 (Nueve Millones Quinientos Veintitrés Mil Quinientos Noventa y Cinco con 20/100 Dólares Americanos) y rechaza los US\$38´432, 604.00 (Treinta y Ocho Millones Cuatrocientos Treinta y Dos Mil Seiscientos Cuatro con 00/100 Dólares Americanos)? Esto es lógicamente contradictorio en la medida en que el propio Juzgado cataloga como proyecciones futuras ambos montos pero no emite pronunciamiento alguno orientado al amparo de los US \$ 9´523, 595.20 (Nueve Millones Quinientos Veintitrés Mil Quinientos Noventa y Cinco con 20/100 Dólares Americanos), monto que coincidentemente recoge en la condena a nuestra parte.

- 3.2.28 En síntesis, el Juzgado señala que ambos montos son proyecciones, hipótesis de un negocio que nunca existió ni iba a existir (porque para ponerlo en marcha se requeriría de un capital inicial de USD \$ 155'000, 000.00 (Ciento Cincuenta y Cinco Millones de Dólares Americanos que el propio demandante reconoce que no tenía) y que no se les puede otorgar certeza absoluta pero, contradictoriamente, termina otorgando al demandante una indemnización por un monto ascendente a una de dichas proyecciones, es decir, por un daño que no es cierto ni mucho menos probado.
- 3.2.29 Finalmente, respecto de la ausencia de motivación reflejada por el Juzgado, cuando evalúa los supuestos efectos negativos generados por la disminución del valor de los ADR, este señala lo siguiente:

"VIGÉSIMO SEGUNDO: *Que, en dicho peritaje de daños se determina que el daño económico al demandante ha sido ocasionado por el doloso comportamiento del Banco Wiese manifestado en la caída de la cotización bursátil y la consecuente pérdida de valor de la inversión del demandante y, en cuanto a la determinación del daño ocasionado, se señala que ha existido un perjuicio del orden de los US \$ 143, 610.44 ocasionado directamente por la caída de cotización de los ADR's del demandante adquiridos mediante una inversión inicial de aproximadamente US \$ 180, 000.00 dólares, a través de su SAB Wiese en el mercado de Nueva York, calculados en el indicado peritaje sobre la base de la diferencia del precio unitario de la cotización*

de los ADR's entre la fecha de compra y la fecha del mismo, sumados a las comisiones canceladas por el demandante a la Sociedad Agente de Bolsa Wiese; una pérdida de US 27, 119.52 ocasionados por el gasto fallido en el desarrollo de la ingeniería de la Refinería Berde; y U\$ 2, 580.00 producto del costo del desarrollo del Informe de Análisis de los ADR's ya antes mencionado totalizando así la cantidad de US\$ 173, 309.96, no obstante, el Juzgado debe tener en consideración el precepto contenido en el Art. 1332 del C.C. y fijar los daños y perjuicios con valoración equitativa".

3.2.30 Este Considerando trasluce que el Juzgado no ha tomado en cuenta una serie de hechos e imprecisiones en los que el demandante ha incurrido. Así, la argumentación empleada por el demandante es que la inversión de US\$ 180, 000.00 (Ciento Ochenta Mil con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) en la compra de los ADR, se iba a convertir en aproximadamente US\$ 9' 523, 595.20 (Nueve Millones Quinientos Veintitrés Mil Quinientos Noventa y Cinco con 20/100 Dólares Americanos) para el año 2000 y en US \$ 38' 432, 604.00 (Treinta y Ocho Millones Cuatrocientos Treinta y Dos Mil Seiscientos Cuatro con 00/100 Dólares Americanos) para el año 2003. ¿Es eso financieramente posible? Entendemos que, atendiendo a la supuesta rentabilidad y al estado del proyecto de gas , ello no sería posible.

- 3.2.31 Más aún, el Juzgado afirma, nuevamente sin motivación alguna, que a partir de lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil¹², corresponde otorgar una indemnización equitativa. Sin embargo, dicha norma no exonera al juzgador de cumplir con su deber de motivación pues, como el propio texto de la norma señala, el monto indemnizatorio deberá fijarse a partir de un juicio de equidad, el mismo que deberá ser plasmado por el Juez en su resolución. Es manifiestamente inconstitucional recurrir a una norma que implica un juicio de equidad y, al momento de aplicarla al caso concreto, no cumplir con dicho análisis de equidad. En el caso de autos, lo correcto era que el Juzgado desarrolle tal juicio de equidad y, a partir del mismo, alcance un eventual monto indemnizatorio pero, como se desprende de la propia sentencia, ello no fue así y, por el contrario, se limitó a fijar un monto de forma arbitraria e inmotivada.
- 3.2.32 Como resulta evidente, el retorno de inversión esperado por el demandante no era viable pues, a partir de un simple cálculo matemático podemos concluir que se trataba de una expectativa claramente irreal y, desde ningún punto de vista, iba a materializarse. En efecto, la rentabilidad que el demandante alega iba a obtener (65 % de USD \$ 180, 000.00 Dólares Americanos por año) del año 1999 al año 2000 le hubiera generado un ingreso de USD \$ 117, 000.00 (Ciento Diecisiete Mil Dólares Americanos), es decir, un monto que, ni si quiera hubiera cubierto su cuota de inversión en el proyecto -millonario y la vez imaginario- de petróleo en Bolivia (cabe precisar que según el

¹² "Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

propio demandante, su cuota de inversión en el proyecto de petróleo ascendía a USD \$ 155´000,000.00 Dólares Americanos). Por ello, el Juzgado incurre en un vicio de motivación en la medida en que omite utilizar las reglas más esenciales de la aritmética. Si las hubiera utilizado, habría llegado a la conclusión de que no existe ningún daño indemnizable. ¿Acaso USD \$ 117, 000.00 Dólares Americanos son suficientes para obtener y aportar un capital de USD \$ 108´000, 000.00 Dólares Americanos, y luego de ello, obtener utilidades de USD \$ 38´432, 604.00 Dólares Americanos? De ser ello posible, ¿porque el demandante no invirtió directamente los USD 180, 000.00 Dólares Americanos utilizados para la compra de los ADR en el proyecto de gas?

3.2.33 En suma, hemos demostrado cómo es que la Resolución Recurrída contiene una serie de defectos de motivación respecto a; (i) La existencia de un contrato con nuestro Banco; (ii) La cuantificación del daño moral y lucro cesante; y, además, (iii) No aplica conceptos elementales de aritmética que hubieran llevado a advertir rápidamente que no existe daño alguno que indemnizar.

3.2.34 En resumen, el Juzgado ha indemnizado inmotivadamente los sueños del demandante. Pero confiamos en que dicho error será corregido por el superior en grado, que se servirá declarar NULA la sentencia apelada.

3.3 FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.-

- 3.3.1 En el supuesto hipotético y negado en el que se considere que la Resolución Recurrída se encuentra correctamente motivada, el superior en grado deberá advertir, además, que esta incurre en un supuesto de valoración arbitraria de la prueba actuada en el presente proceso, siendo ello una manifiesta vulneración de nuestro derecho al debido proceso.
- 3.3.2 La función de la prueba en todo proceso es la de generar una razonable convicción en el juzgador, es decir, la prueba es la herramienta a través de la cual el juzgador adopta una decisión en torno a los hechos, de manera racional y fundamentada.
- 3.3.3 Sobre el particular, el artículo 188 del Código Procesal Civil señala lo siguiente:

*"Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, **producir certeza en el Juez** respecto de los puntos controvertidos y **fundamentar sus decisiones**".*

- 3.3.4 En consecuencia, la prueba actuada en estos autos debió servir para que el Juez fundamente su decisión y obtenga certeza respecto de los cuatro elementos de la responsabilidad civil aquí en disputa, estos son: (i) conducta activa u omisiva del sujeto a quien se le reclama la reparación; (ii) daño; (iii) factor de atribución; y, (iv) relación de causalidad adecuada. Para ello, el Juzgado debió establecer quién tenía la carga de la prueba y a quién le incumbía acreditar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil antes mencionados.

- 3.3.5 Y lo que ha ocurrido en el caso de autos es que el *a quo* no ha fundamentado por qué ha invertido la carga de la prueba que le incumbía al actor en torno al nexo causal y a la existencia del supuesto contrato con nuestro Banco. Entonces, se ha violado el deber de fundamentar el razonamiento probatorio seguido por el Juzgado para dar por cierto, sin mayor comprobación, lo alegado por el actor.
- 3.3.6 La razón del grave error denunciado es que el *a quo* no ha identificado a quién le incumbía la carga de la prueba. Por otro lado, se ha considerado que malas pruebas podían generar certeza, lo que, obviamente, significa que el acto mental de valoración de la prueba ha sido defectuoso.
- 3.3.7 Por ello, conviene traer a colación lo establecido por la doctrina peruana. Acerca de la valoración de la prueba, el profesor Reynaldo Bustamante Alarcón señala lo siguiente:

"La valoración o apreciación de los medios de prueba es la operación mental que realiza el juzgador con el propósito de determinar la fuerza o el valor probatorio del contenido o resultado de la actuación de los medios de prueba que han sido incorporados (sea de oficio o a petición de parte) al proceso o procedimiento. Son estos medios probatorios admitidos y actuados -y no otros- los que constituyen, o deben constituir, el objeto de la valoración. No obstante, conviene precisar que, como quiera que los medios de prueba están destinados a probar o verificar la existencia o inexistencia de los hechos, la valoración no solo debe consistir en un

análisis cuidadoso del material probatorio, sino también de los hechos que pretenden ser acreditados o verificados en ellos.¹³ [Énfasis y subrayado agregado]

3.3.8 En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“[El derecho constitucional a probar] se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”.¹⁴ [Énfasis y subrayado agregado]

3.3.9 Así, el derecho a una valoración conjunta y razonada de la prueba obliga al juzgador a evaluar razonadamente (no arbitrariamente), y conforme a las reglas de la sana crítica, los medios probatorios que han sido actuados en el proceso o

¹³ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. ARA Editores. Lima, 2001. Pág. 291.

¹⁴ Sentencia del 17 de octubre de 2005 recaída en el expediente N° 6712-2005-HC/TC.

procedimiento, a fin de obtener certeza respecto del asunto controvertido y expedir una decisión debidamente sustentada. La valoración que no se ajuste a las reglas de la sana crítica, será una valoración defectuosa, en consecuencia, perderá toda eficacia.

3.3.10 Sobre el particular, la Corte Suprema de la República ya ha señalado de manera acertada que: *"el derecho de prueba (...) comprende (...) el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba actuada (...)."*¹⁵

3.3.11 Dicho esto, corresponde explicar cómo es que en el caso de autos se ha violado nuestro derecho a una debida valoración de las pruebas ofrecidas y se ha invertido la carga de la prueba para favorecer, ilegalmente, al demandante. En estricto, el Juzgado ha valorado arbitrariamente los informes técnicos ofrecidos por el demandante para acreditar el daño, elemento de la responsabilidad civil cuya carga probatoria siempre le incumbe al actor.

3.3.12 El Juzgado ha arribado a la conclusión de que corresponde indemnizar al actor con la friolera de aproximadamente US\$ 9 millones, a partir de dos informes "periciales" de parte sobre lucro cesante y daño emergente, que concluyen que perder US\$ 143 000.00 en la Bolsa de Valores de Nueva York, EE.UU., es causa adecuada para dejar de ganar US\$ 38 000 000.00 en un negocio petrolero en Bolivia. Y concluir que estos informes

¹⁵ CAS. N°- 1376-04 JUNIN.

“periciales” satisfacen la carga de la prueba del daño, es precisamente el grave error procesal que denunciarnos.

- 3.3.13 Sucede pues que en la valoración de la prueba pericial hay que tener especial cuidado. Al valor una prueba pericial, el Juez deberá atender, necesariamente, a las competencias profesionales del perito y a los principios técnicos en los que basa su opinión pericial; pero además deberá analizarse si se trata realmente de una pericia, en los términos del artículo 264 del Código Procesal Civil¹⁶.
- 3.3.14 En ese sentido, el Juez debe tener presente quién es el profesional que emite la pericia a ser valorada y, sobretodo, si la misma permite concluir que hay sólida ciencia detrás de su elaboración. Ello se puede deducir de su propio contenido técnico y fáctico.
- 3.3.15 Pero el Juzgado no se detuvo a evaluar las competencias de los peritos, y menos la calidad técnica de los referidos informes. Simplemente dio por cierto su contenido pseudo-científico, destacando como elemento supuestamente definitorio, que nuestro Banco “no tachó a los peritos oportunamente”.
- 3.3.16 Sin embargo, nótese que no teníamos por qué haber tachado a los “peritos”, porque los documentos o informes técnicos que han sido anexados a la demanda, no era pericias de parte

¹⁶ “Artículo 264 del CPC.- Perito de parte.- Las partes pueden, en el mismo plazo de los peritos nombrados por el Juez, presentar informe pericial sobre los mismos puntos que trata el Artículo 263, siempre que lo hayan ofrecido en la oportunidad debida. (...)”

propriadamente dichas, sino simples informes técnicos (aunque nada técnicos, por cierto). Lo cierto es que no se actuaron dichas "pericias" y no hubo debate pericial. No se actuaron pericias de oficio por medio de las cuales se pudiese refutar o contradecir los informes técnicos que fueron anexados a la demanda. Ciertamente, **dichos informes (mal llamados pericias) no se ajustan a los cánones del artículo 264 del Código Procesal Civil antes mencionado. Ello debiera bastar para darles un valor probatorio meramente referencial.** En suma, por si mismos, dichos informes no sustentan el daño y no pueden justificar una sentencia como la dictada en autos.

- 3.3.17 Pero aún, si se les quisiera dar a dichos informes técnicos la naturaleza y peso probatorio de una pericia, sucede que dichos informes son absurdos y por lo tanto no pueden generar convicción alguna o servirle al Juzgador para justificar razonadamente su decisión. Veamos: el demandante ha pretendido sustentar su demanda en tres informes: (i) El peritaje de daños efectuado por el señor Gilberto Muñoz, (ii) el informe de Saavedra, Leveau & Asociados y (iii) el informe respecto del proyecto Refinería Berde, Santa Cruz, Bolivia (que en realidad forma parte del peritaje de daños del Sr. Muñoz).
- 3.3.18 Es el caso que ninguno de estos informes fue emitido por peritos con una competencia profesional reconocida y, peor aún, ninguno de estos peritajes goza de un sustento técnico o científico adecuado en su desarrollo. Al otorgarles plena certeza a los informes de marras, el Juzgado los ha valorado arbitrariamente y ha expendido una sentencia nula por violación, entre otros, del artículo 262 del Código Procesal Civil. Dicha norma resalta la necesidad de que el perito cuente con un conocimiento científico

comprobado y, precisamente por ello, las competencia y conocimientos científicos del perito, deberán ser evaluados y escrutados con sumo cuidado por el juzgador.¹⁷ Nada de esto ha sido hecho por el Juzgado.

3.3.19 En primer lugar, respecto del "peritaje" efectuado por el señor Gilberto Muñoz, éste adolece de serios defectos técnicos de evaluación que denotan no solo desconocimiento de las técnicas financieras y de elementales conceptos, sino que dicho "peritaje" parte de premisas falsas, como demostraremos a continuación.

3.3.20 Según el "Informe Muñoz", una refinería de petróleo, como la que alega el actor pensaba instalar en Bolivia, tiene un costo de US\$ 155 millones de Dólares Americanos (Ciento Cincuenta y Cinco con 00/100 Millones de Dólares Americanos). De estos US\$ 155 Millones de Dólares Americanos (Ciento Cincuenta y Cinco con 00/100 Millones de Dólares Americanos), el demandante alega (al hacer suyo el "Informe Muñoz") que debía aportar el 70%, es decir US\$ 108 Millones de Dólares Americanos (Ciento Ocho Millones con 00/100 Dólares Americanos), ya sea como garante o como aporte de capital. Si este era el abultado monto de la inversión, no queda nada claro cómo \$180,000.00 dólares que sólo representan el 0.17% (**menos del 1%**) de los \$108

¹⁷ Sobre el particular, el profesor Jorge L. Kielmanovich, cuando se refiere a la eficacia probatoria del peritaje, señala lo siguiente: "El artículo 477 del ordenamiento procesal civil y comercial nacional (art. 474, CPBA) señala que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el Juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en los que se funda, la concordancia del mismo con las reglas de la sana crítica, las observaciones efectuadas por los consultores técnicos y los letrados, y demás elementos de convicción que la causa ofrezca."

millones que tenía que aportar el Sr. Lizier, pudo afectar la viabilidad del negocio.

3.3.21 De otro lado, también llama la atención en el "informe Muñoz" la calidad de las empresas aludidas por el demandante para justificar un negocio de más de US\$ 150 Millones de Dólares Americanos (Ciento Cincuenta con 00/100 Millones de Dólares Americanos) de inversión. La primera empresa que se encargaría del negocio es la empresa Texxon Global Energy Limited, con dirección en Lagos, Nigeria. La mencionada empresa, según su página Web (<http://www.texxon.co.uk/contactus.php>), se dedica a múltiples ocupaciones de servicios que van desde suministros hasta transporte por carretera y por avión, pero no cuenta con ninguna experiencia en el mercado de gas y/o petróleo. La segunda empresa involucrada fue NUPRA S.R.L., la misma que según su link en Internet, no tiene experiencia alguna en el mercado de refinerías de petróleo. Entonces, ¿es creíble que ambas empresas serían buenos socios del demandante para montar una refinería de petróleo?. La respuesta es evidente, se trata de "empresas fantasma" y de un **negocio inventado para presentar una argumentación de lucro cesante en este proceso judicial.**

3.3.22 Luego, de acuerdo con los documentos que han servido de base para la elaboración del "Informe Muñoz", se desprende que el mismo demandante celebró un "contrato" con CONIMASA para la elaboración de documentos técnicos y se pactaron honorarios por US\$ 20,000 (Veinte Mil con 00/100 Dólares Americanos). Estos honorarios fueron pagados con simples recibos de caja que no constituyen comprobantes de pago válidos en nuestro país. Siendo CONIMASA una empresa peruana, ésta debió emitir

boletas de venta o facturas. Ello demuestra que se trata de honorarios simulados. No hubo tal pago. Sin embargo, en el Considerando Vigésimo Segundo de la Sentencia, el Juzgado reconoce como parte del daño emergente, este simulado pago hecho por el actor, en calidad de "gastos fallidos en el desarrollo de la ingeniera de la refinería Berde".

- 3.3.23 Lo único que queda claro entonces, es que la supuesta refinería, era un proyecto sin sustento alguno y que no contaba con elementos que permitan avizorar su éxito. Entonces, ¿qué tipo de peso o valor probatorio puede tener un informe que se basa en meras especulaciones, imprecisiones, actos simulados, y empresas "fantasma"? Y nótese que basta el sentido común, y no alta matemática financiera, para advertir que el lucro cesante al que arriba el "Informe Muñoz", no tiene sustento fáctico.
- 3.3.24 En segundo lugar, respecto del informe de Saavedra, Leveau & Asociados, debe tenerse presente que éste tampoco prueba nada, no es una pericia, ni tiene elementos que puedan considerarse "científicos". El "Informe Saavedra" es un plagio de las Notas a los Estados Financieros del Banco Wiese del año 1999 (documento elaborado por el contador público colegiado, Mario J. Mejía, con matrícula profesional N° 796. ¿Se puede otorgar credibilidad a un "perito" que copia textualmente un informe emitido por otra persona? Consideramos que no y ello quita credibilidad y todo valor probatorio a este informe. Mal hizo entonces el *a quo* en sustentar el dolo de nuestro Banco, sobre la base del informe de marras.
- 3.3.25 En conclusión, todos y cada uno de los informes presentados por el demandante para sustentar y cuantificar su demanda padecen

de serios problemas que deben llevar a que el juzgador, al momento de merituarlos, les otorgue un valor probatorio nulo. Así, como hemos demostrado, ninguno de los informes periciales cumple con los elementos principales para una adecuada valoración, estos son: **(i) Competencia del perito; y, (ii) sustento técnico de la pericia.** En otras palabras, teniendo en cuenta lo señalado por el juzgado en la Resolución Recurrída, no puede existir otra conclusión que la existencia de una arbitraria valoración de la prueba en el caso de autos y, la consecuente afectación de nuestro derecho al debido proceso.

3.4 FUNDAMENTOS DE LA TERCERA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.-

- 3.4.1 Incluso en el negado supuesto que se considere que no se ha incurrido en un supuesto de valoración arbitraria de la prueba actuada en este caso y que existió un contrato entre el demandante y nuestro Banco, solicitamos al superior en grado que revoque la Resolución Recurrída pues debe tenerse en cuenta que, no ha existido error ni mucho menos dolo por parte de nuestro Banco.
- 3.4.2 Nuestro Código Civil define dolo en su artículo 210 de la siguiente manera:

"El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él". [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.4.3 Entonces, el dolo implica una manifiesta intención de una de las partes contractuales de engañar a la otra para que esta incurra en error. Sobre el particular, Díez Picazo señala que:

"[E]l error consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico."¹⁸

- 3.4.4 En este mismo sentido, en cuanto al error, el artículo 201 de nuestro Código Civil, flagrantemente inaplicado por el *a quo* establece que:

*"El error es causa de anulación del acto jurídico **cuando sea esencial y conocible** por la otra parte." [Énfasis y subrayado agregado]*

- 3.4.5 Ahora bien, en el caso en concreto, **no ha existido ni dolo ni error del actor al comprar los ADR, tal cual pasamos a demostrar**. En efecto, el demandante sostiene que celebró el contrato de compraventa de los ADR sólo porque obtendría una rentabilidad del 65%, expectativa de ganancia que queda perfectamente acreditada por lo dicho por el demandante en su propio escrito de demanda.

¹⁸ DIEZ PICAZO Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial" Editorial Civitas Madrid. 1996. pp.176.

- 3.4.6 En ese sentido, señala que, de haber sabido que el valor de los ADR se iba a reducir y que no iba a recibir tal rentabilidad, no hubiera celebrado el acto jurídico en cuestión. La pregunta es: ¿pudo el demandante conocer o advertir, de alguna forma, que los ADR podían sufrir una reducción en su valor y que, por lo tanto, su expectativa de rentabilidad se vería trunca? Por supuesto que lo pudo advertir.
- 3.4.7 Sin embargo, al hacer el respectivo análisis, el Juzgado no ha tomado en cuenta una premisa básica de todos los negocios realizados en la Bolsa de Valores, la cual consiste en que a mayor rentabilidad, mayor riesgo y –lógicamente- a menor rentabilidad, menor riesgo. Un claro ejemplo de cómo se aplica esta premisa se encuentra en los contratos de depósito celebrados con los Bancos. Todos sabemos que al abrir una cuenta corriente en un Banco el riesgo de perder ese dinero es ínfimo y por esa razón las tasas de interés que dichos Bancos pagan también son bastante reducidas. En ese sentido, nadie espera hacer negocios en base a los intereses producto del depósito bancario de su dinero.
- 3.4.8 Dicho esto, cabe recalcar que el propio demandante afirma que esperaba obtener una ganancia del 65% e incluso basa su pretensión de indemnización en esta supuesta expectativa de ganancia. Pues bien, aplicando la lógica antes expuesta al caso concreto, resulta evidente que nos encontramos ante un negocio de alto riesgo y que la no obtención de la rentabilidad esperada de los ADR era una consecuencia esperable. Nos explicamos.

- 3.4.9 En adición a la sola misma lógica del mercado bursátil, el demandante no tomó en cuenta la rentabilidad promedio al momento en el que cual adquirió los ADR. Esto es de vital importancia en la medida en que el riesgo de toda inversión se iba a incrementar o reducir, de acuerdo a la rentabilidad ofrecida y a la rentabilidad promedio en tal momento. Así, ¿cuál era la rentabilidad promedio en el año 1999?
- 3.4.10 Según Bloomerg (www.bloomberg.com - entidad de reconocido prestigio en el mercado bursátil), es un hecho jurídico y notorio que la rentabilidad promedio en el mercado de valores norteamericano (justamente donde se vendían y transaban los ADR) a diciembre del año 1998 era de solo 14.5 % y con una clara tendencia a la baja. Esto se puede verificar en el siguiente cuadro:

Rentabilidad Promedio de Mercados Bursátiles a Diciembre 1998

Indices	Tasas de Rentabilidad Anualizadas				
	6 meses	1 año	2 años	3 años	5 años
	Jun. 98- Dic. 98	Ene. 98- Dic. 98	Ene. 97- Dic. 98	Ene. 96- Dic. 98	Ene. 94- Dic. 98
Mercado Peruano:					
Indice General BVL	-33.8%	-25.5%	-3.3%	2.4%	n.d.
Indice Selectivo BVL	-30.8%	-23.7%	0.4%	6.4%	n.d.
Indice Sector Bancos y Financieras	-95.6%	-43.0%	-56.1%	-37.9%	n.d.
Mercado de los Estados Unidos:					
Standard & Poor's 500	14.5%	26.1%	29.1%	25.9%	21.4%

- 3.4.11 Como se ve, la reducción del valor de los ADR era más que esperable y, de haber actuado con una diligencia promedio, el señor Lizier pudo haber advertido que su inversión en ADR no podía tener una expectativa de 65% de rentabilidad, cuando el

mercado tenía un promedio de rentabilidad ascendente al 14.5% de la inversión realizada y, además, la Bolsa de Valores en el Perú venía en negativo. En todo caso, y como hemos indicado, se trató de una inversión de alto riesgo, riesgo que fue asumido por el demandante.

3.4.12 En este orden de ideas, el artículo 203 del Código Civil, flagrantemente inaplicado por el *a quo*, establece que:

*"El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, **a las circunstancias del acto** o a la calidad de las partes, una persona de **normal diligencia** hubiese podido advertirlo."*

3.4.13 Pues bien, el Juzgado también ha omitido evaluar si el Sr. Lizier era una persona de normal diligencia y, sobretodo, si las circunstancias del acto (nos referimos a la situación económica y bursátil del mercado a la fecha de adquisición de los ADR) permitían considerar que hubo error en el Sr. Lizier al comprar los ADR. En primer lugar, respecto del demandante, se trata de un sofisticado inversionista en la medida en que realizó una inversión de alto riesgo con la compra de los ADR. Es decir, decisiones de ese nivel no son adoptadas por personas que no tienen mayor experiencia en el mercado bursátil o que, se podría decir, son adversas al riesgo. El demandante era un empresario sumamente arriesgado y precisamente por ello sus inversiones pudieron haber crecido o decrecido.

3.4.14 Por las razones antes expuestas, debe quedar claro que se trató de una inversión de alto riesgo, y dicha magnitud del riesgo hubiera podido ser advertida por cualquier persona de normal

diligencia, pero más aún, por el demandante, por su vinculación y conocimiento relativos al negocio bursátil y lo arriesgado de esta inversión puntual.

3.4.15 En conclusión, en el caso de autos no ha existido dolo o culpa por parte de nuestro Banco pues, no hubo error del actor al momento de comprar los ADR, en la medida en que, atendiendo a las circunstancias del mercado bursátil y a la calidad del demandante, era perfectamente posible que este último tenga una perfecta visión del escenario en el que iba a comprar los ADR y, sobretodo, del nivel de riesgo que implicaba tal inversión.

3.4.16 Si el *a quo* hubiera aplicado los artículos 201 y 203 del Código Civil al caso *sub litis* y los hubiera subsumido en los hechos, hubiera llegado a la conclusión de que la demanda era infundada en todos sus extremos.

3.5 FUNDAMENTOS DE LA CUARTA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA.-

3.5.1 En el supuesto en el que se considere que todas nuestra pretensiones precedentes son infundadas, el superior en grado deberá tener presente que el *a quo* ha inaplicado una serie de normas sustantivas al caso de autos, cuales son: (i) inaplicación del artículo 1985 del Código Civil, (ii) inaplicación del artículo 1972 del Código Civil, (iii) inaplicación del artículo 1973 del Código Civil e (iv) inaplicación del artículo 1984. En consecuencia, la Resolución Recurrída deberá ser revocada.

3.5.2 La coexistencia de la responsabilidad contractual y extracontractual lleva aparejada en no pocos casos problemas de

difícil solución, derivados de su difícil adscripción a una y otra, y del hecho de que a un mismo supuesto de hecho puedan serle aplicables regímenes jurídicos sustancialmente diferentes al menos desde la perspectiva de su regulación normativa.¹⁹

3.5.3 Sin embargo, esta diferencia de régimen (de responsabilidad contractual o extracontractual) sí tiene diversas implicancias, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Entre los primeros, cabe destacar el relativo al criterio de imputación (fundamentalmente el diferente grado de culpa exigible al autor del daño); **la legitimación para reclamar la indemnización**; el **círculo de personas que deben responder** bien directamente, bien por hecho de otro, así como su capacidad; la naturaleza de la obligación en la hipótesis de pluralidad de responsables; **el alcance de los daños indemnizables**; el régimen de prescripción y las causas de extinción de la obligación; la existencia de convenciones entre las partes dirigidas a modificar el régimen de la responsabilidad, etc. Entre los segundos (aspecto procesal), los relativos a la formulación de la «*causa petendi*»; a la competencia judicial territorial, tanto en su dimensión interna como internacional; **al juicio aplicable por razón de la materia** y, en fin, a la carga de la prueba.²⁰

3.5.4 Todas estas posibles diferencias que se derivan de la aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad civil (esto es, contractual o extracontractual) implican, como es lógico, que el juzgador deba efectuar, necesariamente, un análisis razonado y

¹⁹ REGLERO CAMPOS, Fernando (Coordinador). "Lecciones de Responsabilidad Civil". Editorial Aranzadi S.A. Navarra, 2002. pp. 43, 44.

²⁰ Ibíd. p. 44.

motivado respecto de qué régimen corresponde a cada caso en concreto. **Sin embargo, tal análisis se encuentra absolutamente ausente en la Resolución Recurrída.**

- 3.5.5 En efecto, el Juzgado ha omitido pronunciarse, razonada y motivadamente, respecto a qué régimen de responsabilidad civil resultaría aplicable al caso de autos. Sólo podemos inferir que el Juzgado optó por la aplicación del régimen de responsabilidad contractual, dada una breve referencia a los artículos 1321 y 1322 del Código Civil en el Segundo Considerando de la Resolución Recurrída.

"SEGUNDO: Sobre la materia controvertida:

(...)

*Asimismo, en el artículo 1318° del mismo código o cuerpo legal se establece que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación **y en el artículo 1321° y 1322° se establecen la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios** comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante y el daño moral, de ser el caso."* [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.5.6 Lo anterior no sólo constituye un supuesto de motivación absolutamente insuficiente - tal como hemos visto en las secciones precedentes - sino que, además, implica un grave error de Derecho por parte del Juzgado. Efectivamente, producto de la falta de un análisis detenido, razonado y motivado, el Juzgado ha errado al pretender encuadrar el caso de autos en un supuesto de responsabilidad civil contractual y, al hacerlo, no sólo yerra en sus conclusiones, sino que, inaplica todos los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil

extracontractual que, en todo caso, debieron ser materia de análisis.

3.5.7 En efecto, como resulta evidente, **“para que exista responsabilidad civil contractual es preciso que exista un contrato válido entre el responsable y la víctima, y que el daño resulte de su incumplimiento.”**²¹ Esta premisa, sencilla y evidente, implica que para la aplicación de la responsabilidad civil contractual deberán cumplirse, cuando menos, los siguientes requisitos: (i) Que exista un contrato; (ii) Que el contrato sea válido; (iii) Que el contrato vincule al responsable con la víctima; y, (iv) Que el daño resulte del incumplimiento del contrato.²²

3.5.8 En el presente caso, aun si consideráramos – como ha sido sostenido por el Juzgado – que se habría cumplido con acreditar la existencia de algún contrato de compraventa en virtud del cual el demandante habría adquirido los mencionados ADR, según se alega en la demanda, lo cierto es que dicho contrato sería inválido. Ello conforme a lo señalado por el propio demandante, quien precisamente pretende su anulabilidad. Sostener que existe responsabilidad civil contractual derivada de un contrato que el propio Juzgado ha considerado nulo es, evidentemente, una flagrante contradicción.

3.5.9 Adicionalmente, como hemos venido sosteniendo, este presunto contrato no podría vincular a nuestro Banco, sencillamente porque no somos parte de dicho contrato y, en virtud del

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *“Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual”*. Editorial Dykinson S.L. Madrid, 2001. p. 85.

²² *Ibíd.* pp. 79-106.

Principio de Relatividad del Contrato, éstos sólo vinculan a las partes que los celebran. Por último, el presunto daño alegado por el demandante no se deriva del incumplimiento de ninguna obligación establecida en el presunto contrato de compraventa de los ADR sino, más bien, en un supuesto error de información que en cualquier caso habría operado en la etapa precontractual (de haber existido alguna).

- 3.5.10 Por tanto, queda absolutamente evidenciado que el régimen de responsabilidad civil aplicable al presente caso no es el de responsabilidad contractual sino, más bien, el de **responsabilidad extracontractual**, regido en nuestro ordenamiento por los artículos 1969 y siguientes del Código Civil, artículos que han sido totalmente dejados de lado al momento de la emisión de la Resolución Recurrída.
- 3.5.11 En efecto, de haber efectuado un análisis detenido, razonado y motivado, que de acuerdo a ley corresponde a toda sentencia, el Juzgado habría determinado que el régimen aplicable a este caso es el de responsabilidad extracontractual y, por tanto, habría tenido que aplicar los elementos y requisitos previstos en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.
- 3.5.12 Como veremos, de haberse aplicado las normas a las que nos referiremos a continuación, el Juzgado hubiera concluido que era lógico el rechazo de la pretendida indemnización por los presuntos daños y perjuicios alegados por el demandante, la misma que ha sido acumulada, aunque indebidamente, como una pretensión accesoria. Veamos:

- 3.5.13 Conforme a los elementos y requisitos previstos en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil, todo supuesto de responsabilidad exige la presencia y verificación de cuatro elementos: Ellos son: **(i) conducta activa u omisiva del sujeto a quien se le reclama la reparación; (ii) daño; (iii) factor de atribución; y, (iv) relación de causalidad adecuada.** Ninguno de estos elementos ha sido debidamente analizado por el Juzgado.
- 3.5.14 Al respecto, sin perjuicio de la manifiesta falta de sustento probatorio de las alegaciones del demandante respecto al presunto hecho dañoso e, incluso, respecto al supuesto daño que esto le habría generado; lo cierto es que, el Juzgado también ha omitido evaluar otras consideraciones indispensables para el otorgamiento de una indemnización, más aún tratándose de una indemnización del calibre de la pretendida.
- 3.5.15 En primer lugar, **se ha inaplicado el artículo 1985 del Código Civil,** omitiendo por completo el análisis de la causalidad adecuada que necesariamente debe existir entre el evento y el presunto daño.
- 3.5.16 En efecto, el artículo 1985 del Código Civil señala, textualmente, lo siguiente:

*"Artículo 1985º.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, **debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido** [...]" [Énfasis y subrayado agregado]*

- 3.5.17 Así, como hemos manifestado, a efectos de determinar si existe la obligación de indemnizar un daño, se debe primero analizar cuál es la causa que produjo el daño, es decir, cuál es el elemento fáctico que tuvo como consecuencia **ADECUADA** y lógica la producción directa del daño.
- 3.5.18 La pregunta clave frente a la situación concreta es: **¿la acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño?** Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era "adecuada" para producir el daño, y entonces, éste es objetivamente imputable al agente.
- 3.5.19 En ese sentido, la pregunta es si la pérdida de US\$ 143,000.00 por una mala inversión en el mercado de valores norteamericano (como se sostiene en el Vigésimo Segundo Considerando de la Sentencia) podría ser causa adecuada de la frustración de un negocio hidrocarburífero que se pensaba instalar en Bolivia y que requería una inversión de más de US\$ 155'000,000.00. **La respuesta es, en este caso, rotundamente negativa.**
- 3.5.20 En efecto, tal como consta en los documentos presentados por el demandante, el proyecto hidrocarburífero que se pensaba instalar en Bolivia requería un capital necesario ascendente a US\$ 155'000,000.00. De este monto, el demandante supuestamente debía aportar el 70%, es decir, US\$108'000,000.00, ya sea como garante o como aporte de capital. Si el demandante disponía de esta cantidad de dinero, no queda claro cómo la presunta pérdida de US\$ 180,000.00, que sólo representa el 0.17% (**imenos del**

1%!) de los 108'000,000.00 que tenía que aportar, podría haber afectado la entera viabilidad de este negocio.

3.5.21 Sin lugar a dudas, la presunta pérdida de los US\$ 143,000.00 que la sentencia reconoce como daño emergente al actor por la mala inversión en los mencionados ADR no constituye una causa adecuada, lógica, normal ni verosímil de la frustración de un negocio hidrocarburífero de la envergadura del que se habla. Se debe tener presente, además, que la inversión realizada por el demandante implicaba la asunción de un riesgo inherente a las operaciones del mercado de valores y, por tanto, el resultado de su inversión no puede pretender ser alegado como causa adecuada de un supuesto daño que ahora pretende ver resarcido pues, para bien o para mal, el actor mismo asumió el riesgo de dicha inversión.

3.5.22 En segundo lugar, en el supuesto negado que el resultado de dicha inversión pudiera ser una causa adecuada del daño alegado por el demandante, debió tenerse en cuenta que, en el caso de autos, se presenta un claro supuesto de fractura del nexo causal, provocado por la imprudencia de quien presuntamente padece el daño, es decir, del propio demandante, **supuesto recogido en el artículo 1972 del Código Civil, cuyo texto ha sido inaplicado por al a quo.**

*"En los casos del artículo 1970º, **el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia** de caso fortuito o de fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o **de la imprudencia de quien padece el daño.**" [Énfasis y subrayado agregado]*

3.5.23 Ahora bien, las fracturas del nexo causal son aquellos hechos ajenos a la serie causal normal, que consecuentemente interrumpen la cadena de la causalidad adecuada. Una fractura del nexo causal, conlleva a que la causa indicada como adecuada, no sea más que la causa aparente, existiendo más bien, otra causa que es la verdadera y realmente adecuada causante del daño. En este caso, son las propias decisiones del Sr. Lizier las que motivaron que su patrimonio se reduzca.

3.5.24 En efecto, la fractura del nexo causal por imprudencia de quien padece el daño, significa que la conducta de quien presuntamente padece el daño es la verdadera causa adecuada del mismo, siendo que la causa alegada (el supuesto dolo del Banco) es sólo una causa aparente o causa inicial. Al respecto, la Corte Suprema de la República ha señalado que:

*"Que, el artículo 1972 del Código Civil, regula la ruptura del nexo causal conformado por aquel supuesto que se presenta ante un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el mismo que será resultado de una sola de dichas conductas, en ese sentido, **la conducta que no ha llegado a causar el daño se denomina causa inicial, y la conducta que sí llegó a causar el daño se le denomina causa ajena;** presentándose esta última causa en cuatro supuestos: a) caso fortuito, b) fuerza mayor, c) hecho de un tercero y, **d) hecho de la propia víctima;** por tanto constituye un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad civil a cargo del autor de la causa inicial, precisamente por haber sido el daño*

consecuencia del autor de la causa ajena²³" [Énfasis y subrayado agregado]

- 3.5.25 Según los términos utilizados por la Corte Suprema, en el presente caso, se presenta una evidente ruptura del nexo causal por hecho del propio afectado. El demandante asumió el riesgo de invertir en el mercado bursátil y asumió también el riesgo de elegir la oportunidad y rentabilidad.
- 3.5.26 En efecto, tratándose de un inversionista ducho en la materia, si la devaluación de los ADR presuntamente ponía en peligro la viabilidad de su imaginario negocio de gas en Bolivia, lo cierto es que no resultaba razonable que el demandante haya puesto todas sus expectativas en una inversión bursátil que, de por sí, implicaba serios riesgos, como lo demuestra la propia Tabla de Bloomberg que se muestra a continuación. Ello revela que el inversionista era uno avezado y que, no obstante reconocer los riesgos de sus inversiones, las asume por los potenciales réditos y esperanzas que podrían generar.
- 3.5.27 Como hemos indicado en líneas precedentes, según Bloomberg (www.bloomberg.com - entidad de reconocido prestigio en el mercado bursátil), es un hecho jurídico y notorio que la rentabilidad promedio en el mercado de valores norteamericano (justamente donde se vendían y transaban los ADR) a diciembre del año 1998 era de solo 14.5 % y con una clara tendencia a la baja. Esto se puede verificar en el siguiente cuadro:

²³ Casación N° 1137-2007 de fecha 12 de junio de 2007.

Rentabilidad Promedio de Mercados Bursátiles a Diciembre 1998

Indices	Tasas de Rentabilidad Anualizadas				
	6 meses	1 año	2 años	3 años	5 años
	Jun.98- Dic.98	Ene.98- Dic.98	Ene.97- Dic.98	Ene.96- Dic.98	Ene.94- Dic.98
Mercado Peruano:					
Indice General BVL	-33.8%	-25.5%	-3.3%	2.4%	n.d.
Indice Selectivo BVL	-30.8%	-23.7%	0.4%	6.4%	n.d.
Indice Sector Bancos y Financieras	-95.6%	-43.0%	-56.1%	-37.9%	n.d.
Mercado de los Estados Unidos:					
Standard & Poor's 500	14.5%	26.1%	28.1%	25.9%	21.4%

3.5.28 En el negado supuesto que el demandante no fuera un inversionista experimentado, la inversión realizada implicaría una imprudencia aún mayor pues, a pesar de necesitar el capital con el que contaba para viabilizar un proyecto hidrocarburífero, éste decidió invertirlo en la bolsa sometiendo dicho capital al riesgo inherente al mercado y, por consiguiente, arriesgando la viabilidad de su proyecto.

3.5.29 Estas consideraciones, por demás evidentes, al menos debieron merecer alguna evaluación por parte del Juzgado. Sin embargo, la Resolución Recurrída no aplicó al caso *sub litis* los artículos precitados.

3.5.30 **Pero, adicionalmente, el a quo también ha inaplicado el artículo 1985 del Código Civil, en la parte pertinente a la naturaleza del lucro cesante** pues, como veremos, el lucro cesante es la rentabilidad normal y esperada y no la utilidad de un negocio imaginario. Veamos:

"La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido [...]" [Énfasis y subrayado agregado]

3.5.31 Al respecto, mediante la Resolución Recurrída, el Juzgado resuelve otorgar al demandante, una indemnización por daños y perjuicios ascendente a US \$ 9'523,595.20 correspondientes a las utilidades no percibidas producto de la no implementación del proyecto hidrocarburífero denominado Refinería Berde, el mismo que presuntamente se vio frustrado por la pérdida del monto invertido en los ADR, es decir, dichos nueve millones corresponden al concepto de lucro cesante.

3.5.32 No obstante, el Juzgado omite considerar el concepto legal y correcto de lucro cesante. En efecto, como señala Fernando de Trazegnies:

"En el caso del lucro cesante, se trata de un daño futuro cierto: dejaremos de percibir lo que sin lugar a duda recibiríamos, única y exclusivamente porque se ha frustrado el medio para obtener ese beneficio futuro. Esa ganancia esperada no contenía intrínsecamente ningún factor que hiciera pensar que no

*sería obtenida en caso de que no hubiera tenido lugar el acto dañino.*²⁴ [Énfasis y subrayado agregado]

3.5.33 En efecto, el concepto de lucro cesante no involucra las potenciales utilidades que podrían haberse derivado de un negocio que nunca se implementó pues ello, bajo ningún supuesto, constituye un **daño cierto**. Por el contrario, se trata meramente de una expectativa.

3.5.34 En ese sentido, al inaplicar el artículo 1985 del Código Civil, el *a quo* ha obviado las consideraciones más elementales de un correcto cálculo indemnizatorio que es necesario y, por lo tanto, ha otorgado una indemnización absurda que pretende indemnizar acontecimientos inciertos, que pueden suceder o no, y que, en esa medida, no resultan indemnizables.

3.5.35 Finalmente, por si fuera poco, **al a quo también ha inaplicado el artículo 1984 del Código Civil**, que señala parámetros para indemnizar el daño moral, los que no han sido tenidos en cuenta.

*"Artículo 1984°.- **El daño moral es indemnizado considerando su magnitud** y el menoscabo producido a la víctima o su familia."*

3.5.36 Los daños extrapatrimoniales o morales son los que recaen en bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido

²⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. "Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad". En: "Homenaje a Jorge Avendaño". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. Lima, 2004. p. 874.

estricto. Se trata de daños a bienes o a derechos que no se pueden reponer porque no circulan en el tráfico jurídico, tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, el nacimiento de un hijo no deseado, y un largo catálogo de supuestos que van integrando poco a poco el contenido del daño moral.

3.5.37 No obstante, como se sabe, el daño moral debe cumplir la característica general de todo daño susceptible de reparación: debe ser cierto y probado. En efecto, el daño moral ha de probarse. Éste no surge de manera automática. Sobre el particular, cabe preguntarse qué prueba ha sido producida por el demandante para sustentar el presunto daño moral que dice se le ha ocasionado. Pues, ninguna. Lo único que se ha alegado es que ha "sufrido" porque ha perdido confianza en el mercado bursátil peruano!!

3.5.38 Lo que es más, no sólo el demandante omite probar el presunto daño moral que se le habría ocasionado, sino que la Resolución Recurrída no muestra ni un solo fundamento de porqué se ha estimado que dicha pretensión sería fundada ni cómo se llegó al cálculo del monto correspondiente a dicho daño

3.5.39 Pues bien, ¿qué dijo el Juzgado respecto al daño moral reclamado? Dijo lo siguiente:

"Trigésimo Primero: Que, el daño moral consiste en la lesión que se ocasiona a la persona de la acción u omisión y debe ser indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a quien lo sufre y, por lo tanto, en el caso de autos,

corresponde que sea resarcido en proporción a los hechos y circunstancias involucrados, por estas consideraciones, este Juzgado, con el criterio, de conciencia que la ley autoriza: (...)

(...)

FUNDADA EN PARTE la pretensión accesorio de pago de daños y perjuicios, en consecuencia ORDENO que el Banco demandado le pague la suma de US \$ 9, 523 595.20 por concepto de daños y perjuicios, y la cantidad de US \$ 120, 000.00 por el daño moral ocasionado (...).” [Énfasis y subrayado agregado]

3.5.40 Reiteramos que nos encontramos frente a un claro supuesto de motivación aparente en la medida en que el Juzgado se limita a “justificar” su decisión respecto al daño moral mediante una escueta definición y no se avoca a subsumir tal definición o norma en el caso de autos, subsunción que resulta elemental para una condena por daño moral. La ausencia de fundamentación queda clara de una lectura del Considerando antes citado.

3.5.41 En ese sentido, se evidencia que el Juzgado ha omitido por completo la consideración del artículo 1984 del Código Civil, así como los demás elementos y requisitos generales de la responsabilidad civil.

IV. EXPRESIÓN DEL AGRAVIO QUE NOS CAUSA LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

El agravio que nos causa la Resolución Recurrída es manifiesto ya que nos ordena pagar, a favor del demandante, la suma de US\$9'523,595.20, por concepto de daños y perjuicios, y la suma de US \$ 120,000.00, por concepto de daño moral por la presunta anulabilidad de un contrato del que no somos parte y, adicionalmente, la Resolución Recurrída carece de una debida motivación, valora de forma arbitraria la prueba actuada e inaplica una serie de normas sustantivas al caso concreto.

POR TANTO:

Solicitamos al Juzgado se sirva conceder el presente **RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA** y, respetando la prevención de ley, se eleve el expediente al Superior Jerárquico.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, dejamos constancia que adjuntamos los recibos que acreditan el pago del arancel vigente por concepto de apelación de sentencia ascendente S/. 1650. 75 (Un mil seiscientos cincuenta con 75/100 Nuevos Soles), así como por el derecho de notificación, y copias suficientes del presente escrito.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con lo establecido en los artículos 290 y 291 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, el presente escrito es autorizado por los abogados integrantes del Estudio Jurídico Colectivo Payet, Rey Cauvi, debidamente inscrito en el Registro de Estudios Jurídicos colectivos de la Corte Superior de Justicia de Lima; conforme se ha dado cuenta por el Juzgado mediante resoluciones N° 13

y N° 19, de fechas 3 de agosto de 2006 y 14 de julio de 2009, respectivamente.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos el poder de nuestro representante legal (**Anexo 6-A**), así como copia legible de su Documento Nacional de Identidad (**Anexo 6-B**).

Lima, 8 de diciembre de 2009

José Antonio Payet P.
ABOGADO
C.A.L. 16338

Jean Paul Mejía Giraldo
Abogado
Reg. CAL N° 30919

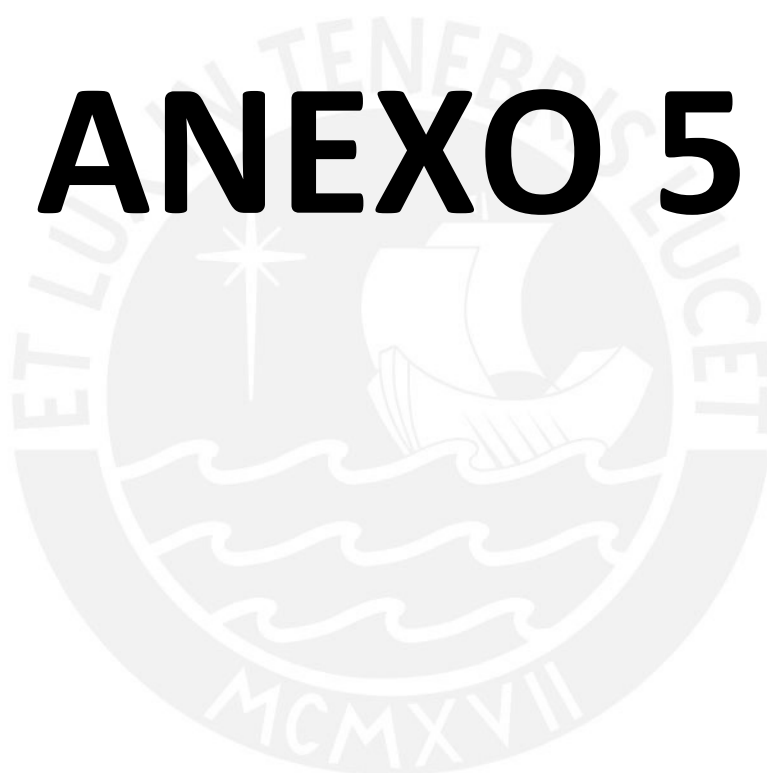
SACHA LARREA ECHEANDIA
Gerente
Asesoría Judicial

JULIO C. PEREZ VARGAS
ABOGADO
REG. CAL N° 17057

MAXIMO RAUL CORDILLO MADRID
ABOGADO
Reg. C.A.L. 29439

J. DOMINGO RIVAROLA REISZ
Abogado
CAL 29327

ANEXO 5





Poder Judicial del Perú



420100230090034720101801122000205

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE LIMA
Edif. Javier Alzamora Valdez

897 FILE 20/08/2010 089			
Principal	Catela	Excepciones	Docs. Complement
X			

NOTIFICACION NRO. 2010-023009-SP-CI

SALA : 5° SALA CIVIL
N° EXPEDIENTE EN SALA : 00347-2010-005S
RELATOR : GAVANCHO CHAVEZ, LUIS ALBERTO

0209062

DEMANDANTE : LIZIER GARDELLA CARLOS
DEMANDADO : SCOTIABANK PERU SAA ANTES BANCO SUDAMERIS
MATERIA : NULIDAD DE ACTO JURIDICO (CONOCIMIENTO)

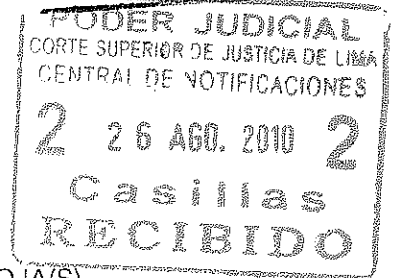
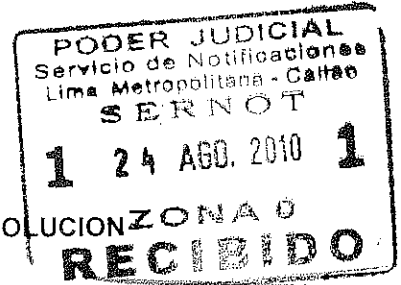
DESTINATARIO : SCOTIABANK PERU SAA ANTES BANCO SUDAMERIS

DIRECCION : CASILLAS DE CSJ DE LIMA - Nro de casilla 14270

CASILLA : CASILLA N°14270 CNPJ

FIRMA RELATOR Y SECRETARIO SE EXPIDE LA SIGUIENTE RESOLUCION

Se adjunta RESOLUCION NRO: 04
ANEXANDO LO SIGUIENTE: RESOL * 04 - SENTENCIA



CON UN TOTAL DE : 6 FOJA(S)

RUBRICADA POR EL ESCRIBANO, LO QUE NOTIFICO A UD.:

CONFORME A LEY. 20 DE AGOSTO DE 2010

PODER JUDICIAL
Miguel A. Benites Cruz
Cofre Sala Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

933

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTA SALA CIVIL

EXPEDIENTE N° 347-2010

Resolución número 04
Lima, diecinueve de
julio de dos mil diez.-

5 - 1654

17-8-10

VISTOS: Interviniendo como Juez Superior ponente la señora Céspedes Cabala; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, es materia de grado la resolución número veintitrés que contiene la sentencia de fecha treinta de octubre de dos mil nueve corriente a fojas seiscientos setenticinco a seiscientos ochentiocho que declara fundada la pretensión principal de nulidad del acto jurídico de compra de acciones del Banco Wiese Sudameris efectuada con fecha 06 de enero de 1999 por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo del demandante por un valor total de U.S. \$180,000.00 dólares americanos y en consecuencia nulo y sin efecto alguno dicho acto jurídico a partir del 06 de enero de 1999 debiendo cumplir el Banco demandado con devolver al demandante la cantidad de U.S. \$173,309.96 dólares americanos más los intereses legales devengados a partir de la fecha antes mencionada, así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo y asimismo, fundada en parte la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios y ordena que el Banco demandado le pague al demandante la suma de U.S. \$9'523,595.20 dólares americanos por concepto de daños y perjuicios y la cantidad de U.S. \$120,000.00 dólares americanos por el daño moral ocasionado; con costas y costos. **SEGUNDO:** Que, mediante escrito de fojas setecientos uno a setecientos setenta Scotiabank Perú S.A.A. (antes Banco Wiese Sudameris) interpone recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada, siendo los agravios de la apelación, en resumen los siguientes: a) Pretensión Impugnatoria Principal, que se declare nula la resolución recurrida por haberse contravenido las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, vulnerándose el deber de saneamiento permanente del proceso contemplado en el artículo 121° del Código Procesal Civil y por que el *A quo* ha expedido una sentencia de mérito pese a que la relación jurídica procesal es inválida por manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandado. b) Primera Pretensión Impugnatoria Subordinada, que en el supuesto que se desestime la Pretensión Impugnatoria Principal se declare nula la resolución recurrida por existir flagrante ausencia de motivación al haber concluido el Juzgado en la existencia de un daño indemnizable sin justificar la razón de su existencia, vulnerando el deber de motivación. c) Segunda Pretensión Impugnatoria Subordinada, en el supuesto que se desestime la Primera Pretensión Impugnatoria Subordinada y que se concluya que existe motivación adecuada, se declare nula la resolución recurrida por haber incurrido en un supuesto de valoración arbitraria y errónea de la prueba y una ilegal inversión de la carga de la prueba que le correspondía al actor en cuanto al daño y la causalidad entre el presunto evento dañoso y el daño mismo. d) Tercera Pretensión Impugnatoria Subordinada, en el supuesto

PODER. JUDICIAL

18 08 2010

Roberto Luis Rodríguez
Secretario Titular
Quinta Sala Civil

9341 ✓

que se desestime la Segunda Pretensión Impugnatoria Subordinada, se revoque la resolución recurrida por haber el *A quo* inaplicado los artículos doscientos uno y doscientos tres del Código Civil, al no haberse presentado ningún supuesto de error en la formación del acto jurídico, ni de dolo. e) Cuarta Pretensión Impugnatoria Subordinada, en el supuesto que se desestime la Tercera Pretensión Impugnatoria Subordinada se revoque la resolución recurrida por haberse inaplicado los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil, los que de haberse aplicado hubieran determinado la infundabilidad de la indemnización por daños y perjuicios. **TERCERO:** Que en lo referente a la Pretensión Impugnatoria Principal, referida a que se declare nula la resolución recurrida por haberse contravenido las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, vulnerándose el deber de saneamiento permanente del proceso contemplado en el artículo 121° del Código Procesal Civil y por que el *A quo* ha expedido una sentencia de mérito pese a que la relación jurídica procesal es inválida por manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandado, ésta debe desestimarse por cuanto según es de verse de la sentencia materia de apelación, no aparece que ella contravenga las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, ni que ésta vulnere norma alguna referida al saneamiento procesal permanente, en especial el artículo 121° del Código Adjetivo y en cuanto al argumento que la sentencia es nula, por que la relación jurídica procesal es inválida por manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandado, es del caso mencionar al tratadista italiano Salvatore Satta¹ quien al tratar este tema dice: "Suele plantearse como problema distinto del interés el de la legitimidad para obrar (*legitimitas ad causam*), ...Y se dice que mientras el interés es una situación objetiva que justifica la acción, la legitimación es una situación subjetiva, una relación de un determinado sujeto con la providencia que se invoca por el juez. Esto sea activa o pasivamente, porque a la legitimación activa (para obrar) se hace corresponder la legitimación pasiva (a contradecir). (...) es claro que con el término legitimación pasiva se quiere decir que deben ser llamados a juicio quienes tienen interés a contradecir, o sea a mantener la situación jurídica opuesta a aquella que se afirma y se quiere hacer afirmar por el juez. (...) Sólo que el razonamiento que vale para la legitimación pasiva vale también para la activa, por que no hay dudas, y ya lo hemos visto, que también ésta se identifica con el interés. Y desde que para obrar es necesario tener interés, he aquí que la legitimación se identifica con el interés mismo ...". **CUARTO:** A mayor abundamiento, fluye de la documentación que como medio probatorio ha sido ofrecida y actuada en este proceso, en particular la que el actor acompaña a su demanda como Anexo 1-C corriente a fojas doce a veinte, repetida en parte a fojas ciento noventa y tres a ciento noventa y ocho de autos, así como el Cuadro de fojas ciento quince, que forma parte del Informe elaborado por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores de fojas ciento nueve a ciento veintinueve de autos que se adjunta a la demanda como Anexo 1-D, que el señor Carlos Eugenio José Lizier Gardella por intermedio de Wiese Sociedad Agente de Bolsa, adquirió en el año 1999, 60,700 Wiese ADRs

¹ SATTÀ, Salvatore "Manual de Derecho Procesal Civil" Volumen I. Las Disposiciones Generales El Proceso de Cognición. Ediciones Jur. Europa - Anafes, Buenos Aires - Argentina, 1971, pp. 123-11.

10 98 2070

[Handwritten Signature]
 Juan Roberto Rodríguez
 Abogado
 Oficina de Asesoría Jurídica
 Poder Judicial de la Federación

935

X

mediante cinco operaciones bursátiles y no una sola como equivocadamente se menciona en la sentencia materia de grado, las mismas que se llevaron a cabo en las fechas y montos que a continuación se detallan: El 06 de enero de 1999, el actor compró 24,500 Wiese ADRs; el 11 de enero del mismo año, compró 5,000 Wiese ADRs; el 12 de enero del mismo año, compró 1,200 Wiese ADRs; el 13 de enero del mismo año, compró 20,000 Wiese ADRs y finalmente el 14 de enero del mismo año, compró 10,000 Wiese ADRs por un valor total de U.S. \$170,537.49 dólares americanos sin considerar el Impuesto General a las Ventas y no como también erróneamente se indica en la resolución materia de grado, el importe de U.S. \$173,309.96 dólares americanos. **QUINTO:** Que según la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)²: "El American Depositary Receipt (ADR) o Recibo Americano de Depósito es un certificado negociable que representa las acciones emitidas por una compañía no estadounidense. Se trata de un documento de participación del capital de una empresa, que brinda a sus tenedores los derechos y obligaciones inherentes al título original que representa. **Este certificado es emitido por un banco de los Estados Unidos de Norteamérica** que actúa como depositario y es quien aparece, ante el emisor, como titular de las acciones subyacentes a los ADRs. El ADR equivale a una fracción o múltiplo de la acción que representa. Estos certificados se cotizan y negocian en US dólares en los diferentes mercados de valores de los Estados Unidos. Su principal característica radica en que su negociación y liquidación se efectúa de manera similar a los valores norteamericanos, haciendo posible su negociación en la New York Stock Exchange (NYSE), la American Stock Exchange (AMEX), la Nasdaq Stock Exchange (NASDAQ) o en el OTC Bulletin Board" (el resaltado es nuestro). **SEXTO:** Que a fin de contribuir con la transparencia del mercado y con el objeto que empresas peruanas puedan diversificar sus posibilidades de financiamiento en los mercados de capitales internacionales, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) el 22 de diciembre de 1993, publicó la Resolución N° 358-93-EF/94.10.0 con el fin que el inversionista nacional cuente con el máximo de información sobre el proceso de implementación y desarrollo de Programas de American Depositary Receipts (ADRs) o Global Depositary Receipts (GDRs) por parte de aquellas empresas que cotizando en Bolsa decidan llevar a cabo tales programas. **SÉPTIMO:** Que según el dispositivo legal antes mencionado, la empresa peruana que deseaba realizar Programas de ADRs o GDRs en su caso, debía presentar a la CONASEV y a las Bolsas de Valores que corresponda, determinada información, la cual dependía del Nivel en el cual iba a implementar o desarrollar su Programa. **OCTAVO:** De acuerdo a la información publicada por la CONASEV³, en el caso del Banco Wiese Ltda. éste se acogió al Programa Nivel III, razón por la que en cumplimiento del dispositivo legal antes mencionado, tuvo que someterse a las normas relativas a la oferta local dispuestas por la Primera

² GERENCIA DE ANÁLISIS, PROMOCIÓN Y DESARROLLO (SUB - GERENCIA DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO) de la Comisión Nacional de Supervisión de Empresas y Valores (CONASEV). Trabajo de Investigación Serie N° 1 AMERICAN DEPOSITARY RECEIPT, Primera Edición, febrero 1995, pp. 9.

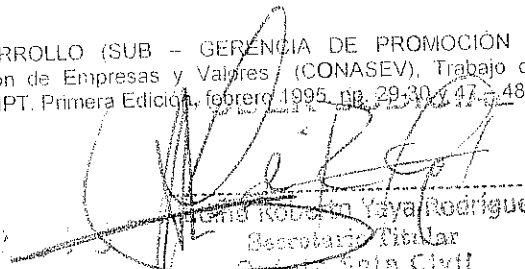
³ GERENCIA DE ANÁLISIS, PROMOCIÓN Y DESARROLLO (SUB - GERENCIA DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO) de la Comisión Nacional de Supervisión de Empresas y Valores (CONASEV). Trabajo de Investigación Serie N° 1 AMERICAN DEPOSITARY RECEIPT, Primera Edición, febrero 1995, pp. 41, 42 y 47 - 49.

2010

[Handwritten signature]

Disposición Transitoria del Reglamento de Oferta Pública Primaria aprobado por Resolución CONASEV N° 906-91-EF/94.10.0 así como presentar la documentación exigida por el artículo 5° del referido Reglamento. Adicionalmente tuvo que presentar: a) El aviso de convocatoria a Junta General de Accionistas indicando que el asunto a tratar era aumentar el capital social a efectos de colocar parte o su totalidad en los mercados de valores extranjeros a través de programas ADRs o GDRs. b) Acreditar que los accionistas han ejercido su derecho de preferencia conforme al Título IX del Capítulo V de la Ley del Mercado de Valores. c) El contrato celebrado entre el banco depositario y el banco custodio. d) El acta de Junta General de Accionistas en el que conste el acuerdo de colocar acciones en el mercado extranjero a través de programas ADRs o GDRs y e) El número de acciones involucradas en el programa de ADRs o GDRs. Los Wiese ADRs adquiridos por el actor forman parte de este Programa. **NOVENO:** Que el Banco Wiese Ltda. (posteriormente Banco Wiese Sudameris y hoy Scotiabank Perú S.A.A.) acogándose a la normatividad legal vigente al año mil novecientos novecicuatro, acordó en dicho año un aumento de su capital social por el cual emitió 10'345,184 acciones comunes nominativas, a fin que éstas nuevas acciones sean destinadas como subyacentes de los 2'586,296 ADRs a emitirse como consecuencia de la implementación y desarrollo del Programa Nivel III que acordó (por cada cuatro acciones se emitió un ADR). **DÉCIMO:** Que según la información de CONASEV⁴, los principales agentes participantes de un Programa de ADRs además de la empresa emisora que en el caso de autos fue el Banco Wiese Ltda. son: el Banco Custodio quien tiene la responsabilidad de recibir, guardar y remitir las acciones que subyacen la emisión de los ADRs y notificar al Banco Depositario de los actos realizados por la empresa emisora como el pago de dividendos en efectivo, acciones liberadas u otros (En el caso materia de autos, el Banco Custodio fue el Banco de Crédito del Perú); el Banco Depositario quien además de emitir los ADRs contraparte de las acciones mantenidas en la cuenta del custodio, tiene como responsabilidad sobre la real existencia de las acciones comunes que los ADRs representan, ordena la liberación de las acciones subyacentes en el mercado local a raíz de la cancelación del ADR, mantiene el Registro de Titularidad de los ADRs registrando las transferencias efectuadas por la venta y compra de los mismos y efectúa la repartición de derechos ya sea en dividendos en efectivo o acciones liberadas u otra modalidad (En el caso materia de autos, el Banco Depositario fue el Morgan Guaranty Trust Co. New York) y el Banco de Inversión (Underwriters) quien además de encargarse de la colocación de los ADRs, lidera el grupo o sindicato de underwriters que suscribirá la emisión y tiene la responsabilidad de realizar una exhaustiva investigación de la empresa emisora "Due Dilingence", analizando y evaluando su posición en el mercado local, así como a sus ejecutivos y directores y es la fuente primordial para la elaboración del "Prospecto de Colocación" (En el caso materia de autos, el Banco de Inversión fue el J.P. Morgan Securities Inc.), que siendo ello así y teniendo en cuenta las

⁴ GERENCIA DE ANÁLISIS, PROMOCIÓN Y DESARROLLO (SUB - GERENCIA DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO) de la Comisión Nacional de Supervisión de Empresas y Valores (CONASEV), Trabajo de Investigación Serie N° 1 AMERICAN DEPOSITARY RECEIPT, Primera Edición, febrero 1995, pp. 29-30, 47-48.


María Kobus de Yaya Rodríguez
Secretaría Titular
Corte Superior de Justicia de Lima

937

32

características propias de las transacciones en Bolsa, el emplazamiento e intervención del Banco Wiese Sudameris hoy Scotiabank Perú S.A.A. en este proceso resulta procedente, toda vez que no es ajeno a las circunstancias que tuvieron lugar en las transacciones bursátiles llevadas a cabo por el actor y en especial, la única que es objeto de demanda, esto es, la de fecha 06 de enero de 1999, lo cual no necesariamente presupone la existencia de una relación jurídica entre ambos, como más adelante se desarrollará. **DÉCIMO PRIMERO:** Que en cuanto a la Primera Pretensión Impugnatoria Subordinada, referida a que se declare nula la resolución recurrida por existir flagrante ausencia de motivación al haber concluido el Juzgado en la existencia de un daño indemnizable sin justificar la razón de su existencia, vulnerando el deber de motivación, es de mencionar que de acuerdo al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁵ la dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a las disposiciones de dicho cuerpo de leyes, ejercicio que implica el velar por el respeto de los Principios del Debido Proceso y de la Tutela Jurisdiccional previstos en el inciso tres del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado⁶. **DECIMO SEGUNDO:** Que el Tribunal Constitucional en el Fundamento 4. de la Sentencia recaída en el Expediente N° 04295-2007-PHC/TC en el caso Luis Eladio Casas Santillán⁷, refiriéndose a la motivación de las resoluciones judiciales ha manifestado: "Tal como lo ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad (Cfr. STC. Exp. N° 3943-2006-PA/TC, Caso Juan de Dios Valle Molina, fundamento 4), el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporcionan el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso". **DECIMO TERCERO:** Que adicionalmente el derecho al debido proceso comprende la facultad del Juez para dictar una resolución conforme a derecho previo cumplimiento de los requisitos procesales establecidos. **DÉCIMO CUARTO:** Que según el jurista Hernando Devis Echandía⁸: "La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del

⁵ Artículo II.- Principios de Dirección e Impulso del proceso

La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

⁶ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

⁷ Sentencia expedida el 22 de septiembre de 2008 en el Expediente N° 04295-2007-PHC/TC en el caso Luis Eladio Casas Santillán contra la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de Procesos." Tomo II; Editorial Universidad S.R.L.. Buenos Aires – Argentina, pp. 515.

[Handwritten signature]
 LUIS ROJAS
 JUEZ DE FE
 SALA DE LO CIVIL
 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LIMA

18 MAR 2010

demandado. Mediante la sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene. Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión". **DECIMO QUINTO:** Que en la resolución materia de grado, el *A quo* expresa las valoraciones determinantes que han sustentado su decisión, la cual se respalda en el caudal probatorio que dicho Juzgador invoca en los considerandos sexto, décimo, décimo primero, décimo segundo, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo cuarto y vigésimo quinto entre otros, debiendo por tanto analizarse dicha apreciación en forma conjunta con la prueba que la ampara, lo que motiva que este Colegiado considere que este agravio es infundado, por cuanto la sentencia apelada sí cuenta con motivación, la misma que si bien puede no ser la idónea, le permite cumplir con el artículo ciento veintiuno del Código Procesal Civil⁹. **DECIMO SEXTO:** Que en cuanto a los argumentos que sustentan la Segunda Pretensión Impugnatoria Subordinada, referidos a que se declare nula la resolución recurrida por haber incurrido en un supuesto de valoración arbitraria y errónea de la prueba y una ilegal inversión de la carga de la prueba que le correspondía al actor en cuanto al daño y la causalidad entre el presunto evento dañoso y el daño mismo, se debe mencionar que según el Tratadista John Rawls¹⁰: "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento". **DÉCIMO SÉPTIMO:** A criterio del Colegiado, la sentencia objeto de apelación no realiza una valoración arbitraria, sino que dicha valoración, es el resultado del proceso de cognición del *A quo* en base al cual, éste concluye que la demanda es fundada en cuanto a su pretensión principal y fundada en parte en cuanto a su pretensión accesoria, decisión que será objeto de revisión por este Colegiado, conforme a los términos de los agravios expresados por la parte apelante, lo actuado en el proceso y el Derecho aplicable, lo que motivará que en esta superior instancia se determine si el razonamiento llevado a cabo por el Juez de la causa es correcto. En cuanto a la errónea apreciación de la prueba, defecto en la carga de la prueba o en la determinación de la causalidad entre el evento dañoso y el daño, ello tampoco es razón o motivo suficiente para declarar la nulidad de la resolución apelada, toda vez que al formar parte integrante del razonamiento empleado por el Juzgador para llegar a una decisión, constituyen elementos de juicio que como se ha indicado van a ser evaluados por el Colegiado en una sentencia de mérito, consideraciones por las cuales ésta Pretensión Impugnatoria Subordinada debe desestimarse. **DECIMO OCTAVO:** Que en lo que se refiere a los argumentos que sustentan la Tercera Pretensión Impugnatoria Subordinada, éstos se basan

⁹ Artículo 121.- Decretos, autos y sentencias.-

Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.

Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

¹⁰ RAWLS John, "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, México, Segunda Impresión, 2000, pp 175.

20 08 2011

en la inaplicación por el Juez de Primera Instancia de lo dispuesto por los artículos 201° y 203° del Código Civil, al no haberse presentado ningún supuesto de error en la formación del acto jurídico ni de dolo. Al respecto cabe manifestar, que del escrito de demanda de fojas treintinueve noventicuatro a cuatrocientos treinticinco aclarada a fojas cuatrocientos treintisiete, la pretensión principal alegada por el actor como ya se ha indicado en el Considerando Décimo Octavo, es la siguiente: **"Demandamos la ANULABILIDAD por la causal contenida en el artículo 221° inciso 2° y 222° del Código Civil del Contrato de Compra Venta,** celebrado por el demandado (por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB en Lima Perú) por las acciones del Banco Wiese Ltdo. mediante el sistema de ADR'S (American Depositary Receipts) que la emplazada emitió para la colocación vía **Oferta Pública Primaria Internacional** en la Bolsa de Valores de la ciudad de Nueva York (New York Securities Exchange NYSE) **celebrada con fecha 06 de enero de 1999** para acceder a financiamiento de sus operaciones comerciales, **al incurrir dicho acto jurídico en vicio resultante de DOLO.** La pretensión radica en señalar que dicho negocio jurídico de adquisición **ES ANULABLE, pues adolece de un vicio en la manifestación de la voluntad por dolo contractual, imputable exclusivamente al demandado, debido a que ocultaron dolosamente información relevante catalogada como hecho de importancia, de la verdadera situación patrimonial del Banco, y así apropiarse de la suma aproximada de US\$180,000.00 (Ciento ochenta mil y 00/100 Dólares Americanos) quien de buena fe invirtió en valores mobiliarios cotizables en la Bolsa de Valores de Nueva York, dado que la información de los Estados Financieros de los ejercicios 1994-1995-1996,1997 y en especial de los ejercicios 1998-1999 estuvieron manipulados, conociéndose tal hecho en su real magnitud luego de la referida compra por el Banco Sudameris."**(sic). DÉCIMO NOVENO: Que de acuerdo con el inciso 2) del artículo 221°¹¹ del Código Civil el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. VIGÉSIMO: Que de acuerdo a Bigliuzzi Geri, Breccia, Natoli, Busnelli y Carnevalli citados por Freddy Escobar Rosas al comentar el artículo 221° del Código Civil¹²: "La voluntad que impulsa a un sujeto a celebrar cierto negocio (en determinadas condiciones) debe formarse, en principio, de modo libre y consciente. El error, el dolo y la violencia constituyen tres supuestos en los cuales la voluntad (negocial) se forma de una manera anómala (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, NATOLI, BUSNELLI). El error consiste (i) en la falta de conocimiento o en la equívoca o parcial percepción de situaciones de hecho (error de hecho); o, (ii) en la falta de conocimiento o errada interpretación de normas de derecho (error en derecho). El error vicia el proceso de transformación de la voluntad desde que induce al sujeto a celebrar un negocio que en realidad él mismo no habría concluido de ser consciente de

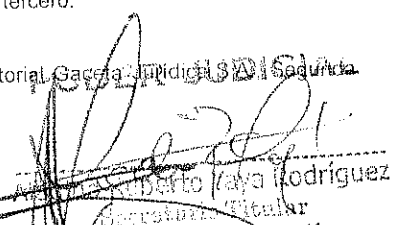
¹¹ Artículo 221.- Causales de anulabilidad

El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

¹² "Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas", Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Segunda Edición, noviembre 2008, Lima – Perú, pp 938.

18 06 2010


Bartolomé Rodríguez
Secretario Titular
Quinto Sala Civil
CARTA DE JEFATURA DE JUSTICIA DE LIMA

990

su –espontáneo- equívoco (CARNEVALI). Para que el error constituya causa de anulación del negocio es imprescindible que el mismo sea, por un lado, esencial (esto es, “grave” para el sujeto declarante); y, por el otro, cognoscible (esto es, susceptible de ser percibido por el sujeto receptor –de la declaración-).” **VIGÉSIMO PRIMERO:** En cuanto al dolo, Galgano citado por el mismo comentarista¹³ señala: “El dolo consiste en el engaño que, realizado por una de las partes (o inclusive por un tercero), induce a la otra en error (sobre la naturaleza del negocio, sobre el objeto del mismo, sobre la identidad o cualidad de la otra parte o, en general, sobre cualquier “aspecto” negocial), determinando que la voluntad de esta última se forme de manera anómala (GALGANO). (...) A diferencia del error, que debe ser esencial y cognoscible, el dolo realizado por una de las partes, únicamente requiere ser determinante para dar lugar a la anulación del negocio. Se entiende que el dolo es determinante (de la voluntad) cuando, de acuerdo con la apreciación general y en función de las circunstancias del caso, resulta verosímil que sin el engaño la parte afectada por el mismo no habría concluido el negocio”. **VIGÉSIMO SEGUNDO:** Ahora bien, en base a lo expresado precedentemente y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por el Juez de la causa en su sentencia de treinta de octubre de dos mil nueve materia de grado, se aprecia que ésta en sus considerandos Octavo a Décimo Noveno entre otros, se sustenta precisamente en el supuesto de la existencia de dolo cometido por el Banco demandado, al no presentar ex - profesamente su verdadera situación financiera – patrimonial en sus estados financieros correspondientes a los ejercicios económicos 1994 a 1998 inclusive, propiciando con ello que la decisión del demandante para invertir en la adquisición de los Wiese ADRs estuviera determinada por la inexacta información proporcionada por la emplazada, aunada a una legítima expectativa de lograr una rentabilidad en su inversión. **VIGÉSIMO TERCERO:** Que por tal motivo resulta inexacto que el A quo haya “inaplicado” los artículos 201º y 203º del Código Civil, cuando por el contrario conforme se ha mencionado, éstos han servido de sustento para amparar tanto la pretensión principal como la pretensión accesoria en los montos que se indican en la sentencia venida en grado, razones por las cuales la Tercera Pretensión Impugnatoria Subordinada debe desestimarse. **VIGÉSIMO CUARTO:** Que en cuanto a la Cuarta Pretensión Impugnatoria Subordinada, relativa a que se revoque la resolución recurrida por haberse inaplicado los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil, los que de haberse aplicado hubieran determinado la infundabilidad de la indemnización por daños y perjuicios, el Colegiado considera que previo al análisis de la procedencia de la responsabilidad por parte del emplazado, se debe analizar si el acto jurídico derivado de la compra por el demandante Carlos Eugenio José Lizier Gardella de 60,700 Wiese ADR’s, dentro de los cuales están los 24.500 Wiese ADRs materia de este proceso, es anulable y como consecuencia de ello, nulo dicho acto jurídico, toda vez que si el referido acto no es nulo, no resultaría necesario determinar el tipo de responsabilidad ni menos ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno. **VIGÉSIMO QUINTO:** Que conforme a lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 221º del Código Civil el acto jurídico es anulable por vicio resultante

¹³ Galgano, C. J., pp. 939 - 940

PODER JUDICIAL
 [Firma manuscrita]
 [Firma manuscrita]
 [Firma manuscrita]

741

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

de error, dolo, violencia o intimidación. **VIGÉSIMO SEXTO:** Que de acuerdo a la demanda del actor, éste alega como sustento de la anulabilidad del acto jurídico llevado a cabo el 06 de enero de 1999, por el cual adquirió 24,500 Wiese ADRs, el dolo con el que actuó el Banco Wiese Ltda. al "... ocultar dolosamente información relevante, catalogado como hecho de importancia de la verdadera situación patrimonial del Banco, y así apropiarse de la suma aproximada de US \$180,000.00 (Ciento ochenta mil y 00/100 Dólares Americanos) quien de buena fe invirtió en valores mobiliarios cotizables en la Bolsa de Valores de Nueva York, dado que la información de los Estados Financieros de los ejercicios 1994-1995-1996, 1997 y en especial de los ejercicios 1998 - 1999 estuvieron manipulados, conociéndose tal hecho en su real magnitud, luego de la referida compra por el Banco Sudameris." (sic). Siendo ello así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 196° del Código Procesal Civil¹⁴ corresponde al actor probar el dolo con el que habría actuado el Banco demandado el mismo que lo indujo a error. **VIGÉSIMO SEPTIMO:** Que como medio probatorio para acreditar la existencia del dolo, el actor ha ofrecido el mérito de los siguientes instrumentos: a) Copia fotostática del Informe elaborado por KPMG Caipo y Asociados Auditores, referido al Dictamen de Auditoría de los Estados Financieros del Banco Wiese Ltda. al 31 de diciembre de 1998. b) Copia fotostática del Informe elaborado por Hansem-Holm, Alonso & Co., referido al Dictamen de Auditoría de los Estados Financieros del Banco Wiese Sudameris al 31 de diciembre de 1999, y c) El Informe N° 1 del Trabajo Especial e Informe N° II de Información Complementaria al Trabajo Especial de los American Deposits Receipts del Banco Wiese Ltda. elaborado por la compañía Sáavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores. **VIGÉSIMO OCTAVO:** Que conforme es de verse de la carta de fojas setentidos a setentitres firmada por el señor Luis Cortavarría Checkley en su condición de socio de la firma Hansem-Holm, Alonso & Co. textualmente se indica lo siguiente: "Tal como se menciona en las Notas 1 y 25 a los estados financieros, en 1999 la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó a Banco Wiese Sudameris ha constituir, con cargo directo a cuentas patrimoniales, provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores (titulación) por S/.1,075,719 miles. Estas provisiones generaron pérdida tributaria que principalmente determinaron un crédito del orden de los S/.323.8 millones por impuesto a la renta y participaciones que la Gerencia del Banco considera será aplicable en su totalidad, contra las utilidades de los cuatro años siguientes" (sic). **VIGÉSIMO NOVENO:** Que en igual forma, la carta de fojas veinticuatro a veinticinco de autos, firmada por el señor Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados, menciona: "... Igualmente el Banco en 1998, con autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros, disminuyó su capital social por miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones para colocaciones de dudosa cobranza por miles de nuevos soles 134,119; simultáneamente efectuó un aumento de capital social por miles de nuevos soles 136,138 y una prima de emisión por miles de nuevos soles 20,512 mediante un aporte de capital en efectivo. Igualmente con autorización de la Superintendencia

¹⁴ Artículo 196.- Carga de la prueba.

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran la pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

PODER JUDICIAL
[Handwritten signature]
 Alberto Roberto Jara Rodríguez
 Secretario Titular
 Quinta Sala Civil
 Poder Judicial de la Magistratura de Lima

de Banca y Seguros, efectuó la revaluación voluntaria de terrenos e inmuebles resultando un excedente de revaluación por miles de nuevos soles 120,000, el cual fue aplicado para constituir provisiones adicionales para el pago de dudosa cobranza por miles de nuevos soles 120,000 (ver: TRIGÉSIMO). Que no está acreditado en autos que la Superintendencia de Banca y Seguros o cualquier otra entidad nacional o norteamericana (en este caso por haberse cotizado los ADRs en la Bolsa de Valores de Nueva York) haya formulado reparo a los estados financieros del Banco Wiese Ltda. o del Banco Wiese Sudameris o que éstas hayan iniciado un proceso sancionador en contra de dicha entidad bancaria por manipulación o alteración de sus estados financieros. **TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que adicionalmente las dos comunicaciones antes mencionadas, coinciden en señalar en términos más o menos similares, que los estados financieros por ellos auditados, presentan razonablemente en todos sus aspectos significativos la situación financiera del Banco Wiese Sudameris antes Banco Wiese Ltda. **TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que estos medios probatorios ofrecidos por la parte demandante no logran probar la existencia del dolo alegado por ella, en la manipulación de los estados financieros del Banco demandado. **TRIGÉSIMO TERCERO:** Que en cuanto al Informe N° 1 del Trabajo Especial e Informe N° II de Información Complementaria al Trabajo Especial de los American Deposits Receipts del Banco Wiese Ltda. elaborado por la empresa Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores, al ser éste un Informe de parte tampoco demuestra fehacientemente la presencia y/o existencia de dolo. **TRIGÉSIMO CUARTO:** Que ante la falta de probanza del dolo, quedaría únicamente el error como vicio de la voluntad para la anulabilidad del acto, en este sentido el artículo 201° del Código Civil¹⁵ señala que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte. **TRIGÉSIMO QUINTO:** Que en el caso materia de autos el supuesto error del actor, estaría referido a que éste adquirió Wiese ADRs en la idea que estaba realizando una inversión que necesariamente le iba a reeditar un beneficio económico. **TRIGÉSIMO SEXTO:** Que conforme lo indica el A quo en el considerando Décimo Quinto de su sentencia, el Informe N° 1 del Trabajo Especial e Informe N° II de Información Complementaria al Trabajo Especial de los American Deposits Receipts del Banco Wiese Ltda. elaborado por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores de fojas ciento nueve a ciento setentinueve de autos, ofrecido como Medio probatorio por el actor, evidencia que los Wiese ADRs sufrieron una evolución negativa a lo largo del tiempo en su cotización en la Bolsa de Valores de Nueva York (New York Stock Exchange - NYSE). Siendo ello así, el actor tuvo que tener conocimiento que los Wiese ADRs que estaba adquiriendo, tenían una cotización con tendencia a la baja, a pesar de ello, procedió a invertir en su adquisición, asumiendo voluntaria y expresamente, el riesgo que implica una inversión de este tipo, que es mayor aún si como en el caso de los Wiese ADRs se cotizaban no en la Bolsa de Valores de Lima sino en una Bolsa de Valores de los Estados Unidos de Norteamérica. **TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que de acuerdo a la doctrina sobre la materia, el Mercado de Valores es uno de Inversión y como

¹⁵ Artículo 201. Anulabilidad del error

El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte

PODER JUDICIAL

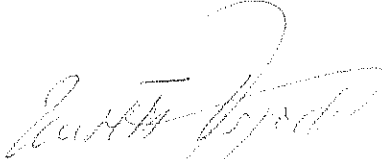
RODRIGO YMA RUIQUEZ
Jueza Titular
Quinta Sala Civil
Tribunal de Apelación de Lima

943

tal, es especulativo, estando expuesto a fluctuaciones las mismas que pueden responder a factores propios (internos) o exógenos, los que en su afectación pueden ir en beneficio de la inversión realizada o en su detrimento. **TRIGÉSIMO OCTAVO:** Que en base a las consideraciones expuestas, este Colegiado concluye que no ha tenido lugar error alguno en la adquisición de los Wiese ADRs materia de este proceso. **TRIGÉSIMO NOVENO:** Que conforme a lo ya mencionado en el considerando Vigésimo Cuarto, al no haber probado el actor en este proceso que exista ningún vicio que válidamente hubiere afectado su voluntad en la adquisición de los Wiese ADRs materia de este proceso, no resulta procedente ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno en su favor, razón por la cual este Colegiado se abstiene de pronunciarse sobre los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil que alega el Banco demandado como parte del fundamento de su Cuarta Pretensión Impugnatoria Subordinada; por estas consideraciones de conformidad con lo dispuesto por el artículo 364º del Código Procesal Civil¹⁶: **REVOCARON** la sentencia de fecha treinta de octubre de dos mil nueve corriente a fojas seiscientos setenticinco a seiscientos ochentiocho que declara fundada la pretensión principal de nulidad del acto jurídico de compra de acciones del Banco Wiese Sudameris efectuada con fecha 06 de enero de 1999 por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo del demandante por un valor total de U.S. \$180,000.00 dólares americanos y en consecuencia nulo y sin efecto alguno dicho acto jurídico a partir del 06 de enero de 1999 debiendo cumplir el Banco demandado con devolver al demandante la cantidad de U.S. \$173,309.96 dólares americanos más los intereses legales devengados a partir de la fecha antes mencionada, así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo y asimismo, fundada en parte la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios y ordena que el Banco demandado le pague al demandante la suma de U.S. \$9'523,595.20 dólares americanos por concepto de daños y perjuicios y la cantidad de U.S. \$120,000.00 dólares americanos por el daño moral ocasionado; **REFORMÁNDOLA** declararon **INFUNDADA** la demanda de fojas trescientos noventicuatro a cuatrocientos treinticinco aclarada a fojas cuatrocientos treinta y siete en todos sus extremos; sin costas ni costos, en los autos seguidos por el señor Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra el Banco Wiese Sudameris (hoy Scotiabank Perú S.A.A) , sobre anulabilidad de acto jurídico. Notifíquese y devuélvase.-

SS.


CARBAJAL PORTOCARRERO


CESPEDES CABALA

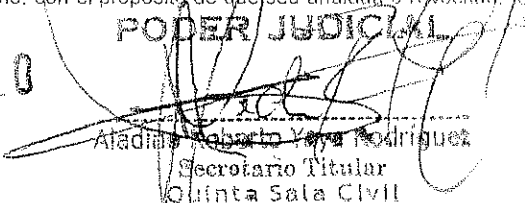

REYES RAMOS

¹⁶ Artículo 364 - Objeto.

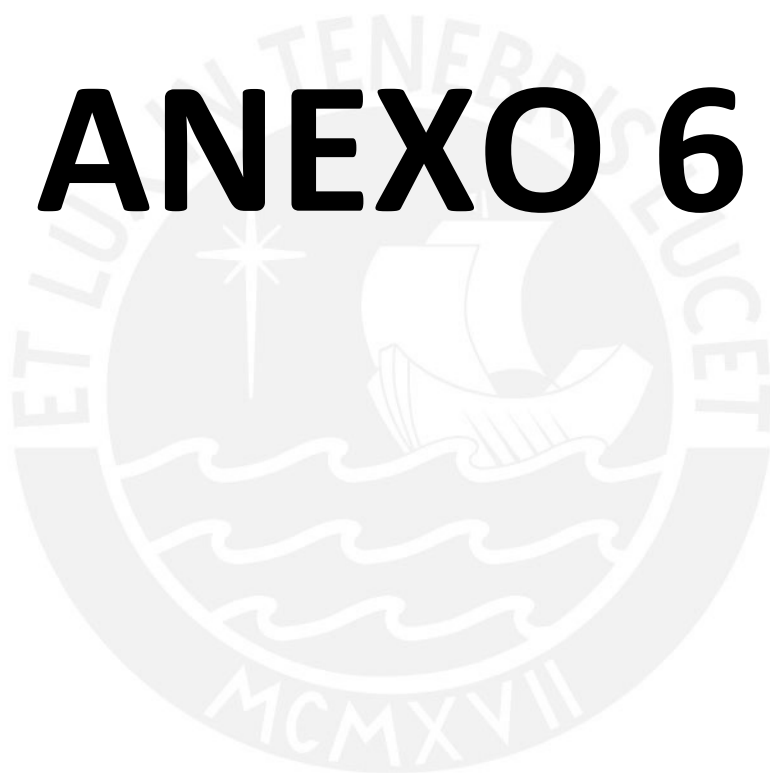
El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

18 08 2010

PODER JUDICIAL


Atalaya Roberto Yara Rodriguez
Secretario Titular
Quinta Sala Civil

ANEXO 6



7314 - 03.

Exp. Nº 347-2010

Sumilla: Interpone Casación.



A LA QUINTA SALA CIVIL DE LIMA:

CARLOS EUGENIO LIZIER GARDELLA, en los seguidos con **SCOTIABANK-PERU S.A.A.**, (ex-Banco Wiese – Sudameris), sobre anulabilidad de acto jurídico y otro, a los señores Vocales dice:

Que, habiendo recibido en mi domicilio procesal el día 26 de Agosto del año en curso, la notificación de la sentencia expedida el 19 de Julio pasado, que revoca la de Primera Instancia, dentro del plazo fijado en el inciso c) del Art. 387º del C.P.C., **INTERPONGO RECURSO DE CASACIÓN** contra dicha sentencia, cumpliendo con los requisitos de admisibilidad señalados en dicho dispositivo y en el Art. 388º del mismo cuerpo de leyes, conforme expongo a continuación.

REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

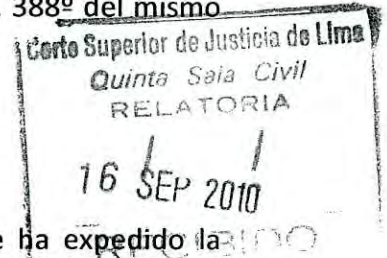
- 1.-) Se interpone contra una sentencia que pone fin al proceso.
- 2.-) Se está interponiendo ante el mismo órgano jurisdiccional que ha expedido la sentencia impugnada.
- 3.-) Se está interponiendo dentro del plazo de los 10 días hábiles.
- 4.-) Se adjunta el original del recibo de pago de los aranceles

REQUISITOS DE PROCEDENCIA

A.-) La sentencia de primera instancia declaró fundada mi pretensión principal y fundada en parte la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios, habiendo sido apelada por el Banco demandado.

B.-) En cuanto a la descripción y a la demostración de la infracción, los fundamentos legales y fácticos se exponen para cada caso a continuación.

C.-) Se solicita **REVOCAR** la sentencia expedida en segunda instancia por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima que declara Infundada mi demanda en todos sus extremos; y **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia expedida en primera instancia que la declara Fundada en cuanto a la pretensión principal, anulando por la causal de dolo el contrato de compra de acciones del Banco demandado en la Bolsa de Nueva York, EE.UU; y Fundada en parte la pretensión accesoria de indemnización por



concepto de daños y perjuicios, pues fija el monto indemnizatorio en una suma menor a la solicitada en el escrito de demanda.

1051
No cincuenta
uno

FUNDAMENTOS DE LA INFRACCIÓN NORMATIVA o
APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Primero.-

LA SALA HA INCURRIDO EN INFRACCIÓN POR CUANTO NO HA TENIDO EN CUENTA NI HA APLICADO LOS ARTS. 10º, 11º, 12º INC. B) Y 28º DEL D. LEG. Nº 861º, DE FECHA 22 DE OCTUBRE DE 1996, QUE REGULA EL MERCADO DE VALORES Y LAS SOCIEDADES AGENTES DE BOLSA, POR CUANTO EN EL EXPEDIENTE ESTÁ PROBADO QUE EL BANCO DEMANDADO NO CUMPLIÓ CON HACER DE CONOCIMIENTO PÚBLICO Y EN PARTICULAR DE LOS INVERSIONISTAS, EN FORMA OPORTUNA Y VERAZ, LA GRAVÍSIMA SITUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA POR LA QUE VENÍA ATRAVESANDO, CONFIGURANDO ASÍ EL DOLO INVOCADO COMO CAUSAL DE ANULABILIDAD EN LA PRESENTE DEMANDA, PUESTO QUE DE HABERLO HECHO, NO HUBIESE DECIDIDO Y DISPUESTO LA COMPRA DE SUS ACCIONES QUE SE COTIZABAN EN LA BOLSA DE NUEVA YORK VIA ADR'S VÍA LA SOCIEDAD AGENTE DE BOLSA DE PROPIEDAD DEL MISMO GRUPO ECONÓMICO – SAB WIESE-.

LA SALA A SU VEZ, HA INCUMPLIDO CON LA APLICACIÓN CORRECTA DE LO PRESCRITO EN EL ARTÍCULO 197 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL RELATIVO AL PRINCIPIO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA, CONCORDANTE CON LOS ARTS. 1 Y 3 DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL MISMO CUERPO DE LEYES, VIOLÁNDOSE ASÍ LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO; ADEMÁS, AL HABER SUSTENTADO EL FALLO EN UNA VALORACIÓN EQUÍVOCA DE DOS MEDIOS PROBATORIOS AISLÁNDOLOS DEL CONTEXTO GLOBAL DE LAS PRUEBAS OBRANTES EN AUTOS, LA SALA SE HA APARTADO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EXISTENTE; CITANDO A CONTINUACIÓN ALGUNOS DE ESTOS PRECEDENTES : CASACIÓN N.2558-2001-PUNO PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO EL 01 DE ABRIL DEL 2002, CASACIÓN N. 3328-00-CAMANÁ PUBLICADA EL DEL 31 DE AGOSTO DEL 2000, CASACIÓN N. 2307-200-AYACUCHO PUBLICADA EL 05 DE NOVIEMBRE DEL 2001, RESOLUCIÓN DE APELACIÓN 5TA SALA CIVIL DE LIMA EXP. 23263-99.

Sobre el particular, la demanda de anulabilidad está dirigida a la compra por mi parte en enero de 1999, de un importe de U\$180,000 aproximadamente de acciones del demandado que se ofertaban bajo el sistema ADR's en la Bolsa de Nueva York, por lo que la Sala, omitió citar y aplicar los dispositivos legales específicos indicados o fundamentar su inaplicación, relativos al Mercado de Valores y de la Bolsa de Valores,

al que corresponde el acto jurídico realizado y cuya anulabilidad se ha demandado por la causal de dolo, sin que ello importe dejar de lado las disposiciones sobre el acto jurídico contenidas en el Código Civil vigente, **como así lo prescribe su Art. 1353º**, puesto que no se oponen a las disposiciones especiales inaplicadas por los Magistrados que expiden la sentencia impugnada.



1052
Mil concuerdos
Jes

Segundo.-

El ocultamiento doloso, intencional, de la verdadera realidad financiera del Banco demandado permitió que el público, sus ahorristas e inversionistas continuasen confiando, y las acciones ofertadas en la Bolsa del Perú y bajo el sistema de ADR's en la Bolsa de Nuevas York, no sufriesen una drástica caída, como la que se produjo cuando el público fue tomando conciencia de la verdadera y desastrosa realidad financiera del Banco demandado, al revisarse sus estados financieros producto del proceso de su fusión con el Banco Lima Sudameris vía un due dilligence. Más aún, durante el proceso de fusión y en etapas previas al mismo, los directivos y ejecutivos relacionados al banco demandado realizaban declaraciones auspiciosas acerca de la "realidad" presente del banco, grandes aumentos de capital y su maximizado y rentable futuro con la fusión anunciada con el banco Lima Sudameris, las que ahora conocemos eran falsas y orientadas a inducir a error a sus clientes e inversionistas a efectos de mantener sus operaciones comerciales como se corrobora más adelante.

Debe tenerse muy presente que, es con posterioridad a la compra de sus acciones por mi parte, que se hace de conocimiento público que los Balances y los Estados Financieros habían sido manipulados, siendo gravemente discrepantes en su realidad con los declarados por el demandado y publicitados para conocimiento general, conforme la ley obliga.

Tercero.-

Si bien estos irregulares hechos empiezan a intuirse y filtrarse cierta información a partir del segundo trimestre de 1999, los hechos son certificados en su real magnitud por el público cuando se concluye la fusión del Banco Wiese con el Banco Lima Sudameris, es decir, en Setiembre de 1999, varios meses después de que había adquirido las acciones en la Bolsa de Nueva York a través de la Empresa Corredora Wiese Agente de Bolsa. Posteriormente, al posición del Banco Wiese ante el nuevo

banco fue decayendo aún más hasta arribar a una participación nula en la nueva institución.

Cuarto.-

Conscientemente, con total conocimiento de causa, sabiendo que cometían dolo para lograr inducir a error, los funcionarios y Directivos del Banco Wiese aprobaron Balances y Estados Financieros con alteraciones, fraguados, **con el fin de ocultar** ante los ahorristas, los accionistas minoritarios y ante los inversionistas y clientes, su verdadera realidad financiera, que era la de una quiebra técnica, que no se llega a materializar, gracias a sendos aportes de capital por U\$50 millones y U\$130 millones por parte del grupo Wiese y la Fusión con el Banco Lima Sudameris con intervención del Estado vía el Decreto de Urgencia N. 034-99 (no 074-99 como consigna erróneamente la firma Hansen-Holm & Alonso en la página 23 de su Informe que corre a fojas 72 del expediente), **dado exactamente en el período del proceso de fusión del Banco Wiese y al que UNICAMENTE se acogió éste Banco**, gracias al cual se "saneó" un pasivo de U\$933'785,000 y S/.334'070,000, reemplazando la cartera de créditos incobrables por diversos instrumentos financieros –títulos valores- entre los que se encontraba un pagaré avalado por el Estado Peruano por U\$189 millones más intereses.

Quinto.-

En menester referir que el acto jurídico de fusión se concretó, puesto que los representantes del Banco Wiese firmaron los documentos legales correspondientes, lo que implicó que expresamente aceptaran que se había fraguado, adulterado sus estados financieros para aparentar una positiva situación financiera, **por cuanto tuvieron que modificar con posterioridad a la compra de mi parte sus estados financieros para registrar pérdidas de S/.1,075'719 miles, con lo cual, conocido el patrimonio del banco de S/.864,782 miles, el banco estaba quebrado, es decir con patrimonio negativo; motivando a su vez una drástica reducción de su capital en la nueva institución fusionada en una operación de compra inversa en la que de ser accionista mayoritario pasaron a ser minoritarios.**

La conducta y la actuación de los Funcionarios, directivos y representantes del Banco demandado es dolosa, por cuanto no pueden alegar que desconocían la desproporción de las cifras existentes, máxime de que su obligación legal, moral y ética era la de

1053
Malcondenta
y otros



Mil
cibavento
y cuatro
1054

hacer de conocimiento público su verdadera situación en forma oportuna; así como que se encuentran legalmente prohibidos de inducir a error y/o confusión al ahorrista, al inversionista, al público en general, orientando la publicidad, mediante actos, practicas o mecanismos engañosos o fraudulentos.

Sexto.-

Al respecto, **prescribe el Art. 10º del D.L. 861, de fecha 22 de Octubre de 1996,** aplicable al presente caso, por tratarse de un acto jurídico de compra de acciones en el mercado bursátil que: ***“Toda información que por disposición de dicha Ley deba ser presentada, tanto a las entidades centralizadas (CONASEV, Bolsa de Valores, Superintendencia de Banca y Seguros) como al inversionista, deberá ser veraz, suficiente y oportuna.”***

Sétimo.-

específicamente, el Art. 12º de dicha Ley señala que ***“está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad o transparencia del mercado, agregando que dentro de este marco está prohibido: b) Efectuar transacciones o inducir a la compra o venta de valores, por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento.”***

Octavo.-

Consecuentemente y de acuerdo con lo expuesto en los puntos precedentes, el Banco Wiese estaba en la obligación de hacer de conocimiento público con toda oportunidad, su verdadera, su real situación económica y financiera, **obligación que incumplió, violando además de los artículos antes citados, el precepto contenido en el Art. 28º del mencionado Decreto Legislativo,** que dispone que el registro de un determinado valor o programa de emisión, **le genera a su emisor la obligación de divulgar los hechos importantes en forma veraz, suficiente y oportuna, tan pronto como el hecho ocurra,** terminando dicho artículo con el siguiente párrafo: ***“La importancia de un hecho se mide por el grado de influencia que puede ejercer sobre el inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor”.-***

Noveno.-

El análisis contenido en los fundamentos antes expuestos, es producto de una valoración congruente, razonada y sobre el conjunto de las pruebas ofrecidas y admitidas que obran en el expediente, de manera que los considerandos de la

sentencia que se impugna, a partir del numeral vigésimo séptimo hasta el numeral trigésimo séptimo, carecen de sustento probatorio, máxime que han sido desnaturalizadas, dándoles un valor probatorio de relevancia legal a dos documentos administrativos dirigidos internamente al Banco demandado, y en un sentido inverso al que se evidencia de su lectura, puesto que de estos confirman que se le autorizó al Banco demandado a adoptar medidas y acciones para rectificar sus estados financieros publicitados evitando el pánico financiero y viabilizar su fusión con el Banco Lima Sudameris.

105
M. J. Arcuena
O. y
C. M. C.

INCIDENCIA DE LA INFRACCIÓN EN LA DECISIÓN QUE SE IMPUGNA

Primero.-

LA INAPLICACIÓN DEL D.L 861, ART. 197 DEL C.P.C. Y PRECEDENTE JUDICIAL ANTES PROBADOS, HA MOTIVADO QUE SE INAPLIQUE LA CAUSAL DE DOLO CONTEMPLADA EN EL INC. 2) DEL ART. 221° DEL C.C., NORMA DEL DERECHO SUSTANTIVO PRIVADO APLICABLE A TODOS LOS ACTOS JURÍDICOS, Y SE DECLARE INFUNDADA MI DEMANDA, LO QUE SE HA DADO, SIN HABER SIQUIERA CITADO O COMENTADO ALGUNA DE LA NORMAS PERTINENTES DEL CITADO DECRETO LEGISLATIVO, QUE SON LAS QUE LA SALA HA DEBIDO TENER EN CONSIDERACIÓN POR TRATARSE DE UN HECHO REGULADO POR DICHA NORMA.

Al respecto, la sustracción de dos medios probatorios del conjunto de pruebas aislándolos del universo probatorio del expediente para interpretarlos en un sentido inverso al real, violentando así el art. 197 del C.P.C. y precedente judicial, ocasiona que el dolo probado en autos, producto de la alteración de estados financieros, sea considerado por la impugnada como un *“hecho conocido por la autoridad y en consecuencia legal y absolutamente ajustado al derecho, y regularizable en el tiempo”*, imposibilitando así la aplicación del artículo 221 inc. 2 del C.C. invocada como causal de nulidad de la presente demanda.

De haber aplicado el D.L. 861, la Sala habría concluido en la existencia inequívoca de dolo, en consecuencia mi demanda habría sido declarada fundada.

De haber valorado los medios probatorios en su conjunto, conforme lo dispone la ley, no aislando dos documentos del universo de más de 100 fojas obrantes en el expediente destinadas explícitamente a probar el dolo con el ex profeso fin de darles una interpretación contraria a su realidad, la Sala habría concluido en la existencia del

dolo demandado como causal de anulabilidad del acto jurídico materia de la presente demanda.

Está probado en autos que el banco Wiese no cumplió lo establecido en el D.L. 861, norma específica que regula el mercado de valores. Por el contrario la violó en forma flagrante, intencional y dolosa, logrando inducir a error al público, a los usuarios, accionistas minoritarios y a los inversionistas, conforme pasamos a exponer, sobre la base de los írritos fundamentos, que sustentan la decisión de declarar Infundada mi demanda en todas sus partes, de la sentencia que se impugna; fundamentos estos que son contrarios a lo probado en el expediente, puesto que la interpretación de las pruebas por los señores Magistrados ha invertido la verdadera realidad de los hechos, de naturaleza dolosa, en hechos conocidos por la autoridad y MERAMENTE ADMINISTRATIVOS y en consecuencia "regularizables" en el tiempo, sin tomar en cuenta que eran ignorados por el público e inversionistas como mi persona, al momento de adquirir acciones de dicho banco.

Errores incurridos en los considerandos
de la sentencia que se impugna

La sustracción y aislamiento de dos pruebas del contexto probatorio que configuran el conjunto de documentos obrantes en autos a fojas 24 y 72, tergiversando el real sentido de éstas, ha ocasionado que la sentencia impugnada declare infundada mi demanda al determinar como "administrativa y contablemente válido y legal" la rectificación de estados financieros más de 9 meses después de hechos de conocimiento del público, en una magnitud tal que de haberse conocido oportunamente tal realidad, como lo disponen los arts. 10 y 12 del D.L. 861, hubiese ocasionado la quiebra del banco demandado; así la Sala da por cierto que por ser estos hechos de conocimiento de la Superintendencia de Banca y Seguros sin que ésta haga reparo alguno al respecto o exista proceso sancionador probado en autos, estos actos convalidan el proceder del banco demandado, interpretación errónea puesto que no existe en autos convalidación alguna de la indicada autoridad bancaria que confirme lo expuesto por la Sala.

1056
M. J. amate
S. J.

Primero.-

La impugnada expresa en su considerando **VIGESIMO OCTAVO** que “Que conforme es de verse de la carta de fojas setentidos a setentitres firmada por el Sr. Luis Cortavarría Heckley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. textualmente se indica lo siguiente: Tal como se menciona en las notas 1 y 25 de los estados financieros, en 1999 la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó a Banco Wiese Sudameris a constituir, con cargo a cuentas patrimoniales, **provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores** (titulación) por S/.1,075,719 miles. ...”.

1057
M. Alincuentre
07/10/99

Este hecho fue aprobado por la Junta general de Accionistas del banco demandado el 19 de Octubre de 1999, y aprobado con Resolución SBS N. 1037-99 conforme cita la Nota 1 a los Estados Financieros elaborada por el propio banco Wiese Sudameris obrante en el expediente a fojas 78.

Debemos recordar que la fecha de compra de acciones ADR's por mi parte se dio en enero de 1999, y sobre la base de estados financieros publicitados hasta dicha fecha, que consignaban registros por incobrabilidad de cartera del orden de los -S/.182,255 miles.

Las “**provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores**” declaradas en los Estados Financieros - Estado de Ganancias y Pérdidas- del banco Wiese al 31 de diciembre de 1998 era de (-S/.182'255) miles, conforme obra a fojas 26 del expediente; sin embargo, 10 meses después, el Banco Wiese ya fusionado, aprueba rectificar la cantidad de provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y fluctuación de valores por (-S/.1,075'719) miles, conforme al siguiente esquema:

Rubro Contable:

Provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores:

31 de Diciembre de 1998:	(- S/. 171'955,000)
19 de Octubre de 1999:	(- S/.1,075'719,000)

Este acto, corroborado por la suprema autoridad Bancaria mediante un documento público, constituye la prueba de que los estados financieros del Banco Wiese no exponían el real estado del mismo al adquirir mi persona, los ADR's materia de demanda.

Mil con cuenta
y
ochos

Segundo.-

En su considerando **VIGESIMO NOVENO** cita *“Que, en igual forma, la Carta de fojas veinticuatro a veinticinco de autos, firmada por igual forma el señor Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y asociados menciona “... igualmente el Banco en 1998, con autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros, disminuyo su capital social por miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones para colocaciones de dudosa cobranza por miles de nuevos soles 134,119, simultáneamente efectuó un aumento de capital social por miles de nuevos soles 136,138 y una prima de emisión por miles de nuevos soles 20,512 mediante un aporte de capital en efectivo, igualmente con autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros efectuó la reevaluación voluntaria resultando un excedente de reevaluación por miles de nuevos soles 120,551 el cual fue aplicado para constituir provisiones adicionales para cubrir deudas de dudosa cobranza por miles de soles 120,551”.*

Al respecto debemos citar que las auditorías son revisiones contables realizadas por entidades especializadas autorizadas por la **Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)** y contratadas por el solicitante, en el presente caso Banco Wiese, por lo que constituyen a su vez un documento de parte.

Por otro lado, dicho considerando cita actos realizados a lo largo del año de 1998, que acreditan operaciones contables con autorización de la SBS de volumen razonable dada la institución del caso; pero a través de la cuales no era posible de manera alguna, conocer que el Banco en octubre de 1999 tendría que “regularizar” provisiones (entiéndase proyectar pérdidas) por un valor de S/.1,075'719 miles, esto es 6 veces más (600% de incremento).

Estas provisiones rectificadas superaban largamente los S/.846,782 miles de capital social con que contaba el banco conforme consta a fojas 27 del expediente en que obra el balance al 31 de diciembre de 1998, lo que lo colocaba en una quiebra legal y

hubiese generado pánico financiero y mi decisión de no invertir en dicho banco de haber conocido estos hechos oportunamente.

1059
Mo) cnauenta
y nueve

Tercero.-

Continúa la impugnada, en su considerando **“TRIGESIMO.- Que, no está acreditado en autos que la Superintendencia de Banca y Seguros, o cualquier otra entidad nacional o norteamericana (en este caso por haberse cotizado los ADRs en la Bolsa de Valores de Nueva York), haya formulado reparo a los estados financieros del Banco Wiese Ltda. del Banco Wiese Sudameris o que estas hayan iniciado un proceso sancionador en contra de dicha entidad bancaria por manipulación o alteración de sus estados financieros.”**

La impugnada incurre en error, por cuanto el que no exista evidencia en autos (o así no se conociera, lo que es público si existe y en instancia penal, además de una investigación del Congreso de la República) no es una prueba de la veracidad de la información de los estados financieros, toda vez que está probada la capacidad y poder del demandado, al encubrir durante años elevadísimas cifras, de ocultar información; y además, porque la sanción al banco Wiese no es materia del presente proceso sino la anulabilidad del acto jurídico de compra de sus acciones por mi parte.

En efecto, el que no esté probado en autos la sanción al demandando, a pesar de existir y ser un hecho público y notorio por haber aparecido en virtualmente todos los medios periodísticos del Perú el tristemente célebre “Salvataje del Banco Wiese” investigado inclusive por el Congreso de la República, así como el proceso penal instaurado en contra de los directivos de dicha institución por tal razón, **no exculpa el dolo imputado y probado en autos cometido en un contrato de naturaleza civil, por lo que mal hace la impugnada en utilizar la carencia de pruebas de hechos que no son materia de juicio para expresar lo contrario, fundamentando su fallo además en un hecho no alegado por ninguna de las partes infringiendo así el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Violándose el Debido Proceso).**

Al respecto, antes de sustentar su fallo en dicha motivación, la Sala debió solicitar información a la SBS o indagar en medios públicos al respecto, en su búsqueda de la verdad para impartir justicia, por ser este el objeto principal del proceso, conforme lo contempla el art. 194º del C.P.C.

Cuarto.-

La impugnada expresa en su considerando **"TRIGESIMO PRIMERO:** *Que, adicionalmente las dos comunicaciones antes mencionadas coinciden en señalar en términos más o menos similares, que los estados financieros por ellos auditados, presentan razonablemente en todos sus aspectos significativos la situación financiera del banco Wiese Sudameris antes Banco Wiese Ltda."*

Como se dijo, ambas entidades tanto KPMG Caipo y Asociados como Hansen Holm & Alonso son entidades auditoras contratadas y con honorarios pagados por parte del banco demandado para verificar el contenido de los estados financieros elaborados por éste, los que ya se ha probado contenían serias divergencias con la realidad, verificada por actos aprobados por los accionistas del banco y la SBS, conforme cita el documento de fojas 73 y 78, emitidos contradictoriamente por los mismos auditores.

Al respecto debe quedar claro a su vez que, las sociedades de auditoría verifican la información consignada en los estados financieros, cuya elaboración y responsabilidad por su contenido corresponde a la gerencia del banco, conforme lo citan expresamente ambas sociedades auditoras en sus comunicaciones obrantes a fojas 24 y 72 expresamente; es decir de manera alguna elaboran los estados financieros ni se hacen responsables del contenido de los mismos.

Finalmente, si a pesar de ser ambas auditorías pruebas de parte contratadas por el banco demandado, como se le puede conceder credibilidad, si en menos de un año, se rectificaron los estados financieros incrementándose las provisiones en más de 6.4 veces, conforme consta de autos y se ha acreditado en el punto Primero del presente apartado, cifras que de haberse consignado conforme correspondía con la realidad y la ley, habrían determinado la quiebra del banco.

Es decir, está probado que los estados financieros del ex Banco Wiese consignaban cifras discordantes con la realidad y cualquier opinión en contrario es errada, conforme a los medios probatorios del expediente por lo que mal ha hecho la Sala en fundamentar su fallo en la opinión de ambos auditores, vertidas en sus cartas de fojas 24 y 72 del expediente.

Quinto.-

1060
Mil seiscientos

Cita en su considerando **"TRIGESIMO SEGUNDO: Que estos medios probatorios ofrecidos por la parte demandante no logran probar la existencia de dolo alegado por ella, en la manipulación de los estados financieros del Banco demandado."**

Por el sentido del presente considerando debemos entender con "estos medios probatorios", que se refiere a los previamente citados en su considerando VIGESIMO SETIMO.

Es necesario precisar al respecto que, ninguna de dichas pruebas ha sido impugnada ni discutida ni desvirtuada técnicamente por informe o análisis alguno por parte del banco demandado, y por tanto, además de ser medios probatorios válidos y pertinentes, contienen información probadamente veraz, por no haber sido desvirtuados con documento alguno por la parte demandada, a la que le correspondía dicha obligación procesal, conforme al precedente judicial que a continuación citamos:

"El cuestionamiento oportuno de los medios probatorios es carga procesal de las partes (CAS. 772-2006-Chincha)"

Evidenciado en los puntos precedentes, el proceso de engaño sistemático seguido por los funcionarios del banco demandado y su grupo económico (Wiese) proporcionando información inexacta, y realizando declaraciones a los medios de prensa tendientes a crear confianza en la institución financiera acerca de un banco solvente y ad portas de una fusión que generaría grandes beneficios y ahorros operativos conforme acreditaremos más adelante; a continuación, procederemos a acreditar el error de la Sala al expedir la sentencia impugnada en lo relativo a la inaplicación del Principio de Valoración Conjunta y Razonada de las Pruebas.

Ausencia de una Valoración Conjunta y Razonada de las Pruebas por parte de la impugnada: Existencia del Dolo

El derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos, entre los cuales debemos destacar "**el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas** (CAS. 772-2006-Chincha)", deber que no han

observado los magistrados que suscriben la sentencia impugnada, como se evidencia con una simple lectura del expediente.

Como se ha dicho, no se ha cumplido con valorar de manera conjunta y razonada las pruebas del expediente, puesto que de haberlo hecho, habrían concluido que el dolo producto de la información engañosa y adulteración de estados financieros está probado, conforme a lo siguiente:

1. A **fojas 26** corre el Estado de Ganancias y Pérdidas del banco demandado al **31 de diciembre de 1997 y 1998**, publicitado en prensa escrita conforme dispone la ley y evidentemente no impugnado por parte alguna.

En este documento, resaltamos el rubro de "*Provisión para fluctuación de valores en inversiones financieras*" por miles de nuevos soles 6,801 y 10,300, y el rubro "*Provisión para colocaciones de dudosa cobranza*" por miles de nuevos soles (-160,262) y **(-182,255)** respectivamente para 1997 y 1998, corroborado por la Nota 6 a dichos Estados Financieros, que expresan claramente que la Provisión de colocaciones dudosas es de miles de nuevos soles **(-182,255)** coincidiendo perfectamente con la cifra precedente.

A **fojas 27** corre el Balance General del banco Wiese al 31 de diciembre de 1997 y 1998 respectivamente, en el cual consta el patrimonio del banco en miles de nuevos soles 764,466 y 846,782 respectivamente.

Es con ésta información con la que mi persona decide la compra de las acciones del banco demandado, tal y como se expone en mi escrito de demanda.

2. A fojas 24 y 25 corre la carta suscrita por el Sr. Wilfredo Rubiños V. socio de la auditora KPMG Caipo y Asociados, entidad contratada por el demandado para auditar sus estados financieros en la cual se hace ver, conforme cita la cuestionada resolución, que el Banco disminuyó su capital en miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones de colocaciones de cobranza dudosa (entiéndase registro contable de créditos con mínima capacidad de ser cobrados); sin embargo, esta cifra constituye una pérdida cubierta simultáneamente por un aumento de capital de miles de nuevos soles 136,138, evitando así una caída en el **balance final del fin del año y la consecuente fuga de inversionistas y público en**

general, razonamiento que no es recogido por los señores magistrados en la sentencia que se impugna.

3. El patrimonio declarado del banco (fojas 27) era de S/.846,782,000 al 31 de diciembre de 1998, importe que incluye el aumento de capital de S/.136,138,000 citado en la carta de fojas 24.

Luego de la fusión con el Lima Sudameris, el nuevo banco Wiese Sudameris contaba con un valor patrimonial declarado de S/.1,162'114,000 conforme corre a fojas 74, al que, restándole el aporte patrimonial del Lima Sudameris de S/.754'000,000, conforme consta de fojas 78 párrafo final y 79, se concluye que el valor patrimonial neto asignado al banco Wiese en su fusión era de S/.408'114,000.00; del que, deduciendo los S/. 179'841,000 correspondientes a S/.157'510,000 y S/.22'331,000 producto de aporte en efectivo y prima de emisión por parte de los accionistas del ex banco Wiese realizados en el año de 1999 conforme consta de las foja 78 de autos, matemáticamente obtenemos que el **patrimonio del Banco Wiese valorizado de común acuerdo** por las partes en su fusión con el Lima Sudameris, **era de S/.228'273,000**, contra los **S/.846'782,000 declarados en los estados financieros al 31 de diciembre de 1998**, obrantes a fojas 27.

Se arriba a esta cifra, sin contar que debe deducirse de éste análisis la participación del Estado Peruano mediante un aval por U\$189 millones producto del **Decreto de Urgencia N°. 034-99** (no N°. 074-99 como consigna erróneamente la firma Hansen-Holm & Alonso en la página 23 de su Informe que corre a fojas 72 y siguientes del expediente) que en copia se acompaña, con lo cual se demuestra que el banco Wiese mantenía un balance con patrimonio negativo, es decir se encontraba quebrado.

ESTE DESCOMUNAL DESFASE DE CASI 4 VECES SU CAPITAL EN MENOS DE 9 MESES, ACREDITA QUE LOS ESTADOS FINANCIEROS DEL EX BANCO WIESE LTDO. PUBLICADOS NO REFLEJABAN LA REALIDAD DE LA SITUACIÓN CONTABLE Y FINANCIERA DEL BANCO.

4. Conocido el patrimonio del banco Wiese de S/.846'782,000 (fojas 27), este equivalía al 72.87% del capital de S/.1,162'114,000 del nuevo banco Wiese

1063
Mil
sesenta
tres

Sudameris luego de fusionado (fojas 74), porcentaje de participación que debería haber correspondido a los ex accionistas del Banco Wiese en el nuevo Banco, y el diferencial de 27.13% al grupo del ex Banco Lima Sudameris; sin embargo, conforme consta textualmente de la Nota 1 a los Estados Financieros del año 1999 de fojas 78: *"Lima Sudameris Holding S.A. recibió a cambio el 64.83% de las acciones del nuevo Banco, lo que configuró una **operación de adquisición revertida**, que implica que los accionistas del ex - Banco Lima Sudameris adquieren mayoría accionaria en dicha entidad"*.

1064
Mil
seiscientos
cuatro

EL INCREMENTO DE 2.5 VECES DE LA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA DEL LIMA SUDAMERIS HOLDING LUEGO DE LA FUSIÓN EN SETIEMBRE DE 1999, DEL 27.13% QUE LE CORRESPONDÍA SEGÚN ESTADOS FINANCIEROS PUBLICADOS POR AMBAS INSTITUCIONES CONTRA EL 64.83% QUE LE CORRESPONDIÓ EN DICHA FECHA EN EL NUEVO BANCO, ACREDITA QUE LOS ESTADOS FINANCIEROS PUBLICADOS POR EL BANCO WIESE EN LOS AÑOS PREVIOS NO REFLEJABAN LA REALIDAD DE DICHA INSTITUCIÓN, PUESTO QUE SU PARTICIPACIÓN CAE DEL 72.87% QUE DEBIÓ TENER EN EL NUEVO BANCO CONFORME A LAS CIFRAS DE LOS ESTADOS FINANCIEROS AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998 AL 35.17% QUE ACORDÓ EN SETIEMBRE 1999 (9 MESES DESPUÉS).

5. A fojas 72 y 73 corre la Carta firmada por el Sr. Luis Cortavarría Heckley (ex superintendente de Banca y Seguros del Perú) en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co., quien expresa literalmente que: *"Tal como se menciona en las notas 1 y 25 de los Estados Financieros, en 1999 la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó a Banco Wiese Sudameris a constituir, con cargo a cuentas patrimoniales, provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores (titulación) por S/.1,075,719 miles. ..."*

Esta provisión se materializó el 19 de octubre de 1999, conforme consta de la Nota 1 a los Estados Financieros obrantes a fojas 78, incrementando en miles de nuevos soles (-1,075,519), las provisiones existentes de (-182,255) miles de nuevos soles.

Este descomunal incremento de casi 7 veces en las provisiones para créditos no cobrables en un lapso de 9 meses y 19 días, acredita que los estados financieros publicados no reflejaron la realidad de la situación contable y financiera del banco.

RESULTA EVIDENTE QUE LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR EL BANCO DEMANDADO A SUS SOCIOS E INVERSIONISTAS TRAVÉS DE SUS ESTADOS FINANCIEROS DE 1997 Y 1998 NO REFLEJABA LA REALIDAD DEL BANCO.

NO RESULTA RAZONABLE, CREER QUE ESTE ABISMO ENTRE LA REALIDAD Y LA INFORMACIÓN ENTREGADA POR EL BANCO A LAS AUTORIDADES, INVERSIONISTAS Y PUBLICADA EN LOS MEDIOS DE PRENSA ESCRITA, ERA IGNORADA POR LOS FUNCIONARIOS DEL BANCO, ACREDITÁNDOSE ASÍ EL DOLO EN QUE INCURRIÓ EL BANCO DEMANDADO AL VIOLAR EN FORMA FLAGRANTE LO PREVISTO POR LOS ARTÍCULOS 10, 11, 12 Y 28 DEL D.LEG. 861, inaplicado por los magistrados firmantes de la Sentencia impugnada.

6. Se ha acreditado de manera fehaciente y reiterada que los estados financieros publicitados por el ex Banco Wiese no reflejaban ni cercanamente siquiera la realidad.

Las instituciones financieras son responsables de los estados financieros que aprueban y publicitan, no cabiendo excusa o alusión a error por cuanto la responsabilidad está marcada por la ley.

Al respecto, a fojas 30, corre la Nota 2 a los estados Financieros al 31 de diciembre de 1998 y 1997 emitida por la sociedad contratada por el demandado, que expresa:

(c) Provisión para Colocaciones de Dudosa Cobranza

La provisión para colocaciones de dudosa cobranza se determina siguiendo los criterios establecidos por la SBS; y es mantenida a un nivel tal, que a criterio de la gerencia, es suficiente para cubrir pérdidas potenciales de la cartera de colocaciones (ver Nota 6). Periódicamente la gerencia realiza revisiones y análisis formales de la cartera de colocaciones para clasificarla y efectuar los ajustes necesarios a la provisión.

Los señores auditores del banco demandado a fojas 24 expresan que "**La preparación de estos estados financieros es responsabilidad de la gerencia del banco**", algo que además está normado en la Ley de Bancos y Ley General de Sociedades.

Expresan asimismo que periódicamente estas provisiones son revisadas por la gerencia del banco, minimizando así los márgenes de error.

La desproporción que presentaban los estados financieros publicitados en el año 1997 y mediados y fines de 1998 por el Banco Wiese, con la realidad conocida



después de la fusión con el banco Lima Sudameris, es tal que, no puede ser considerada un error, sin descalabrar el patrón lógico de un ser racional; y en cualquier caso, por igual era responsabilidad de sus funcionarios.

Estamos así, en la posición de confirmar nuevamente, que los estados financieros fueron manipulados arteramente para mantener vivo un difunto financiero; es decir para engañar a los clientes, inversionistas y público en general acerca de su magra situación financiera.

7. Obra en autos a fojas 99 y 100, hojas 22 y 23 de la Notas a los Estados Financieros auditados por Hansen Holm & Alonso, las dos Operaciones de Titulización de Cartera, que el nuevo banco celebró con Wiese Sociedad Titulizadora S.A. (WST) en junio y setiembre de 1999, que motivaron la transferencia de "activos" del ex Banco Wiese, entiéndase deudas incobrables correspondientes en un 96% a cartera de créditos e intereses y comisiones por cobrar, al Fondo administrado por WST por un valor nominal de **U\$1'033,785 miles, y S/.334,070 miles.**

Conforme obra a fojas 100 parte final, en garantía de estos "activos", WST declaró tener **U\$769'000,000** en prendas sobre bienes muebles e inmuebles (Nota 19 a los estados financieros auditados por Hansen Holm & Alonso del año 1999, fojas 100 del expediente).

Esto evidencia, sin cuestionar los valores asignados por el Banco Wiese a los activos que declaraba cuya capacidad de valorización ponemos en tela de juicio dados sus antecedentes, **la existencia de un faltante de U\$264'785,000 más S/.334'070,000 en garantías,** algo que tampoco reflejaban su estados financieros, ni fue puesto de conocimiento en momento alguno por los funcionarios del ex banco Wiese conforme lo dispone el D. Leg. 861., por lo que no puede ser considerado un error por tratarse de operaciones matemáticas, haciendo una vez más evidente, del dolo con que actuaron los funcionarios y directivos del banco demandado al publicitar sus estados financieros.

8. La antedicha operación de "Titulización de Cartera" se dio al amparo del Decreto de Urgencia N. 034-99 publicado en el diario El Peruano el 27 de junio de 1999, cuya copia se adjunta; curiosamente en las fechas en que se retrasaba la fusión

1066
Mil...
y
See

por problemas en el due dilligence a los estados financieros del banco Wiese, proceso dentro del cual, el nuevo Banco Wiese Sudameris recibió un **pagaré garantizado por el Estado Peruano por U\$189'000,000 más intereses**, en lo que los medios de comunicación denominaron el "Salvataje del Banco Wiese" y motivó un proceso penal instaurado contra ex ministros, la gerencia y directorio en pleno del ex Banco Wiese, de conocimiento público y notorio por haber aparecido en los medios de prensa y televisión, además de haber merecido una investigación del Congreso Peruano.

El aval es un requisito que se da para garantizar una persona (natural o jurídica) cuya capacidad de pago está en duda, de manera que la intervención del Estado Peruano fue para cubrir la incapacidad patrimonial del banco demandado y viabilizar su fusión con el Lima Sudameris.

No existe razón para titularizar (reemplazar por títulos valores) una cartera de créditos, puesto que son parte del activo del banco, cuyo negocio el lucrar con el crédito, salvo que esta cartera sea despreciable por alguna razón: por no cobrable.

En el presente caso lo que se hizo, por única vez en la Historia del Perú, fue trasladar la cartera de créditos incobrable del banco Wiese a una empresa del mismo grupo: Wiese Sociedad Titulizadora (WST) y a cambio ésta entregó títulos valores diversos, entre los cuales estaba el pagaré avalado por el Estado Peruano, operación que no hubiera tenido razón de ser si la situación patrimonial del banco Wiese hubiese sido adecuada.

Si los créditos del ex banco Wiese expuestos en sus estados financieros hubiesen estado correctamente cuantificados y respaldados, habrían haber sido asumidos como parte del activo del nuevo banco; sin embargo esto no fue así evidenciando una vez más la magra y oculta realidad del banco, ocultada dolosamente a los inversionistas, ahorristas y público en general, para evitar pánico financiero.

9. La Sentencia impugnada resta credibilidad y capacidad de crear convicción al Informe elaborado por la Sociedad Auditora Saavedra Leveau & Asociados, inaplicando una vez más el principio de valoración conjunta y razonada de las pruebas; no obstante, hemos acreditado con los precedentes análisis matemáticos técnico – contables a los estados financieros auditados y obrantes en autos, que

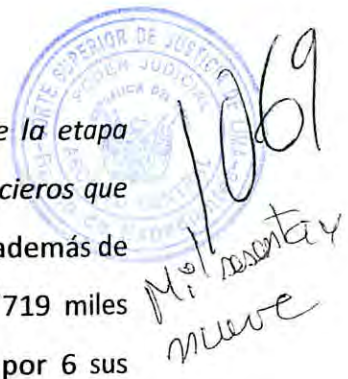


las conclusiones del citado informe son sustancialmente idénticas a las obtenidas en los numerales precedentes.

Al respecto, procedo a analizar las conclusiones del referido informe a efectos de determinar la existencia de patrones de coincidencia, entre lo expuesto en el mismo y los estados financieros del Banco demandado obrantes en autos a fojas 26, 27 y 28, y 74, 75 y 76, con sus respectivas Notas Aclaratorias:

- 1ra Conclusión del informe Saavedra Leveau informa acerca de la situación coyuntural del entorno económico al momento de los hechos materia de la presente demanda.
- 2da Conclusión del informe Saavedra Leveau *“Lo referido en la conclusión anterior impactó (problemas coyunturales globales) en la banca nacional, sistema en el que 2 bancos colapsaron por una deficiente gestión; sin embargo a pesar de que el Banco Wiese Ltda. se encontraba en una situación similar y en condiciones tales que ameritaban una intervención de la SBS y probablemente su quiebra, esto no se materializó dada la envergadura de esta institución y las consecuencias que esto conllevaba para la sociedad peruana; es así que el Estado Peruano decidió intervenir avalando y asumiendo parcial y temporalmente la cartera pesada del Banco Wiese”*; la participación el Estado avalando parcialmente al Banco Wiese ante el nuevo banco creado producto de su fusión con el Lima Sudameris está acreditado en fojas 100 del expediente – página 23 de los auditores del banco demandado Hansen Holm & Alonso, la quiebra se deduce y se ha demostrado matemáticamente en puntos previos del presente documento producto de un análisis de los estaos financieros de ambos bancos antes y después de la fusión (ver numeral 3 previo.)
- 3ra Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna que el banco demandado se vio forzado a realizar un aumento de capital para cubrir colocaciones de cobranza dudosa; esto está corroborado por la sociedad auditora KPMG Caipo & Asociados en su documento obrante a fojas 24 en el que consigna un aumento de capital de S/.134,119 miles para cubrir un importe de S/.136,138 miles producto de cartera de cobranza dudosa.

1068
M
Asesora
Ocho

- 
- 4ta Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna que *“durante la etapa previa a la fusión el Banco Wiese Ltda. ha presentado Estados Financieros que no reflejaban la realidad de dicha institución”*; esto está demostrado además de las noticias acotadas previamente, por la rectificación de S/.1,075'719 miles que realiza el nuevo banco en setiembre de 1999, multiplicando por 6 sus pasivos por provisiones de cobranza dudosa.
 - 5ta Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna que *“La buena cara expuesta en los estados financieros y el aumento de capital realizado a fines de 1998, aunados a los rumores de fusión con un socio europeo, se tradujeron en un incremento de la cotización bursátil de sus acciones.”*; si bien esto no atañe directamente a los hechos probatorios del dolo, si está probado el aumento de capital obrante a fojas 24 del expediente.
 - 6ta Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna que *“El proceso de fusión se vio varias veces entrampado debido a discrepancias entre los estados financieros declarados por el Banco Wiese y la realidad de estos.”*; esto está corroborado por las noticias aparecidas en medios de prensa y específicamente en el Diario Expreso el 17 de febrero de 1999, Diario El Peruano 18 de febrero de 1999, Diario gestión 21 de mayo de 1999, noticias periodísticas verificables vía internet, y además no impugnadas por la parte contrario acreditando así su veracidad por tratarse de citas textuales.
 - 7ma Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna que *“Durante el proceso de fusión con el Grupo Sudameris, aparecieron las cifras reales que evidenciaban que la cartera de créditos declarada por el Banco Wiese no era tal, sino que por el contrario el nivel de incobrabilidad de esta era bastante más elevado que lo declarado”*; esto está más que corroborado, tanto por la tantas veces citada rectificación de S/.1,075'719 miles de provisiones por incobrabilidad de cartera, como por los aumentos de capital de 1998 tendientes a cubrir provisiones de cartera incobrable citado a fojas 24, además de las noticias transcritas antes citadas y las abultadas cifras obrantes a fojas 103 del expediente claramente divergentes con la cantidad consignada en el estado financiero oficial bajo el mismo rubro.

- 1076
Mil setenta
- 8va Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna *“Lo deficiente de la cartera de créditos del Banco Wiese a fin de viabilizar la fusión, exigió el aval del Estado Peruano y al no ser este suficiente, la reducción de la participación del Banco Wiese en la nueva institución fusionada a niveles 6 veces inferiores a los que iniciaron en las negociaciones”*; esto está corroborado por lo relativo al Decreto de Urgencia 034-99 al que se acogió el banco Wiese únicamente, consignado en fojas 100 del expediente por el que el estado peruano le otorgó un aval del U\$189 millones al ex Banco Wiese, a su vez la participación del Banco Wiese se vió reducida drásticamente conforme se ha demostrado previamente sobre la base de los estado financieros oficiales del banco demandado, pudiendo existir discrepancias numéricas con la conclusión acotada en la medida de que ésta se ha dado sobre la base del cuadro de participación accionaria obtenida de la SBS y Bolsa de valores de Lima en su oportunidad, y la cifra analizada en el presente documento se ha determinado sobre la base de los estados financieros obrantes en autos únicamente, sin información complementaria a efectos de evitar cuestionamientos absurdos del contrario. Tanto el presente documento como el Informe Saavedra Leveau concluyen por una caída drástica de la participación del grupo Wiese solo explicable por la divergencia entre los estados financieros publicitados y la realidad.
 - 9na Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna *“El valor patrimonial declarado del Banco Wiese Ltda. a inicios de 1999 ascendía a US\$265 MM; sin embargo, luego del sinceramiento de cifras producto de la fusión, el valor de dicho patrimonio en el nuevo banco equivale al 8.6% del valor declarado 6 meses antes: US\$22.8MM”*; en efecto la participación el Banco Wiese en el nuevo banco se vio reducida drásticamente, habiendo concluido un análisis matemático rápido en el presente documento del 37.2%, sin embargo a dicha cifra debe restársele el importe del pagaré avalado por el Estado en contrapartida de acciones del ex banco Wiese lo que reduce su participación de éste último a cifras similares a las consignadas por el informe Saavedra Leveau, el cual como se dijo se basa en información detallada obtenida de diversas instituciones en la fecha de elaboración del mismo, debiendo hacer presente

una vez más la coincidencia en los criterios de caída patrimonial del ex banco Wiese en su participación accionaria en el nuevo banco.

- 10ma y 11va Conclusiones del informe Saavedra Leveau consignan los análisis de la caída de la cotización bursátil del banco Wiese, hecho lógico producido como consecuencia de la alteración de sus estados financieros y el develamiento de la realidad financiera de dicha institución conocida recién durante el proceso de fusión con el banco Lima Sudameris.
- 12va Conclusión del informe Saavedra Leveau consigna que *“A pesar de los sucesivos aumentos de capital, el valor del banco no se ha visto incrementado, lo que evidencia que dichos aportes han servido para cubrir colocaciones incobrables de responsabilidad del Grupo Wiese no declaradas en la etapa previa al proceso de fusión, lo que ratifica la desconfianza del inversionista y no permite que las acciones se recuperen”*; esto está corroborado por los estados financieros y declaraciones a la prensa del propio gerente del banco que acreditan aumentos de capital por U\$180 millones a pesar de los cuales el capital el banco no se incrementa sino que por el contrario disminuye como se ha acreditado previamente sobre la base de los estados financieros que obran en el expediente, y ocasiona evidentemente que nadie adquiera sus acciones, algo que mi persona hubiera hecho de haber conocido el engaño doloso de que víctima, ocasionando a su vez la drástica caída en su cotización bursátil por estar regido su valor por la oferta y demanda.

Como se puede apreciar, se han evaluado los medios probatorios obrantes en autos: Informe de las sociedades auditoras del banco Wiese por los años 1998 y 1999, y sus respectivas notas aclaratorias.

Producto de esta evaluación se ha arribado, sobre cálculos matemáticos básicos, a un conjunto de conclusiones que coinciden plenamente con las que, aunque numéricamente más precisas gracias a la información detallada con que contaron en su momento sus funcionarios, arribó la sociedad de auditoría Saavedra Leveau & Asociados, y obran en el Informe de los ADR's del banco Wiese.

A pesar de lo dicho, la Sentencia impugnada no da mérito probatorio al informe Saavedra Leveau & Asociados relativo al Análisis de los ADR's del banco Wiese, bajo el argumento de que se trata de un documento "de parte"; sin embargo los informes de los auditores también son de parte, pero si son merituados por la Sala, violando el Principio de Igualdad ante la Ley y Debido Proceso.

Esta prueba no ha sido tachada, impugnada, ni refutada mediante documento técnico alguno ofrecido por el banco demandado, lo que la convierte en una prueba apta y pertinente que sustenta sólidamente a los hechos expuestos en mi escrito de demanda, ahora corroborados como lo prescribe el art. 196 del C.P.C.

ESTA COINCIDENCIA UNIFORME DE TODAS LAS PRUEBAS OBRANTES EN AUTOS:
INFORMES DE AUDITORIA DEL BANCO WIESE POR LOS AÑOS 1998, 1999 Y SUS RESPECTIVAS NOTAS COMPLEMENTARIAS, E INFORME DE LOS ADR'S DE LA SOCIEDAD DE AUDITORÍA SAAVEDRA LEVEAU & ASOCIADOS, **CONSTITUYEN EL CRITERIO DE CERTEZA SOBRE LA BASE DE MEDIOS PROBATORIOS VALORADOS DE MANERA CONJUNTA Y RAZONADA, AL QUE SE ARRIBA EN EL PRESENTE EXPEDIENTE JUDICIAL.**

En efecto, con este análisis comparativo, se ha probado claramente la existencia del dolo por parte del banco demandado y la consecuente inaplicación de los artículos 197 del C.P.C., D.L. 861, art. 221 inc. 2 del C.C. y demás normas complementarias y conexas, y la consecuente contravención de la resolución emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima que se cuestiona, a los dispositivos legales acotados y el debido proceso, razón por la cual el presente Recurso de Casación debe ser admitido a trámite y en su momento amparado.

10. Otro fundamento citado por la cuestionada en su considerando **TIGESIMO SEXTO** consigna que conforme al trabajo de auditoría Saavedra Leveau & Asociados, *"el actor tuvo que tener conocimiento que los Wiese ADR's que estaba adquiriendo, tenían una cotización con tendencia a la baja, pesar de ello, procedió a invertir en su adquisición, asumiendo voluntaria y expresamente, el riesgo que implica una inversión de este tipo. Que es mayor aún si como en el caso de los Wiese ADR's se*

cotizaban no en la bolsa de Valores de Lima sino en una Bolsa de Valores de estados Unidos de Norteamérica”; al respecto debemos corregir a la Sentencia impugnada en el sentido de que esa “leve tendencia a la baja” que cita arteramente, contrasta de manera dramática con la drástica caída que sufrieron los ADR’s luego del develamiento de cifras producto del proceso de fusión del demandado con el banco Lima Sudameris que expuso a la luz el real descalabro financiero en que se encontraba esta institución, y se contrapone con las auspiciosas noticias y declaraciones que realizaban los directivos del banco Wiese acerca de la solidez y promisorio futuro.

Por encima de mi conocimiento o conclusiones personales, está en orden de relevancia el tomar un decisión de inversión sobre la base de la información que los directivos y funcionarios del ente involucrado proporcionan a los inversores y declaran formalmente a medios públicos, información que debía darse en concordancia con el principio de veracidad, oportunidad y relevancia que dispone el D.Leg. 861 echado por tierra por el banco demandado.

Por otro lado, pretender que la Bolsa de Nueva York, el mayor mercado bursátil del mundo a ese entonces, con los procedimientos sistémicos y mecanismos de control que la rigen, era más riesgoso que la Bolsa de Valores de Lima, resulta en una afirmación desventurada, consignada para rellenar un espacio y aparentar sustento, con argumentos vacíos, ilógicos, irrazonados y contrarios a ley, a un fallo que a todas luces carente de sustento fáctico y legal, porque se sustenta en afirmaciones contrarios a los medios probatorios y a la ley.

11. Mi presente demanda no versa sobre el riesgo de una inversión o fluctuaciones producto de factores propios (internos) o exógenos, sino que versa sobre la manipulación dolosa de los estados financieros del banco demandado de manera tal, que indujeron a mi persona a una compra de acciones que no hubiese realizado de haber conocido la real situación patrimonial del demandado, habiéndose probado y de manera reiterada e indubitable la existencia del dolo, los considerandos TRIGESIMO OCTAVO y TRIGESIMO NOVENO contravienen el debido proceso al expresar la inexistencia de engaño, hecho no solo probado como acción

pasiva sino como acción activa y premeditada configurándose así el dolo demandado.

12. La Sala que suscribe la Resolución impugnada tampoco ha valorado la evolución comparativa de las acciones del banco Wiese en contraste con el resto de ADR's en la bolsa de Nueva York, conforme se evidencia del Gráfico obrante en la página 20 del Informe Saavedra Leveau, en el cual se constata un divergente comportamiento de los ADR's del banco demandado, en grave negativo, con relación al resto de los ADR's de empresas peruanas por el mismo periodo.

Declaraciones e Información tergiversada
vertida a los medios de prensa

A.-) Comentarios Engañosos.-

Acreditada la compra de las acciones del Banco demandado bajo el sistema de los ADR's que se ofertaban en la Bolsa de Nueva York, así como los análisis expuestos para contradecir la interpretación, los conceptos y las afirmaciones tergiversadas por los señores Magistrados, **se demuestra** la omisión incurrida en la interpretación por demás arbitraria de las pruebas admitidas por el Juzgado en la Audiencia respectiva, adoptada para poder declarar más adelante Infundada la demanda.

Al respecto, la tergiversación de la realidad financiera del banco Wiese era producto de un proceso que provenía desde años atrás dada la inmensa magnitud de las cifras, mantenido en sagrado secreto por los directivos y funcionarios de nivel importante de dicha institución, vía la adulteración de sus Estados Financieros.

Sobre el particular, al tomar notoriedad el Banco Wiese producto de su publicitada fusión con el Lima Sudameris, los altos ejecutivos de dicho banco y grupo económico vinculado prestaron diversas declaraciones a los periódicos y proporcionaron información a los medios periodísticos que evidencian su cultura de inducción dolosa a error a inversionistas y público en general, burlándose así de su obligación contenida en el DL 861 de brindar información veraz, oportuna y relevante acerca de la institución.

1074
M. J. Saavedra Leveau
cuatro

A continuación paso a incluir una síntesis de dichas declaraciones publicadas en medios de prensa e incorporadas textualmente al Informe de Saavedra Leveau & Asociados corriente de fojas 120 a 162 del expediente:

1075
Mil setenta y cinco

Diario Síntesis, 19 de Febrero de 1999:

"El gerente central del Banco Wiese, Gonzalo de la Puente, aseguró que la fusión del Banco Wiese-Sudameris se contará con una mayor disponibilidad de líneas de crédito, pues la nueva entidad no solo cuenta con los patrimonios del Banco Wiese y Sudameris, sino que además ha recibido una inyección de capital de US. 130'000,000.00 que sumado al aporte de capital de US. \$ 50'000,000.00 que se hizo hace poco más de un mes, alcanza un patrimonio de más de US. \$ 180'000,000.00, razón por la cual se espera una mayor disponibilidad de préstamos para los clientes".-

Diario GESTION, 20 de Febrero de 1999:

"El gerente central de inversiones del Banco Wiese, Gonzalo De la Puente, aseguro que la fusión del Banco Wiese y Lima-Sudameris, permitirá captar depósitos del público a tasas de interés muy **competitivas, para así, maximizar beneficios para el cliente.** La unión de estas entidades favorecerá la reducción del nivel de morosidad (cartera atrasada/colocaciones brutas), colocándola en 7.2% para el nuevo banco.-"

Diario EXPRESO, 03 de Marzo de 1999:

"Según directora gerente de JP Morgan, Susana de la Puente*, fusión de Wiese-Sudameris **reducirá costos en más de US\$ 140 millones.**"

* La Sra. Susana de la Puente Wiese, es hermana del gerente Central del banco Wiese, sr. Gonzalo de la Puente Wiese.

Diario EL COMERCIO, 02 de Febrero de 1999:

"Dentro de las últimas fusiones bancarias que buscan consolidar al sector, **se habría concretado ya el traspaso del 52% del accionariado del Banco Wiese al Grupo Sudameris, propietario del Banco de Lima.** Ambas entidades serán unidas conservando el logo Wiese. También se habría acordado que miembros de la familia Wiese permanecerían en el directorio de la nueva entidad y que este sería presidido por Guillermo Wiese."

Diario EL COMERCIO, 13 de Febrero de 1999:

"La fusión de los Bancos Wiese y de Lima dará lugar a una nueva entidad en el mercado financiero peruano que se denominaría "Wiese Sudameris" y **que controlaría el 21.98% del mercado de colocaciones y el 20.22% del correspondiente a depósitos.**"

Diario Expreso, 17 de Febrero de 1999:

“Los directivos de los Bancos Wiese y Sudameris anunciaran hoy, en horas de la tarde, la tan esperada fusión de las entidades crediticias. Con la fusión, las colocaciones de ambas entidades sumarían S/. 8,949 millones, con lo cual el nuevo Banco Wiese Sudameris se ubicaría muy cerca del Banco de Crédito (que tiene S/. 9,360 millones) en el segundo lugar del ranking de colocaciones.”

1076
Nº sentencia
y
SLO

Diario Oficial EL PERUANO, 18 de Febrero de 1999:

“Antes de Junio próximo se concretará la creación del nuevo Banco Wiese-Sudameris en el sistema financiero nacional, tras la suscripción del convenio de fusión realizada ayer por los Grupos Wiese y Lima –Sudameris, consolidándose como la segunda institución más importante del país. Esta operación incluye el patrimonio del actual Banco de Lima Sudameris más un aporte adicional en efectivo de US. \$ 130 millones.”

Diario Oficial EL PERUANO, 03 de Marzo de 1999:

“La fusión de los Bancos Wiese y Lima-Sudameris permitirá estas entidades generar un ahorro aproximado de US. \$ 80 millones durante un primer año de operaciones. Así lo proyectó el gerente general de Wiese Sociedad Agente de Bolsa (SA) Boris Ljubisic Ugarte, quien manifestó que a valor de intercambio y ratios de fusión, la nueva institución está valorizada en mas de US. \$ 400 millones.”

CONCLUSIONES.-

Las noticias citadas permiten concluir que:

- El Banco Wiese era solvente.
- La fusión prevista incrementaría su capacidad crediticia, participación en el mercado y reducción de costos, maximizando así la rentabilidad del nuevo banco.
- Que, el nuevo banco se consolidaría como la segunda institución financiera del país.

En resumen, el mensaje al público e inversores era de solvencia, eficiencia y ausente de problemas financieros, hecho ahora probado falso y corroborado por las noticias que comienzan a aparecer a partir del segundo trimestre de 1999, algunas de las que se transcribe a continuación:

Diario Gestión, 21 de Mayo de 1999:

“Banco Wiese podría ver reducida su participación en la nueva entidad surgida por la fusión con el Banco Lima-Sudameris, a causa de sus crecientes colocaciones morosas. Cabe indicar que ambas entidades tuvieron que exceder el plazo de 90 días impuestos por ellos mismos para ejecutar el “due diligence” y concluir los términos de la fusión.”

Diario Gestión, 11 de Junio de 1999:

“La calificación del Banco Wiese Ltda., el cual se encuentra al cierre de una fusión con el Banco de Lima-Sudameris, fue ajustada (“downgrade”) por la clasificadora internacional Standard & Poor’s Rating Service, a cuenta de las elevadas deudas en problemas y las débiles perspectivas de ganancias.-”

1077
Mil setenta y siete

Diario El Comercio, 08 de Junio de 1999:

“Los Bancos Wiese y Sudameris ya habrían logrado un acuerdo definitivo de participación accionaria en la nueva entidad, la fusión de ambas instituciones. El acuerdo implica una participación del 63% del Banco de Lima-Sudameris a través del Lima Sudameris Holding y el 37% para el Grupo Wiese.-”

CONCLUSIONES.-

Las noticias precedentes acreditan que:

- El banco Wiese tendría una participación minoritaria en el nuevo banco producto de su fusión con el Lima Sudameris.
- La participación accionaria del Banco Wiese en el nuevo banco cayó del 52% al 37% hasta el proceso de fusión (luego de la intervención estatal y reemplazo de deudas por pagarés avalados por el estado y aportes de capital de U\$50 y U\$130 Millones)
- La participación minoritaria del banco Wiese en el nuevo banco fue consecuencia de la existencia de colocaciones morosas, entiéndase deudas incobrables o de muy baja probabilidad de recuperación, hecho antes desconocido.
- La fusión se dilató mucho más de lo previsto (finalmente se concretó en setiembre de 1999) debido a los problemas afrontados al efectuar el due dilligence, entiéndase verificación de los balances con la realidad, durante el proceso de fusión.
- El banco Wiese tenía “*elevadas deudas en problemas y débiles perspectivas de ganancias*”.
- Que la calificación financiera otorgada al banco fue ajustada hacia abajo (disminución de su categoría como institución) en los meses del proceso de fusión “*a cuenta de las elevadas deudas en problemas y las débiles perspectivas de ganancias*”.

Debemos tener claro que, dada la magnitud de las cifras y volumen de la institución involucrada, estas noticias son consecuencia de actos previos al proceso de fusión

iniciado en febrero de 1999 y producto de una larga cadena de sucesos, y de manera alguna producto de un hecho aislado y puntual en el tiempo; es decir ya existentes pero ocultados dolosamente para cuando mi persona decidió la adquisición de U\$180,000 en ADR's.

Así las cosas, este conjunto de pruebas aparecidos en medios públicos, no permiten concluir otra cosa que el Banco Wiese se encontraba al momento de los hechos demandados en una situación financiera con problemas y marcadamente inferior a la suscrita por el mismo en sus Balances y Estados Financieros hasta el año de 1998, hecho que corrobora el dolo que indujo al error de invertir en acciones de dicho Banco vía ADR's a mi persona, conforme se ha demandado.

La variación en el tiempo de la posición financiera y patrimonial del banco Wiese hacia abajo, solo puede ser producto de una alteración de estados financieros y balances, manipulándose las verdaderas cifras y los resultados de las operaciones, para ocultar la grave situación por la que venía atravesando el Banco Wiese, la misma que se revela al realizarse la verificación de Estados Financieros: Due Diligence requeridos para el proceso de fusión con el Lima Sudameris.

Resulta evidente que el engaño usado tenía como único objetivo que los clientes, inversionistas, accionistas minoritarios, el público en general, continuasen realizando sus operaciones con el Banco demandado.

De haber el Banco Wiese expuesto sus reales estados financieros, con toda oportunidad y veracidad como se lo manda la ley, haciéndola además de conocimiento público, mi persona no hubiera procedido a realizar el acto jurídico de compra de las acciones, cuya anulabilidad he demandado.

La conducta, la actuación de los funcionarios y directivos del Banco demandado es ilegal, pues violenta las expresas obligaciones que le establecían y aún establecen los Artículos del D. Leg. Nº 861 de fecha 22 de Octubre de 1996 que a continuación se citan:

Artículo 10º.- Calidad de la Información.- Toda información que por disposición de esta ley deba ser presentada a CONASEV, a la bolsa, a las entidades responsables de los mecanismos centralizados o a los inversionistas, deberá ser veraz, suficiente y oportuna. Una vez recibida la información por dichas instituciones deberá ser puesta inmediatamente a disposición del público.

Artículo 11º sobre publicidad, que prescribe que: “La publicidad relativa a la emisión, colocación o intermediación de valores y cualquier otra actividad que se realice en el mercado de valores, no debe inducir a confusión o error”.-

Artículo 12º sobre la transparencia de las operaciones, que prescribe que: “Está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad o transparencia del mercado. En este marco, se encuentra prohibido: ... b) efectuar transacciones o inducir a la compra o venta de valores por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento”.

Artículo 28º.- Hechos de Importancia.- El registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia sobre sí mismo, el valor y la oferta que de éste se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso.

La importancia de un hecho se mide por el grado de influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor.

Conceptos jurídicos contenidos en Resoluciones de Casación

Como la Sala Superior ha omitido aplicar disposiciones pertinentes de carácter especial que regulan el mercado de valores, así como no ha valorado con un equilibrado e imparcial criterio las pruebas ofrecidas y aceptadas por el Juzgado en la Audiencia respectiva, logrando con ello desvirtuar los hechos que rodearon la mencionada operación de compra, para arribar a la decisión de que la demanda es infundada porque no hubo dolo por vicio oculto, ni una desinformación sobre la situación financiera del Banco en la oportunidad en que realizaron las compras de las acciones, sino sólo se incurrieron en omisiones de carácter administrativo, **me permito citar conceptos jurídicos** contenidos en Resoluciones de Casación relacionados con la valoración de los medios probatorios:

a.-) Sobre la valoración de los medios probatorios.-

-La Resolución de Casación N° 2556-2001/Puno, contiene como parte de sus considerandos, el siguiente concepto jurídico: “el derecho a la prueba tiene por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si éste no valora o toma en consideración los citados resultados probatorios, está frustrando el aludido derecho, convirtiéndolo así en una garantía ilusoria y meramente ritualista”.-

- La Resolución de Casación N° 2307-2000/Ayacucho, contiene el siguiente análisis jurídico: "La prueba debe ser valorada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, es decir, de conformidad con las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, dándole a cada uno de los medios probatorios el valor que se considere tiene, con una adecuada motivación y apreciándolas en su conjunto, lo que está de acuerdo con el interés público del proceso, con la búsqueda de la verdad real y con la aplicación de la justicia".-

- La Resolución de Casación N° 3328-2000/Camaná, contiene los siguientes conceptos jurídicos: "En doctrina procesal se ha dicho que el contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado, para intervenir en la actividad probatoria, a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa".-

Por todo lo expuesto, **SOLICITO** a la Sala Civil Superior disponer la elevación de lo actuado a la Sala Civil competente de la Corte Suprema, donde espero obtener la declaración de procedencia del presente recurso impugnatorio, para que oportunamente, en aras del respeto al orden jurídico, a la valoración de los principios morales y a la protección de los derechos y de las garantías constitucionales reconocidas por el Estado a todos los peruanos, la Corte Suprema REVOQUE la sentencia expedida por esta Sala y CONFIRME en todas sus partes de la primera instancia, que declara fundada en parte mi demanda de anulabilidad del acto jurídico de compra de acciones por la causal de dolo, así fija el monto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el Banco demandado.

POR TANTO:

Solicito a la Sala expedir la resolución que por ley corresponda.

OTROSI DIGO.- Que, a efectos de que se tome noción de la magnitud de los hechos involucrados y de conocimiento público y notorio, adjunto copia del **INFORME PRELIMINAR DE JUNIO DEL 2002, EMITIDO POR LA COMISION INVESTIGADORA SOBRE DELITOS ECONOMICOS Y FINANCIEROS COMETIDOS ENTRE 1990 Y 2001- PROCESO DE SALVATAJE DEL BANCO WIESE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, obrante en el Internet y bibliotecas públicas.

OTROSI DIGO.- Que, acompaño copia para el Banco demandado y dos cédulas para las notificaciones.

Lima, 09 de septiembre de 2010



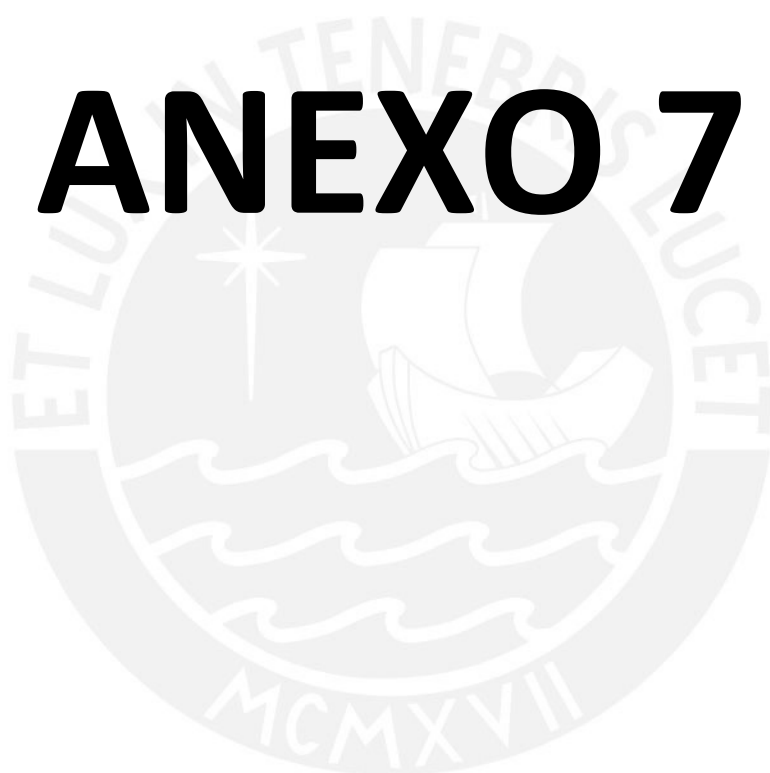
V. C. M. G.

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rómulo Doig Paredes'.

Rómulo Doig Paredes
Abogado
Reg. CAL 8223

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized name followed by a horizontal line.

ANEXO 7



REPUBLICA

CASACION 5029-2010

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
SALA CIVIL TRANSITORIA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

cumplieron con hacer de conocimiento en forma oportuna la situación real del Banco; afirma que en el vigésimo octavo considerando la sentencia de vista precisa que la carta de fojas setenta y dos a setenta y tres firmada por Luis Cortavarria Checkley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. establece que en las notas uno y veinticinco de los estados financieros la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó en mil novecientos noventa y nueve al Banco Wiese Sudameris a constituir provisiones con cargo a cuentas patrimoniales para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores por S/.1,075,719 millones siendo este hecho aprobado por la Junta General de Accionistas del Banco demandado el diecinueve de octubre de dicho año aprobado con Resolución Superintendencia de Banca y Seguros número mil treinta siete guión noventa y nueve según es de verse a fojas setenta y ocho sin embargo debe recordarse que la compra de acciones por el recurrente se efectuó en enero de mil novecientos noventa y nueve cuando el Banco tenía una cartera incobrable de -S/.183,255 millones estableciendo lo mismo en el vigésimo octavo considerando de la sentencia de vista al valorar la carta de fojas veinticuatro a veinticinco firmada por el señor Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados en la que señala que el Banco con la autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros disminuyó en mil novecientos noventa y ocho su capital social por miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones para colocaciones de dudosa cobranza efectuando simultáneamente un aumento de capital social por miles de nuevos soles 136,138 y una prima de emisión por miles de nuevos soles 20,512 mediante un aporte de capital efectivo realizando igualmente con autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros la revaluación voluntaria resultando un excedente de revaluación por miles de nuevos soles 120,551 sin embargo la Sala Superior no toma en cuenta que estas auditorías fueron realizadas por encargo de la demandada siendo por tanto documentos de parte no pudiéndose conocer además a través de dichos documentos que el Banco tendría que "regularizar" provisiones (entendiéndose proyectar pérdidas) en octubre de mil novecientos noventa y nueve por un valor de S/. 1,075,719 miles esto es seis veces más; refiere que la sentencia de vista consigna que ninguna entidad estatal de Perú o Estados Unidos de Norteamérica ha realizado reparo alguno a las operaciones de venta de acciones por la modalidad de ADR's del Banco demandado sin embargo esta circunstancia no exonera a los directivos del mismo de dolo imputado y probado pues estos hechos no son materia del presente proceso con lo que se infringe el artículo VII del Título Preliminar

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

del Código Procesal Civil vulnerándose asimismo el derecho a probar del recurrente pues la Sala Superior no ha realizado una valoración conjunta y razonada de las pruebas pues de haberlo hecho habría concluido que el dolo producto de la información engañosa y adulteración de los estados financieros está probado como se desprende de los siguientes documentos: **a)** Estado de Ganancias y Pérdidas del Banco demandado al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho corriente a fojas veintiséis publicado en la prensa en el que se establece que la provisión de colocaciones dudosas es de miles de nuevos soles (-182,255) y el Balance General del Banco Wiese al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho respectivamente obrante a fojas veintisiete en el cual consta el patrimonio del Banco en miles de nuevos soles 764,466 y 846,782 respectivamente siendo con esta última información que el recurrente decidió comprar las acciones de la demandada; **b)** Carta suscrita por el Sr. Wilfredo Rubiños V. socio de la empresa auditora KPMG Caipo y Asociados que obra de fojas veinticuatro a veinticinco la entidad contratada por el Banco demandado para auditar sus estados financieros en la que se establece que el Banco disminuyó su capital por miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones de colocaciones de cobranza dudosa sin embargo dicha cifra constituye una pérdida cubierta simultáneamente por un aumento de capital de miles de nuevos soles 136,138 evitando así una caída en el balance final del año y la consecuente fuga de inversionistas y público en general razonamiento que no es recogido por la Sala Superior; **c)** A fojas veintisiete fluye que el patrimonio del Banco era de S/.846'782,000.00 al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho importe que incluye el aumento de capital de S/.136'138,000.00 luego de la fusión con el Banco Lima Sudameris contando el nuevo Banco Wiese Sudameris con un valor patrimonial declarado de S/.1,162'114,000.00 según fojas setenta y cuatro debiendo descontarse de este patrimonio final lo aportado por el Banco de Lima y lo aportado por el Estado mediante Decreto de Urgencia número treinta y cuatro guión noventa y nueve con lo cual se demuestra que el Banco Wiese mantenía un balance con patrimonio negativo es decir estaba quebrado; **d)** A fojas setenta y dos y setenta y tres corre la carta firmada por el Sr. Luis Cortavarría Checkley en condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. quien expresa que la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó al Banco provisiones por S/.1,075,719 millones materializando la misma el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve conforme consta de la nota 1 de los Estados

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

Financieros de fojas setenta y ocho incrementando en miles de nuevos soles (-1,075,719) las provisiones existentes de (-182,255) miles de nuevos soles acreditando este descomunal incremento de casi siete veces en las provisiones para créditos no cobrables en un lapso de nueve meses y diecinueve días que los estados financieros publicitados no reflejaban la realidad de la situación contable y financiera del Banco; **e)** Los estados financieros del Banco demandado publicitados los años mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho no reflejaban la realidad ya que después de la fusión se acredita un estado de quiebra del Banco; **f)** Las hojas veintidós y veintitrés de las notas de los estados financieros auditados por Hansen-Holm, Alonso & Co. que corren a fojas noventa y nueve y cien que dan cuenta de las dos operaciones de titulación de la cartera que el nuevo Banco celebró como Wiese Sociedad Titulizadora Sociedad Anónima en junio y setiembre de mil novecientos noventa y nueve que motivaron la transferencia de "activos" del ex Banco Wiese acreditan la existencia de deudas incobrables correspondientes en un noventa y seis por ciento a carteras e intereses y comisiones por un valor de US\$.1'033,785 miles y S/.334,070 miles no apareciendo tampoco estos datos en los estados financieros publicitados por el Banco restándoles la Sala Superior credibilidad y capacidad de crear convicción al informe elaborado por la Sociedad Auditora Saavedra Leveau & Asociados Auditores inaplicando el principio de valoración conjunta de la prueba no obstante las conclusiones del referido informe sustentadas en los documentos de fojas veintiséis, veintisiete, veintiocho, setenta y cuatro, setenta y cinco y setenta y seis de autos respecto a la verdadera situación económica del Banco demandado este quiebra al momento de ofertar las acciones adquiridas por el recurrente más aun si las declaraciones y comentarios de los directivos del Banco demandado publicados en los diarios nacionales entre febrero y marzo de mil novecientos noventa y nueve que obran de fojas ciento veinte a ciento sesenta y dos expresadas al momento de realizarse la adquisición de las acciones por el recurrente sostenían que el Banco demandado era solvente, que la fusión prevista incrementaría su capacidad crediticia así como su participación en el mercado y la reducción de costos maximizando así la rentabilidad del nuevo Banco siendo el mensaje para el público e inversores de solvencia, eficiencia y ausencia de problemas financieros hecho que resultaba falso y que se corrobora con las publicaciones que empezaron a aparecer recién a partir del segundo semestre de mil novecientos noventa y nueve; **2)** Infracción normativa material de los artículos diez, once, doce inciso b) y veintiocho del Decreto Legislativo número ochocientos sesenta

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

y uno- Ley de Mercado de Valores indicando que las normas denunciadas regulan el mercado de valores estableciendo que toda información debe ser puesta en conocimiento de las entidades descentralizadas y de los inversionistas de manera veraz, suficiente y oportuna encontrándose prohibido asimismo todo acto que atente contra la integridad y transparencia del mercado como inducir a la compra de acciones por medio de mecanismos engañosos y fraudulentos y que la emisión de valores genera la obligación de divulgar los hechos importantes en forma veraz, suficiente y oportuna tan pronto como el hecho ocurra ya que en el proceso se encuentra acreditado que el Banco demandado no cumplió con hacer de conocimiento público y en particular de los inversionistas en forma oportuna y veraz la gravísima situación económica y financiera por la que venía atravesando configurándose así el dolo invocado como causal de anulabilidad de la presente demanda puesto que de haberlo hecho el recurrente no hubiera decidido y dispuesto la compra de las acciones de la demanda que se cotizaban en la Bolsa de Valores de Nueva York vía ADR's a través de la Sociedad Agente de Bolsa de propiedad del mismo Grupo Económico del Banco demandado; señala que la entidad demandada ocultó dolosamente su verdadera realidad financiera determinando este hecho que las acciones del Banco ofertadas en la Bolsa de Lima y las ofertadas vía ADR's en la Bolsa de Nueva York se mantengan con valores estables siendo que recién cuando se revisaron los estados financieros del Banco tras su fusión con el Banco de Lima Sudameris se comprueba la desastrosa situación económica del Banco demandado momento en que se desplomaron las acciones del mismo más aun antes de la fusión los directivos y ejecutivos de los Bancos involucrados en la fusión pregonaban una auspiciosa situación financiera de las instituciones conociéndose recién tras la compra de las acciones realizada por el recurrente que los balances y estados financieros de la demandada se encontraban manipulados y si bien estas irregularidades empezaron a intuirse y filtrarse en el segundo trimestre de mil novecientos noventa y nueve los hechos son certificados en su real magnitud con la referida fusión producida en setiembre de mil novecientos noventa y nueve siendo los aportes de capital por US\$.50 millones y US\$.130 millones por parte del grupo Wiese y la fusión con el Banco de Lima Sudameris con intervención del Estado vía Decreto de Urgencia número treinta y cuatro guión noventa y nueve dado exactamente en el período del proceso de fusión del Banco Wiese y al que únicamente se acogió este Banco con lo cual se saneó un pasivo de US\$.933'785,000 y S/.334'070,000 reemplazando la cartera de créditos incobrables por diversos

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

instrumentos financieros entre los que se encuentra un pagaré avalado por el Estado Peruano por US\$.189 millones más intereses otra forma en que se ocultó la verdadera situación financiera del Banco demandado poniendo de manifiesto estos hechos que los directivos del Banco demandado reconocen haber fraguado el estado financiero de la empresa pues tuvieron que modificar con posterioridad a la compra realizada por el recurrente los estados financieros para registrar pérdidas por S/.1,075'719 miles cuando el patrimonio del Banco era S/.864,782 miles es decir el Banco con patrimonio negativo estaba quebrado no realizando la sentencia de vista una valoración congruente, razonada y sobre el conjunto de las pruebas ofrecidas y admitidas que obran en el expediente con lo cual la fundamentación de la resolución impugnada carece de sustento probatorio desnaturalizando los documentos administrativos dirigidos internamente por el Banco demandado pues con éstos se autorizó al Banco a adoptar medidas y acciones para rectificar sus estados financieros publicitados evitando el pánico financiero y viabilizar su función con el Banco de Lima tergiversando la Sala Superior el real sentido de los documentos de fojas veinticuatro y setenta y dos de autos pues ha determinado como administrativa y contablemente válida y legal la rectificación de estados financieros más de nueve meses después que los hechos fueron de conocimiento público con lo cual los directivos del Banco demandado no cumplieron con hacer de conocimiento de forma oportuna la situación real del Banco infringiendo los artículos diez y doce del Decreto Legislativo número ochocientos sesenta y uno y de aplicarse estos dispositivos la Sala Superior hubiera concluido que hubo ocultamiento doloso de información sobre la situación real de los estados financieros del Banco demandado amparándose por tanto la demanda. -----

TERCERO.- Que, habiéndose denunciado causales de infracción normativa material y procesal deben analizarse en primer término los agravios referentes a la infracción normativa procesal toda vez que ante la eventualidad que los mismos se declaren fundados no será necesario examinar los agravios relativos a las infracciones normativas materiales. -----

CUARTO.- Que, por consiguiente, para los efectos de determinar si en el caso en concreto se ha incurrido en la infracción normativa procesal en los términos propuestos es menester efectuar el siguiente análisis: I) De la lectura de la demanda obrante de fojas trescientos noventa y cuatro a cuatrocientos treinta y cinco es de verse que el demandante Carlos Eugenio José Lizier Gardella solicita como pretensión principal se declare la anulabilidad del contrato de compraventa de acciones del Banco

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

Wiese Limitado emitidas para su colocación vía Oferta Pública Primaria Internacional en la Bolsa de Valores de la ciudad de Nueva York - New York Securities Exchange-NYSE mediante el sistema de ADR's por un monto aproximado de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) que se habría celebrado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa en Lima Perú el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve para acceder al financiamiento de sus operaciones comerciales por la causal contenida en los artículos 221 inciso 2 y 222 del Código Civil al incurrir dicho acto jurídico en vicio resultante de dolo debido a que el Banco demandado ocultó dolosamente información relevante catalogada como hecho de importancia de la verdadera situación patrimonial del Banco y como pretensión accesoria el pago de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00) por concepto de daños y perjuicios causados derivado del acto jurídico anulable correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral así como el pago de costas y costos del proceso; al respecto alega principalmente lo siguiente: **i)** Dicho acto jurídico adolece de un vicio en la manifestación de la voluntad por dolo contractual imputable exclusivamente al Banco demandado debido a que éste habría ocultado dolosamente información sobre la verdadera situación patrimonial del Banco; **ii)** Las acciones ofertadas por el Banco Wiese Limitado fueron bajo el sistema de ADR's en el Nivel III habiendo invertido aproximadamente con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) a través de la Sociedad Agente de Bolsa del propio Banco Wiese Limitado; **iii)** El Banco Wiese Limitado fue la primera empresa peruana en acceder a programas de emisión de ADR's cotizando el veinte de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro sus valores en el mercado de Estados Unidos de Norteamérica específicamente 2'369,752 ADR's Nivel III representativos de 11'104,718 acciones representando cada ADR's cuatro acciones ordinarias primarias del Banco Wiese Limitado; **iv)** Adquirió tales valores de buena fe sustentándose en la información sobre el comportamiento de los Estados Financieros disponibles de los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y siete y primer semestre de mil novecientos noventa y ocho conociendo los resultados finales de mil novecientos noventa y ocho recién en marzo de mil novecientos noventa y nueve; **v)** El Banco Wiese Limitado había puesto en conocimiento de la CONASEV y de la Superintendencia de Banca y Seguros así como en los medios de la prensa escrita estados que reflejaban una situación patrimonial del emisor estable con una leve tendencia a la baja pero sin mayores discrepancias entre

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA**

ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

los Estados Financieros de los indicados años lo que posteriormente queda desvirtuado al demostrarse que contenía información adulterada sobre la situación patrimonial del Banco lo que permitió sobrevaluar los valores mobiliarios consistentes en acciones representadas por Certificados ADR's conforme se conoció posteriormente en la oportunidad en que se concreta la fusión con el Banco Sudameris al establecerse que no era cierta la situación patrimonial que constaba en los balances mencionados habiéndose ocultado la verdadera situación puesto que los ejercicios económicos de los años mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis, mil novecientos noventa y siete en especial los de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve habían sido dolosamente manipulados; vi) Esta conducta dolosa por parte del Banco demandado le ha ocasionado una pérdida económica por concepto de lucro cesante, daño emergente y por daño moral por el monto de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00) que considera debe abonar el demandado como resarcimiento por los perjuicios irrogados por cuanto la inversión en los Certificados ADR's le debía redituarse una utilidad del sesenta y cinco por ciento (65%), que se emplearía para garantizar un Proyecto Hidrocarburífero que se frustró arrojando pérdidas la inversión amparando la demanda en lo dispuesto en los artículos 107, 210, 213, 221 inciso 2, 1318, 1321, 1322 y 1984 del Código Civil; II) El Banco Wiese Sudameris contesta la demanda según escrito corriente de fojas cuatrocientos sesenta y uno a cuatrocientos ochenta y seis señalando que los ADR's son títulos valores emitidos por un Banco americano bajo las leyes del lugar de su emisión los cuales se cotizan en la Bolsa de Nueva York y no en la Bolsa de Valores de Lima no existiendo contrato de compraventa en el que intervenga el Banco demandado limitándose el demandante a presentar como prueba seis boletas de venta emitidas por Wiese SAB por los servicios en seis adquisiciones de ADR's por montos diminutos; afirma que el sujeto que celebró el contrato de compraventa como parte vendedora no fue el Banco Wiese Limitado al no ser el emisor de los ADR's sino el Banco de Inversión JP Morgan que colocó tales valores siendo conocida públicamente a fines de mil novecientos noventa y ocho la situación del Banco demandado pues atravesaban serios problemas de credibilidad así como la futura compra del Banco Wiese por el Banco Sudameris siendo evidente que por dicha razón los ADR's tenían que devaluarse por el efecto natural del ingreso del socio mayoritario como finalmente sucedió; III) El Juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado Civil de Lima mediante sentencia contenida en la resolución número

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA**

ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

veintitrés obrante de fojas seiscientos setenta y cinco a seiscientos ochenta y ocho dictada el treinta de octubre de dos mil nueve declaró fundada la pretensión de nulidad del acto jurídico de compraventa de acciones del Banco demandado efectuada el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo del demandante por un valor total de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) en consecuencia nulo y sin efecto legal dicho acto jurídico a partir del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve y ordena que el Banco demandado cumpla con devolver al demandante la cantidad de ciento setenta y tres mil trescientos nueve dólares americanos con noventa y seis centavos (US\$.173,309.96) más intereses legales devengados a partir de la fecha mencionada así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo y fundada en parte la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios consecuentemente ordena que el Banco demandado pague la suma de nueve millones quinientos veintitrés mil quinientos noventa y cinco dólares americanos con veinte centavos (US\$.9'523,595.20) por concepto de daños y perjuicios y la cantidad de ciento veinte mil dólares americanos (US\$.120,000.00) por el daño moral ocasionado sustentando esencialmente su decisión en relación al dolo al haber quedado acreditado que el Banco Wiese publicó información de sus Estados Financieros que no expresaban con veracidad su real situación patrimonial lo cual constituye una expresión de voluntad dolosa en perjuicio de sus inversionistas lo que hace amparable la pretensión de nulidad del contrato acorde a lo establecido por el artículo 210 del Código Civil; y **IV)** Apelada la precitada decisión según escrito corriente de fojas setecientos uno a setecientos setenta la Sala Superior por resolución número cuatro obrante de fojas novecientos cuarenta y uno a novecientos cincuenta y uno dictada el diecinueve de julio de dos mil diez revoca la recurrida y reformando la misma declara infundada por considerar principalmente lo siguiente: **i)** No está acreditado en autos que la Superintendencia de Banca y Seguros o cualquier otra entidad nacional o norteamericana (en este caso por haberse cotizado los ADR's en la Bolsa de Valores de Nueva York) haya formulado reparo a los estados financieros del Banco Wiese Limitado o del Banco Wiese Sudameris o que éstas hayan iniciado un proceso sancionador contra dicha entidad bancaria por manipulación o alteración de sus estados financieros; **ii)** Adicionalmente las dos comunicaciones consistentes en la carta de fojas setenta y dos a setenta y tres firmada por Luis Cortavarria Checkley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. y la carta de fojas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

veinticuatro a veinticinco firmada por el señor Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados coinciden en señalar en términos más o menos similares que los estados financieros por ellos auditados presentan razonablemente en todos sus aspectos significativos la situación financiera del Banco Wiese Sudameris antes Banco Wiese Limitado no logrando probar estos medios probatorios ofrecidos por la parte demandante la existencia del dolo en la manipulación de los estados financieros del Banco demandado; **iii)** El Informe número uno del Trabajo Especial e Informe número II de Información Complementaria al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado elaborado por la empresa Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores al ser un informe de parte tampoco demuestra fehacientemente la presencia y/o existencia de dolo; **iv)** Ante la falta de probanza del dolo quedaría únicamente el error como vicio de la voluntad para la "anulabilidad del acto" sustentándose en el caso materia de autos el supuesto error del actor en que éste adquirió los Wiese ADR's en la idea que estaba realizando una inversión que necesariamente le iba a redituar un beneficio económico evidenciando conforme lo indica el Juez en el considerando Décimo Quinto de su sentencia el Informe número uno del Trabajo Especial y el Informe número II de Información Complementaria al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado (elaborado por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores) corrientes de fojas ciento nueve a ciento setenta y nueve y ofrecidos como medios probatorios por el actor que los Wiese ADR's sufrieron una evolución negativa a lo largo del tiempo en su cotización en la Bolsa de Valores de Nueva York (New York Stock Exchange - NYSE) siendo esto así el demandante tuvo que tener conocimiento que los Wiese ADR's que estaba adquiriendo tenían una cotización con tendencia a la baja y a pesar de ello procedió a invertir en su adquisición asumiendo voluntaria y expresamente el riesgo que implica una inversión de este tipo que es mayor aun en el caso de los Wiese ADR's que se cotizaban no en la Bolsa de Valores de Lima sino en una Bolsa de Valores de los Estados Unidos de Norteamérica por lo que siendo el Mercado de Valores uno de inversión y como tal especulativo expuesto a fluctuaciones las mismas que pueden responder a factores propios (internos) o exógenos pudiendo ir en su afectación en beneficio de la inversión realizada o en su detrimento concluye que el demandante no ha tenido lugar a error alguno en la adquisición de los Wiese ADR's materia de este proceso; y **v)** Al no haber probado el actor en esta causa que existió vicio que válidamente hubiere afectado su voluntad en la adquisición de los Wiese ADR's

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 5029-2010

LIMA

ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

materia de este proceso no resulta procedente ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno en su favor razón por lo cual se abstiene de pronunciarse sobre los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil que alega el Banco demandado. -----

QUINTO.- Que, sobre el particular debe anotarse que de conformidad a lo preceptuado en el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso estando a cargo del Juez conforme lo estipula el Artículo II del acotado Código la dirección del proceso quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil debiendo impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia correspondiéndole en armonía con lo estatuido por el Artículo VII del mismo Título Preliminar aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente no pudiendo sin embargo ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes debiendo además en concordancia con lo dispuesto por el artículo 197 del mencionado Código valorar todos los medios probatorios en forma conjunta utilizando su apreciación razonada expresando en la resolución solo las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión en tal sentido al analizar los fundamentos esgrimidos por la parte recurrente en relación a las normas denunciadas se advierte que lo que en realidad pretende es que se revaloricen los medios probatorios que han producido certeza a la Sala Superior para fundamentar su decisión así como la revisión del aspecto fáctico del proceso lo cual resulta ajeno al debate casatorio atendiendo a la finalidad prevista por el artículo 384 del Código Procesal Civil esto es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto así como la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia debiendo desestimarse la causal invocada al no configurarse la misma correspondiendo analizar la infracción normativa sustantiva invocada. -----

SEXTO.- Que, en relación a la infracción normativa material de los artículos 10, 11, 12 inciso b) y 28 del Decreto Legislativo número 861 - Ley de Mercado de Valores el recurrente básicamente sostiene que de aplicarse los precitados dispositivos la Sala Superior hubiera estimado la demanda al concluir que hubo ocultamiento doloso de información sobre la situación real de los estados financieros del Banco demandado no obstante debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 10 dispone en lo concerniente a

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

la calidad de la información que la misma debe ser presentada a la CONASEV, a la bolsa, a las entidades responsables de los mecanismos centralizados o a los inversionistas debiendo ser veraz, suficiente y oportuna la cual una vez recibida por dichas instituciones deberá ser puesta inmediatamente a disposición del público; el artículo 11 en lo atinente a la publicidad establece que la publicidad relativa a la emisión, colocación o intermediación de valores y cualquier otra actividad que se realice en el mercado de valores no debe inducir a confusión o error; el artículo 12 en lo concerniente a la transparencia de las operaciones prescribe que está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad o transparencia del mercado encontrándose prohibido en este marco acorde a lo previsto en el inciso b) efectuar transacciones o inducir a la compra o venta de valores por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento y el artículo 28 en su texto original en lo concerniente a los hechos de importancia estatuye que el registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a la CONASEV y en su caso a la bolsa respectiva o entidad responsable sobre la conducción del mecanismo centralizado de los hechos de importancia sobre si mismo, el valor y la oferta que de éste se haga así como divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna debiendo la información ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo según sea el caso también lo es que el artículo 2 de la norma acotada en relación al ámbito territorial de aplicación dispone que los preceptos de la Ley de Mercado de Valores salvo las excepciones que la misma contempla se aplican a todos los valores mobiliarios que se oferten o negocien en el territorio nacional en tal sentido mal puede el recurrente pretender que se apliquen las normas denunciadas si los denominados ADR's se cotizaron en la Bolsa de Nueva York adquiriendo el recurrente los mismos en dicho mercado extranjero a través de la Sociedad Agente de Bolsa de propiedad del mismo Grupo Económico del Banco demandado asumiendo el riesgo que implica una inversión de este tipo. -----

SÉTIMO.- Que, a mayor abundamiento resulta menester anotar que la infracción normativa consistente en la inaplicación de una norma se configura cuando no se aplica la norma pertinente a los hechos determinados por las instancias de mérito lo cual no se configura en el presente caso pues el recurrente pretende que las normas denunciadas se adecúen a los hechos que considera probados no obstante la Sala Superior ha determinado que en el caso que nos ocupa el actor no ha probado que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

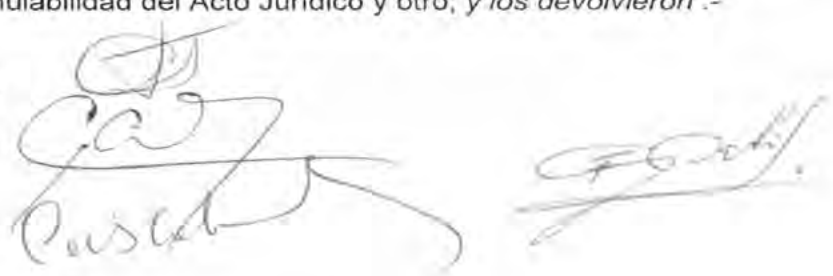
CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

exista ningún vicio válido que hubiere afectado su voluntad en la adquisición de los Wiese ADR's materia de este proceso. -----

OCTAVO.- Que, de otro lado en relación al argumento consistente en que la sentencia de vista no realiza una valoración congruente, razonada sobre el conjunto de las pruebas ofrecidas y admitidas que obran en el expediente este Supremo Tribunal considera como se ha señalado precedentemente que lo que pretende en realidad el recurrente es la revalorización del caudal probatorio lo cual no procede en sede casatoria; siendo esto así la causal alegada no resulta amparable consecuentemente al no configurarse la causal de infracción normativa material denunciada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella; consecuentemente **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número cuatro obrante de fojas novecientos cuarenta y uno a novecientos cincuenta y uno dictada por la Quinta Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima el diecinueve de julio de dos mil diez; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Carlos Eugenio José Lizier Gardella con Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta sobre Anulabilidad del Acto Jurídico y otro; y *los devolvieron* .-

S.S.

VALCÁRCEL SALDAÑA
CABELLO MATAMALA
CUNYA CELI
CALDERÓN PUERTAS



16 OCT 2014

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN PUERTAS ES COMO SIGUE: =====

El suscrito se adhiere a los fundamentos del voto de los Señores Jueces Supremos **VALCÁRCEL SALDAÑA, CABELLO MATAMALA Y CUNYA CELI**, obrantes a folios doscientos sesenta y cuatro, seiscientos cincuenta y cuatro y trescientos setenta y ocho respectivamente; y **además** por lo siguiente: -----

PRIMERO.- Antecedentes: En el presente caso se demanda: **1.- Como pretensión principal:** la Anulabilidad del Acto Jurídico celebrado por el demandante con el Banco demandado, (por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese

EL PÚBLICO CONFORME A LEY


Carmen Rosa Champac Cabezas
Secretaria (e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

SAB, en Lima Perú) por las acciones del Banco Wiese Limitado mediante el sistema de ADR's (American Depositary Receipts) que la emplazada emitió para la colocación vía oferta pública primaria internacional en la Bolsa de Valores de la Ciudad de Nueva York (New York Securities Exchange NYSE) celebrada con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve para acceder a financiamiento de sus operaciones comerciales, al incurrir dicho acto jurídico en vicio resultante de dolo. Se alega que el acto jurídico fue celebrado con dolo ya que el Banco ocultó información relevante de los Estados Financieros de los ejercicios mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete (1994, 1995, 1996 y 1997) y en especial de los ejercicios mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve (1998 y 1999) estuvieron manipulados, conociéndose tal hecho en su real magnitud, luego de la referida compra por el Banco Sudameris; **Como pretensión accesoria:** El pago de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00), por concepto de daños y perjuicios causados, dentro del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral; **2.-** El Juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de primera instancia (Resolución número veintitrés) de fecha treinta de octubre de dos mil nueve, de folios seiscientos setenta y cinco a seiscientos ochenta y ocho, declaró fundada en parte la demanda. La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista (Resolución número cuatro) de fecha diecinueve de julio de dos mil diez, de folios novecientos cuarenta y uno a novecientos cincuenta y uno ha revocado dicha sentencia y, reformándola, la ha declarado infundada; y **3.-** Se ha admitido el recurso de casación por las siguientes causales: **(i)** Infracción normativa procesal de los artículos I, III, VII del Título Preliminar y artículo 197 del Código Procesal Civil; y, **(ii)** Infracción normativa material de los artículos 10, 11, 12 inciso b) y 28 del Decreto Legislativo número 861 – Ley del Mercado de Valores. -----

SEGUNDO.- Materia de debate: Estando a lo señalado en el considerando precedente las cuestiones a responder son las siguientes: **1.-** ¿Se celebró un acto jurídico entre el demandante y el Banco demandado?; **2.-** En caso dicho acto jurídico existiera, ¿El Banco demandado obró con dolo al ocultar información?; **3.-** En caso las dos primeras preguntas fueran contestadas afirmativamente ¿Se infringió daño al demandante que deba ser sancionado con el pago de una indemnización?; y **4.-** Se trata, como se observa, de preguntas en cascada; es decir, para determinar si hubo

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

dolo debe responderse antes si hubo acto jurídico y para examinar si se debe indemnización debe antes contestarse si el acto jurídico es anulable. Por lo tanto, para amparar la demanda hay una exigencia de responder de manera afirmativa cada una de las preguntas, de modo que si la respuesta es negativa en el primer caso, las demás también tendrán que serlo. -----

TERCERO.- La pretensión alegada: El texto de la demanda es el siguiente: "Demandamos la **anulabilidad por la causal contenida en el inciso 2 del artículo 221, y artículo 222 del Código Civil** del Contrato de Compraventa (sic), celebrado con el demandado (por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa - Wiese SAB, en Lima Perú) por las acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de ADR's (*American Depositary Receipts*) que la emplazada emitió para la colocación vía Oferta Pública Primaria Internacional en la Bolsa de Valores de la ciudad de Nueva York (*New York Securities Exchange NYSE*) celebrado con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve para acceder a financiamientos de sus operaciones comerciales, **al incurrir dicho acto jurídico en vicio resultante de DOLO**. Hay, en las expresiones citadas, cuatro afirmaciones importantes: **(i)** Existe un contrato de compraventa; **(ii)** La fecha de dicho contrato fue el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve; **(iii)** El Banco Wiese emitió Certificados ADR's (*American Depositary Receipts*); **(iv)** La Sociedad Agente de Bolsa -Wiese SAB- actuó como intermediaria en la compraventa de los Certificados. Por tanto, debe evaluarse cada una de dichas afirmaciones. -----

CUARTO.- Sobre el contrato alegado y la fecha de su supuesta suscripción: 1.- La existencia del contrato aludido no ha sido acreditada en autos, pues de los propios medios probatorios (página catorce) se aprecia que el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, se realizó una transferencia de ADR's (*American Depositary Receipts*) a nombre de Carlos Eugenio José Lizier Gardella por el monto de sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y siete dólares americanos con cuarenta y nueve centavos (US\$.65,687.49) y no los aproximadamente ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) señalados en la demanda; no existiendo congruencia entre el monto de la operación con la compra indicada; **2.-** En efecto, el documento de la página catorce hace referencia a operaciones celebradas el seis, once, doce, trece, y catorce de enero de mil novecientos noventa y nueve, así como el de fecha veinte de abril del mismo año, pero ellas corresponden a otras operaciones que originaron boletas de venta distintas a la de fecha seis de enero de mil novecientos noventa y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

nueve. Además, la boleta de esa fecha es por un monto inferior al alegado, de lo que sigue que: (i) O el contrato de compraventa alegado por el demandante nunca se celebró; (ii) O no es el de fecha seis de enero del año en referencia; (ii) O si lo es, entonces lo es por un monto inferior; y 3.- En todo caso, la carga de la prueba era del demandante, y no habiendo acreditado el hecho mismo del contrato, su pretensión debe ser declarada infundada. -----

QUINTO.- Sobre la emisión de certificados adr's (american depositary receipts)

por el Banco Wiese: 1.- El proceso de adquisición de ADR's (American Depositary Receipts) en el Nivel III supone una secuencia que comprende: (i) El pedido de la empresa no norteamericana emitiendo acciones para captar recursos en el extranjero; (ii) El depósito de las acciones de la empresa nacional en un banco norteamericano que es el que emite los ADR's (American Depositary Receipts) con el respaldo de las acciones emitidas por una compañía no estadounidense; (iii) La existencia de un banco custodio del país de origen que guarda físicamente las acciones del emisor; (iv) La colocación de los ADR's (American Depositary Receipts) por el banco de inversión; y (v) La adquisición por los inversores en la respectiva bolsa norteamericana⁴; 2.- El proceso señalado está bajo la vigilancia de la *Securities Exchange Comision*⁵, quien verifica la existencia de información que corresponda a la realidad. Asimismo existe legislación peruana que establece los parámetros legales para realizar la operación⁶; 3.- En el presente caso la empresa **emisora** de acciones fue el Banco Wiese; el **Banco custodio** el Banco de Crédito del Perú; el **Banco depositario** el Morgan Guaranty, Trust Company of New York y el **Banco de inversión** el J.P. Morgan

⁴ Exactamente el proceso es el que se detalla a continuación: "1. Una vez que se ha determinado el precio de la colocación del ADR, a fin de crear las acciones que respaldan su colocación, éstas son depositadas en un banco (custodio), ubicado en el país de la compañía emisora (...) 2. El banco custodio comunica al banco depositario el depósito de las acciones. 3. El banco depositario, emite los recibos depositarios (ADRs) en representación de las acciones. 4. Los ADRs son suscritos por el *underwriter* o síndico de *underwriters* encargado de la colocación de los valores. 5. Los ADRs son registrados en el DTC (Depositary Trust Company) para su negociación secundaria en la Bolsa en que se encuentran inscrito. 6. El *underwriter* procede a la asignación de los títulos entre los diferentes inversionistas que demandaron el ADR". CONASEV. Trabajos de Investigación. Serie No. 1. American Depositary Receipts. Lima 1995, página 20.

⁵ La empresa está obligada a suministrar a la *Securities Exchange Comision* toda la información y documentación contable que obligatoriamente presenta a las autoridades de su país, además de presentar un contrato firmado con un banco norteamericano que actuará como depositario.

⁶ Resolución CONASEV número 00358-1993.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA**

ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

Securities Inc.⁷; 4.- La venta de los ADR's (American Depositary Receipts) se hacía en el mercado secundario de las Bolsas de New York y de Londres⁸; 5.- De los recibos que obran en las páginas catorce y siguientes se acredita que en la transferencia de los ADR's (American Depositary Receipts) no intervino ninguno de los Bancos antes señalados; antes bien, la compra fue realizada a diversos inversionistas de la Bolsa de Valores de New York⁹; 6.- Además, aunque las boletas de venta están giradas en Lima, la transferencia fue una compra en la Bolsa de Valores de New York porque los

⁷ El Banco Wiese emitía acciones que respaldaban la colocación de los ADRs. El banco **custodio** (Banco de Crédito del Perú) tenía la responsabilidad de recibir, guardar y remitir las acciones que subyacen en la emisión de los ADRs. El banco **depositario** (Morgan Guaranty Trust Company) emitía los ADRs en contraparte de las acciones mantenidas en la cuenta del custodio y cancela los mismos. El banco de **inversión** (J. P. Morgan) llevaba a cabo la colocación de las acciones que respaldaban la emisión de los ADRs. Además tenía a cargo tener toda la información necesaria para la ejecución del programa. CONASEV. Trabajos de Investigación. Serie número 1. American Depositary Receipts. Lima 1995, página 29.

⁸ CONASEV. Trabajos de Investigación. Serie número 1. American Depositary Receipts. Lima 1995, página 48: "Estos certificados se cotizan y negocian en US\$ dólares en los diferentes mercados de valores de los Estados Unidos. CONASEV. Programa de cultura bursátil. Lima 1994, página 69.

⁹ El presente gráfico detalla la operatividad de los ADRs en el nivel III.

OPERATIVIDAD: ADR NIVEL III Y REGLA 144A



(*) Bajo la Regla 144^a, la colocación primaria de ADRs está dirigida exclusivamente a los inversionistas institucionales calificados (QUIBs).

Fuente: CONASEV. Programa de cultura bursátil. Lima 1994, p. 83.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

"certificados se negocian en el mercado de valores extranjeros"¹⁰. Tal compra se efectúa a través de un agente de bolsa, a pedido del demandante; 7.- Si ello es así, no existe vínculo obligacional entre el demandante y el demandado, no existe relación de acreedor y deudor entre ellos, no hubo compraventa que las partes hubieran realizado y no hay acto jurídico alguno que pudiera ser objeto de anulabilidad. -----

SEXTO.- Sobre la intervención de Wiese SAB: 1.- En la compra de ADR's (American Depositary Receipts) intervino la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa. Tal hecho ha llevado a sostener a la demandante que actuó como intermediaria; 2.- Aunque tal expresión es ambigua, frases como que la compra se realizó "a través de la Sociedad Agente de Bolsa del propio Banco Wiese Limitado" parecería indicar que se está imputando colusión entre ambas empresas para realizar la operación bursátil; 3.- Tal "colusión" no ha sido acreditada en autos; se trata, por lo demás de personas jurídicas distintas que realizan diferentes funciones, siendo además que el agente de bolsa interviene en representación del demandante y no del Banco, y que las ventas en mercado bursátil extranjero se pueden efectuar desde nuestro país; y 4.- En buena cuenta, la labor de un agente de bolsa es la de intermediaria de la operación bursátil que se va a efectuar, por lo que no vende acciones, sino gestiona la adquisición o venta de éstas a favor del inversionista¹¹. -----

SÉTIMO.- Sobre la supuesta anulabilidad por la existencia de dolo: No existiendo acto jurídico alguno, resulta imposible que pudiera existir anulabilidad, pues el

¹⁰ La Resolución CONASEV número 00358-1993, en su artículo 2 menciona que es el banco extranjero quien emite los ADRs; que es el banco nacional quien emite las acciones y que los certificados se negocian en el mercado de valores extranjeros.

¹¹ CONASEV. Programa de Cultura Bursátil. Lima 1994, página 84. El gráfico detalla la operación.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA**

ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

supuesto para ello es un acto jurídico existente que va a ser declarado inválido por pronunciamiento judicial. -----

OCTAVO.- Sobre la indemnización: No existiendo contrato de compraventa, ni anulabilidad tampoco cabe exigir indemnización por inexecución de obligaciones, dado que -como se ha sostenido- ello implica la existencia de una relación jurídica de cooperación asumida por las partes en un programa que han aceptado, lo que no se aprecia aquí. Sin embargo, no obstante lo señalado en el considerando anterior considero que resulta necesario referirse a la indemnización solicitada: **1.-** La responsabilidad exige la existencia de todos los elementos que la componen: antijuricidad, nexo causal, factor de atribución y daño; **2.-** Siendo que lo que se alega es dolo contractual, el nexo causal que se exige es que el hecho que origina el daño sea consecuencia inmediata y directa de la inexecución; **3.-** La consecuencia inmediata y directa supone una relación de cercanía entre lo que se indica como el evento dañoso y el daño mismo; por consiguiente, se trata de hechos que "acostumbra(n) suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas", lo que supone que entre el hecho y resultado no hay interferencia de otra causa;¹² **4.-** Tal consecuencia inmediata no existe, no solo por la inexistencia de vínculo contractual, sino además por la inexistencia de conexión entre el evento **(i)** Tomar una decisión de inversión en la empresa; y **(ii)** La existencia de pérdida sufrida por utilidades dejadas de percibir; **5.-** En efecto, la propuesta indemnizatoria tiene como sustento los siguientes hechos, que no se presentaron por el presunto engaño sufrido al momento de adquirir los Certificados ADR's (American Depositary Receipts): **(i)** Ganancia en la inversión por la compra de los ADR's (American Depositary Receipts); **(ii)** Utilización de esa ganancia en la inversión realizada en la empresa gasífera; **(iii)** Rentabilidad cierta; **(iv)** Eficiente manejo empresarial; **(v)** Estabilidad política y económica en la región; **(vi)** Rentabilidad en los márgenes señalados por los demandantes; y **6.-** En suma, la falta de ganancia en los ADR's (American Depositary Receipts) no puede ser consecuencia inmediata y directa de los otros hechos sobrevinientes porque eso significaría establecer una cadena causal sin límite¹³ que iría en contra de lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil. Por lo demás, hay que tener en cuenta que, a diferencia de los contratos

¹² Osterling Felipe (2011). Compendio: El Derecho de las Obligaciones. Lima, Palestra, página 362.

¹³ La expresión típica de esta causalidad sin clausura son los siguientes versos: A causa del mensaje / la batalla se perdió. / A causa de la batalla / la guerra se perdió. / A causa de la guerra / el Imperio se perdió. / A causa de un clavo / el Imperio se perdió.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

conmutativos donde se conoce a cabalidad lo que se va a obtener, en el campo de las inversiones en la Bolsa de Valores lo que prima es la incertidumbre. Así se ha dicho: "Incluso haciendo los análisis más complejos y ortodoxos, no es posible librarse de acontecimientos inesperados que constantemente acechan a los mercados financieros: la sorpresa es ineludible y consustancial a la inversión, y quien se crea capaz de adivinar el futuro solo se engaña a sí mismo¹⁴". En ese contexto, al que hay que agregar la propia situación del país donde se invierte, aun si hubiera existido contrato que anular, no existiría nexo causal alguno que hubiera permitido responsabilizar a la empresa demandada por los supuestos daños sufridos. -----

Por tales razones: **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella de folios mil cincuenta a mil ochenta y uno; en consecuencia, **NO SE CASE** la sentencia de vista (Resolución número cuatro) de fecha diecinueve de julio de dos mil diez, de folios novecientos cuarenta y uno a novecientos cincuenta y uno, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda sobre anulabilidad de acto jurídico, **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, sobre Anulabilidad de Acto Jurídico y otro; y se devuelva.

S.

CALDERÓN PUERTAS

Handwritten signature of Calderón Puertas
15 OCT 2014

Dra. Carmen Rosa Champac Cabezas
Secretaría(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS TICONA POSTIGO, DEL CARPIO RODRÍGUEZ Y MIRANDA MOLINA ES EL SIGUIENTE: =====

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella de fojas mil cincuenta a mil ochenta y uno contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de julio de dos mil diez expedida por la Quinta Sala Civil de Lima obrante de fojas novecientos cuarenta y uno a novecientos cincuenta y uno, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha treinta de

¹⁴ Invierta con seguridad, rentabilizando sus ahorros al máximo. Miguel Ángel Torres González. Edisofer. Madrid, página 70.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA**

ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

octubre de dos mil nueve, obrante de fojas seiscientos setenta y cinco a seiscientos ochenta y ocho que declara fundada la demanda y reformándola declara infundada la demanda sobre anulabilidad de acto jurídico; sin costas ni costos. -----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Concedido el recurso de casación de fojas ciento treinta y dos a ciento cuarenta y siete, por resolución de esta Sala Suprema del diez de noviembre de dos mil once ha sido declarado procedente por la causal relativa a la infracción normativa de carácter procesal y material; denunciando: **i) Infracción normativa de los artículos 10, 11, 12 inciso b) y 28 del Decreto Legislativo número 861**; alega que: Las normas que denuncia regulan el mercado de valores, que establecen que toda información debe ser puesto en conocimiento de las entidades descentralizadas y de los inversionistas, de manera veraz, suficiente y oportuna; estableciendo asimismo que se encuentra prohibido todo acto que atente contra la integridad y transparencia del mercado, como inducir a la compra de acciones por medio de mecanismos engañosos y fraudulentos; y que, la emisión de valores genera la obligación de divulgar los hechos importantes en forma veraz, suficiente y oportuna, tan pronto como el hecho ocurra; ya que en el proceso se encuentra acreditado que el Banco demandado (Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta) no cumplió con hacer de conocimiento público y en particular de los inversionistas, en forma oportuna y veraz, la gravísima situación económica y financiera por la que venía atravesando, configurando así el dolo invocado como causal de anulabilidad de la presente demanda, puesto que de haberlo hecho, el recurrente no hubiera decidido y dispuesto la compra de las acciones de la demandada que se cotizaban en la Bolsa de Valores de Nueva York vía ADR's a través de la Sociedad Agente de Bolsa de propiedad del mismo Grupo Económico. La entidad demandada ocultó dolosamente su verdadera realidad financiera, este hecho determinó que las acciones del Banco ofertadas en la Bolsa de Lima y las ofertadas vía ADR's en la Bolsa de Nueva York se mantengan con valores estables, será recién cuando se revisaron los estados financieros del Banco, tras su fusión con el Banco de Lima Sudameris, que al comprobar la desastrosa situación económica del Banco demandado fue cuando las acciones del mismo se desplomaron. Más aun antes de la fusión los directivos y ejecutivos de los bancos involucrados en la fusión pregonaban una auspiciosa situación financiera de las instituciones. Así, fue tras la compra de las acciones realizada por el recurrente que se conoce recién que los balances y estados financieros de la demandada se encontraban manipulados. Si bien estas irregularidades empezaron a intuirse y filtrarse en el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

segundo trimestre de mil novecientos noventa y nueve, los hechos son certificados en su real magnitud con la referida fusión producida en setiembre de mil novecientos noventa y nueve. Otra forma en que se ocultó la verdadera situación financiera de la demandada fueron los aportes de capital por cincuenta millones de dólares americanos (US\$.50'000,000.00) y ciento treinta millones de dólares americanos (US\$.130'000,000.00) por parte del grupo Wiese y la fusión con el Banco de Lima Sudameris con intervención del Estado vía Decreto de Urgencia número 034-99, dado exactamente en el período del proceso de fusión del Banco Wiese y al que únicamente se acogió este Banco, con lo cual se saneó un pasivo de novecientos treinta y tres millones setecientos ochenta y cinco mil dólares americanos (US\$.933'785.000.00) y trescientos treinta y cuatro millones setenta mil nuevos soles (S/.334'070,000.00), reemplazando la cartera de créditos incobrables por diversos instrumentos financieros, entre los que se encuentra un pagaré avalado por el Estado Peruano por ciento ochenta y nueve millones de dólares americanos (US\$.189'000,000.00) más intereses. Estos hechos ponen de manifiesto que los directivos del banco demandado reconocen que fraguaron el estado financiero de la empresa, pues tuvieron que modificar, con posterioridad a la compra de acciones de parte del recurrente, que los estados financieros para registrar pérdidas por S/.1,075'719 miles, cuando el patrimonio del Banco era de S/.846,782 miles, es decir con patrimonio negativo el Banco estaba quebrado. La sentencia de vista no realiza una valoración congruente, razonada y sobre el conjunto de las pruebas ofrecidas y admitidas que obran en el expediente, con lo cual, el sustento de la resolución impugnada carece de sustento probatorio, desnaturalizando los documentos administrativos dirigidos internamente por el Banco demandado, pues con estos documentos se autorizó al Banco a adoptar medidas y acciones para rectificar sus estados financieros publicitados evitando el pánico financiero y viabilizar su fusión con el Banco de Lima Sudameris. La Sala Superior ha tergiversado el real sentido de los documentos de fojas veinticuatro y setenta y dos de autos, pues ha determinado como administrativa y contablemente válidas y legal la rectificación de estados financieros más de nueve meses después de haberse hecho de conocimiento público, con lo cual los directivos del banco demandado no cumplieron con hacer de conocimiento de forma oportuna la situación real del banco infringiendo el artículo 10 y 12 del Decreto Legislativo 861; siendo así, de aplicar estos dispositivos hubiera concluido la Sala Superior que hubo ocultamiento doloso de información sobre la situación real de los estados financieros del Banco demandado, con lo cual se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

hubiera amparado la demanda. **ii) Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil en concordancia con los artículos I, III y VII del Título Preliminar del mismo cuerpo legal**; arguye que: La Sala Superior ha tergiversado el real sentido de los documentos de fojas veinticuatro y setenta y dos de autos, pues ha determinado como administrativa y contablemente válidas y legal la rectificación de estados financieros más de nueve meses después de haberse hecho de conocimiento público, con lo cual los directivos del banco demandado no cumplieron con hacer de conocimiento en forma oportuna la situación real del banco. La sentencia de vista en su Vigésimo Octavo considerando precisa que la carta de fojas setenta y dos a setenta y tres firmada por Luis Cortavarría Checkley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co., establece que en las notas uno y veinticinco de los estados financieros, en mil novecientos noventa y nueve la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó a Banco Wiese Sudameris a constituir, con cargo a cuentas patrimoniales, provisiones para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores por S/.1,075,719 miles. Este hecho fue aprobado por la Junta General de Accionistas del Banco demandado el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve y aprobado con Resolución SBS número 1037-99, fojas setenta y ocho. Sin embargo, debemos recordar que la compra de acciones por parte del recurrente fue en enero de mil novecientos noventa y nueve, cuando el Banco tenía una cartera incobrable de -S/.182,255 miles. Lo mismo sucede con el considerando Vigésimo Octavo de la sentencia de vista que valora la carta de fojas veinticuatro a veinticinco, firmada por el señor Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados, donde se dice que el Banco con la autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros, en el año mil novecientos noventa y ocho disminuyó su capital social por miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones para colocaciones de dudosa cobranza, simultáneamente efectuó un aumento de capital social por miles de nuevos soles 136,138 y una prima de emisión por miles de nuevos soles 20,512 mediante un aporte de capital efectivo, igualmente con autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros efectuó la reevaluación voluntaria resultando un excedente de revaluación por miles de nuevos soles 20,512, sin embargo, la Sala Superior no toma en cuenta que estas auditorías son realizadas por encargo de la demandada, por tanto son documento de parte, además, a través de estos documentos no se podía conocer que el Banco en octubre de mil novecientos noventa y nueve tendría que "regularizar" provisiones (entendiéndose proyectar

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

pérdidas) por un valor de S/.1,075'719 miles, esto es seis veces más. Asimismo, en la sentencia de vista se dice que ninguna entidad estatal de Perú o Estados Unidos de Norteamérica no haya realizado ningún reparo a las operaciones de venta de acciones por la modalidad de ADR's del Banco demandado, sin embargo, esta circunstancia no exonera de dolo imputado y probado a los directivos del mismo, pues estos hechos no son materia del presente proceso, con lo que se infringe el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Con lo cual se ha vulnerado el derecho a probar del recurrente, pues, la Sala Superior no ha realizado una valoración conjunta y razonada de las pruebas, pues de haberlo hecho habría concluido que el dolo producto de la información engañosa y adulteración de estados financieros está probado, como se desprende de los siguientes documentos: **a)** A fojas veintiséis el Estado de Ganancias y Pérdidas del Banco demandado al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, publicado en la prensa, que establece que la provisión de colocaciones dudosas es de miles de nuevos soles (-182,255); y, a fojas veintisiete corre el Balance General del Banco Wiese al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho respectivamente, en el cual consta el patrimonio de Banco en miles de nuevos soles 764,466 y 846,782 respectivamente; siendo con esta última información que el recurrente decidió comprar las acciones de la demandada; **b)** a fojas veinticuatro y veinticinco corre la carta suscrita por Wilfredo Rubiños V. socio de la auditora KPMG Caipo y Asociados, entidad contratada por el Banco demandado para auditar sus estados financieros, donde se establece que el Banco disminuyó su capital en miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones de colocaciones de cobranza dudosa; sin embargo, esta cifra constituye una pérdida cubierta simultáneamente por un aumento de capital de miles de nuevos soles 136,138, evitando así una caída en el balance final del año y la consecuente fuga de inversionistas y público en general, razonamiento que no es recogido por la Sala Superior; **c)** a fojas veintisiete fluye que el patrimonio del banco era de S/.846'782,000.00 al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, importe que incluye el aumento de capital de S/.136'138,000.00 luego de la fusión con el Banco Lima Sudameris, el nuevo Banco Wiese Sudameris contaba con un valor patrimonial declarado de S/.1,162'114,000.00 según fojas setenta y cuatro, sin embargo, de este patrimonio final hay que descontar lo aportado por el Banco de Lima Sudameris y lo aportado por el Estado mediante Decreto de Urgencia número 034-99, con lo cual se demuestra que el Banco Wiese

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

mantenía un balance con patrimonio negativo, es decir, estaba quebrado; **d)** a fojas setenta y dos y setenta y tres corre la Carta firmada por el Luis Cortavarria Checkley en condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co., quien expresa que la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó al banco provisiones por S/.1,075,719 miles, esta provisión se materializó el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve, conforme consta de la Nota uno de los Estados Financieros de fojas setenta y ocho, incrementando en miles de nuevos soles (-1,075,719) las provisiones existentes de (-182,255) miles de nuevos soles. Este descomunal incremento de casi siete veces en las provisiones para créditos no cobrables en un lapso de nueve meses y diecinueve días, acredita que los estados financieros publicitados no reflejaban la realidad de la situación contable y financiera del banco; **e)** los estados financieros del Banco demandado publicitados los años mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, no reflejaban la realidad, ya que después de la fusión se acredita un estado de quiebra del banco; **f)** a fojas noventa y nueve y cien, hojas veintidós y veintitrés de las Notas de los Estados Financieros auditados por Hansen-Holm & Alonso Co., que da cuenta de las dos operaciones de titulación de cartera, que el nuevo Banco celebró como Wiese Sociedad Titulizadora Sociedad Anónima en junio y setiembre de mil novecientos noventa y nueve, que motivaron la transferencia de "activos" del ex Banco Wiese, acredita la existencia de deudas incobrables correspondientes en un noventa y seis por ciento (96%) a carteras e intereses y comisiones por un valor de US\$.1'033,785 miles y S/.334,070 miles. Estos datos tampoco aparecen en los estados financieros publicitados por el Banco. La Sala Superior le resta credibilidad y capacidad de crear convicción al Informe elaborado por la Sociedad Auditora Saavedra Leveau & Asociados, inaplicando el principio de valoración conjunta de la prueba; cuando las conclusiones del referido informe se sustentan en los documentos de fojas veintiséis, veintisiete, veintiocho, setenta y cuatro, setenta y cinco y setenta y seis de autos, sobre la verdadera situación económica del banco demandado (quiebra) al momento de ofertar las acciones adquiridas por el recurrente. Más aun cuando las declaraciones y comentarios de los directivos del banco demandado, publicados en los diarios nacionales entre febrero y marzo de mil novecientos noventa y nueve, de fojas ciento veinte a ciento sesenta y dos, cuando se realizan la adquisiciones de las acciones por parte del recurrente, sostenían que el Banco demandado era solvente, que la fusión prevista incrementaría su capacidad crediticia, participación en el mercado y reducción de costos,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

maximizando así la rentabilidad del nuevo banco. Esto es que el mensaje para el público e inversores era de solvencia, eficiencia y ausencia de problemas financieros, hecho que resultaba falso y que se corrobora con las publicaciones que empezaron a aparecer recién a partir del segundo semestre de mil novecientos noventa y nueve. ----


CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Que, en el presente recurso de casación se advierte denuncias por causal de infracción procesal y material, en consecuencia corresponderá analizar en primer lugar la infracción normativa procesal denunciada, ya que de ser amparada ésta, ya no procederá analizar la denuncia referida a la infracción material. -----


SEGUNDO.- Que, a fin de verificar si en el caso de autos se ha configurado la causal de infracción normativa procesal, es necesario señalar que Carlos Eugenio José Lizier Gardella interpone demanda contra Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, solicitando como pretensión principal: la anulabilidad del Contrato de Compraventa de acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de ADR's por un monto aproximado de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00), que se habría celebrado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa -Wiese SAB, en Lima - Perú; y, asimismo, como pretensión accesoria: demanda el pago de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00), por concepto de daños y perjuicios causados, derivado del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral, más el pago de costas y costos del proceso; alegando que dicho acto jurídico adolecería de un vicio en la manifestación de la voluntad por dolo contractual imputable exclusivamente al demandado, debido a que éste habría ocultado dolosamente información sobre la verdadera situación patrimonial del banco. Las acciones ofertadas por el Banco Wiese Limitado, fueron bajo el sistema de ADR's en el Nivel III y que el demandante invirtió aproximadamente ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, a través de la Sociedad Agente de Bolsa del propio Banco Wiese Limitado. Esta citada entidad bancaria fue la primera empresa peruana en acceder a programas de emisión de ADR's, cotizando sus valores en el mercado de Estados Unidos de Norteamérica, el veinte de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, específicamente, 2'369,752 ADR's Nivel III, representativos de 11'104,718 acciones, donde cada ADR's representa cuatro (04) acciones ordinarias primarias del Banco Wiese Limitado. Adquirió tales valores de buena fe y por el sustento de información sobre el comportamiento de los estados financieros disponibles de los años mil

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**



novcientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y siete y, el primer semestre de mil novecientos noventa y ocho, pero que los resultados finales de mil novecientos noventa y ocho se conocieron recién en marzo de mil novecientos noventa y nueve. El Banco Wiese Limitado había puesto en conocimiento de la Superintendencia de Mercado de Valores (CONASEV) y Superintendencia de Banca y Seguros, así como en los medios de la prensa escrita, estados que reflejaban una situación patrimonial del emisor estable, con una leve tendencia a la baja, pero sin mayores discrepancias entre los estados financieros de los indicados años; pero que ello quedó posteriormente desvirtuado, porque contenían información adulterada sobre la situación patrimonial del Banco, que permitieron sobrevaluar los valores mobiliarios consistentes en acciones representadas por Certificados ADR's, conforme se conoció posteriormente, en la oportunidad en que se concreta la fusión con el Banco de Lima Sudameris, porque se establece que no era cierta la situación patrimonial que constaban en los balances mencionados; que se había ocultado la verdadera situación, puesto que los ejercicios económicos de los años mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis, mil novecientos noventa y siete, en especial los de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, dolosamente habían sido manipulados. Esta conducta dolosa por parte del Banco demandado le ha ocasionado una pérdida económica por concepto de lucro cesante, daño emergente y por daño moral, por un monto de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00), que considera debe abonarle el demandado como resarcimiento por los perjuicios irrogados, por cuanto la inversión en los Certificados ADR's le debía reeditar una utilidad del sesenta y cinco por ciento (65%), que se emplearía para garantizar un Proyecto Hidrocarburífero que se frustró, porque la inversión arrojó pérdidas. -----



TERCERO.- Que, el *A-quo* ha declarado fundada la pretensión principal de nulidad del acto jurídico de compra de acciones del Banco demandado, efectuada con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo del demandante, por un valor total de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) y, en consecuencia, nulo y sin efecto alguno dicho acto jurídico a partir del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, debiendo cumplir el Banco demandado con devolverle al demandante la cantidad de ciento setenta y tres mil trescientos nueve dólares americanos con noventa y seis centavos (US\$.173,309.96), más intereses legales devengados a partir de la fecha antes

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**


**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

mencionada, así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo que se ordenó por la sentencia; y, asimismo, fundada en parte la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios, y en consecuencia, ordenó que el Banco demandado le pague al demandante la suma de nueve millones quinientos veintitrés mil quinientos noventa y cinco dólares americanos con veinte centavos (US\$.9'523,595.20) por concepto de daños y perjuicios, y la cantidad de ciento veinte mil dólares americanos (US\$.120,000.00) por el daño moral ocasionado, sustentando esencialmente su decisión en que existe dolo cometido por parte del banco demandado, el mismo que consistió en la no presentación de su verdadera situación financiera patrimonial en sus estados financieros correspondientes a los ejercicios económicos mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y ocho inclusive, propiciando con ello la decisión del demandante para invertir en la adquisición de los Wiese ADR's que estuvo determinada por la información inexacta proporcionada por la emplazada, aunado a una legítima expectativa de lograr una rentabilidad en su inversión. -----


CUARTO.- Que, el Colegiado Superior, revocó la sentencia apelada que declaró fundada la pretensión principal de nulidad del acto jurídico de compra de acciones del Banco Wiese Sudameris efectuada con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo del demandante por un valor total de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) y en consecuencia nulo y sin efecto alguno dicho acto jurídico a partir del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve debiendo cumplir el Banco demandado con devolver al demandante la cantidad de ciento setenta y tres mil trescientos nueve dólares americanos con noventa y seis centavos (US\$.173,309.96) más los intereses legales devengados a partir de la fecha antes mencionada, así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo y asimismo, fundada en parte la pretensión accesoria de pago de daños y perjuicios y ordena que el Banco demandado le pague al demandante la suma de nueve millones quinientos veintitrés mil quinientos noventa y cinco dólares americanos con veinte centavos (US\$.9'523,595.20) por concepto de daños y perjuicios y la cantidad de ciento veinte mil dólares americanos (US\$.120,000.00) por el daño moral ocasionado; reformándola declararon infundada la demanda en todos sus extremos; sin costas ni costos, considerando que: **i)** No está acreditado en autos que la Superintendencia de Banca y Seguros o cualquier otra entidad nacional o norteamericana (en este caso por haberse cotizado los ADR's en la Bolsa de Valores de Nueva York) haya formulado reparo a los estados financieros del

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**




Banco Wiese Limitado o del Banco Wiese Sudameris o que éstas hayan iniciado un proceso sancionador en contra de dicha entidad bancaria por manipulación o alteración de sus estados financieros. Adicionalmente las dos comunicaciones consistentes en la carta de fojas setenta y dos a setenta y tres firmada por Luis Cortavarría Checkley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. y la carta de fojas veinticuatro a veinticinco, firmada por el señor Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados; coinciden en señalar en términos más o menos similares, que los estados financieros por ellos auditados, presentan razonablemente en todos sus aspectos significativos la situación financiera del Banco Wiese Sudameris antes Banco Wiese Limitado. Estos medios probatorios ofrecidos por la parte demandante no logran probar la existencia del dolo alegado por ella, en la manipulación de los estados financieros del Banco demandado; el Informe número I del Trabajo Especial e Informe número II de Información Complementaria al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado elaborado por la empresa Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores, al ser un informe de parte tampoco demuestra fehacientemente la presencia y/o existencia de dolo; ii) Ante la falta de probanza del dolo, quedaría únicamente el error como vicio de la voluntad para la "anulabilidad del acto"; y en el caso materia de autos el supuesto error del actor, estaría referido a que éste adquirió los Wiese ADR's en la idea que estaba realizando una inversión que necesariamente le iba a reeditar un beneficio económico; conforme lo indica el Juez en el considerando Décimo Quinto de su sentencia, el Informe número I del Trabajo Especial e Informe número II de Información Complementaria al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado (Elaborado por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores) de fojas ciento nueve a ciento setenta y nueve, ofrecido como medio probatorio por el actor, evidencia que los Wiese ADR's sufrieron una evolución negativa a lo largo del tiempo en su cotización en la Bolsa de Valores de Nueva York (New York Stock Exchange - NYSE). Siendo ello así, el demandante tuvo que tener conocimiento que los Wiese ADR's que estaba adquiriendo, tenían una cotización con tendencia a la baja, a pesar de ello, procedió a invertir en su adquisición, asumiendo voluntaria y expresamente, el riesgo que implica una inversión de este tipo, que es mayor aun en el caso de los Wiese ADR's que se cotizaban no en la Bolsa de Valores de Lima sino en una Bolsa de Valores de los Estados Unidos de Norteamérica; por lo que, siendo el mercado de valores uno de inversión y como tal especulativo, estando expuesto a fluctuaciones las



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**


**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**



mismas que pueden responder a factores propios (internos) o exógenos, los que en su afectación pueden ir en beneficio de la inversión realizada o en su detrimento; se advierte que el demandante no ha tenido lugar a error alguno en la adquisición de los Wiese ADR's materia de este proceso; y iii) Al no haber probado el actor en esta causa que existió vicio que válidamente hubiere afectado su voluntad en la adquisición de los Wiese ADR's materia de este proceso, no resulta procedente ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno en su favor, razón por la cual este Colegiado se abstiene de pronunciarse sobre los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil que alega el Banco demandado como parte del fundamento de su Cuarta Pretensión Impugnatoria Subordinada. -----

QUINTO.- Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal. -----

SEXTO.- Que, artículo 197 del Código Procesal Civil, establece que todos los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, debiendo el Juez utilizar su apreciación razonada; el principio enunciado en la norma citada implica que, teniendo en cuenta que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, como tal debe ser apreciado y examinado, confrontando los medios probatorios entre sí, puntualizando su concordancia o discordancia y concluyendo sobre el convencimiento que del análisis global se forme. -----



SÉTIMO.- Que, analizada la sentencia de vista impugnada se advierte que no se ha realizado una debida valoración de los medios probatorios conforme lo establece el citado artículo 197 del Código Procesal Civil, toda vez que se debió establecer si la entidad demandada informó o no su real situación financiera al demandante y de ser así si dicha acción ocasionó que el demandante incurra en error al adquirir acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de ADR's por un monto aproximado de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00); en consecuencia la Sala Civil deberá valorar conforme se ha señalado en el sexto considerando de la presente resolución: i) A fojas veintiséis el Estado de Ganancias y Pérdidas del Banco demandado al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**



novecientos noventa y ocho, publicado en la prensa, que establece que la provisión de colocaciones dudosas es de miles de nuevos soles (-182,255); **ii)** a fojas veintisiete corre el Balance General del Banco Wiese al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho respectivamente, en el cual consta el patrimonio del Banco en miles de nuevos soles 764,466 y 846,782 respectivamente; información por la que conforme señala el recurrente decidió comprar las acciones del banco demandado; **iii)** a fojas veinticuatro y veinticinco corre la carta suscrita por Wilfredo Rubiños V. socio de la empresa auditora KPMG Caipo y Asociados, entidad contratada por el Banco demandado para auditar sus estados financieros, donde se establece que el Banco en mil novecientos noventa y ocho, con autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros, disminuyó su capital social por miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones de colocaciones de cobranza dudosa; simultáneamente efectuó un aumento de capital social por miles de nuevos soles 136,138 y una prima de emisión por miles de nuevos soles 20,512 mediante un aporte de capital efectivo; **iv)** a fojas veintisiete fluye que el patrimonio del banco era de S/.846'782,000.00 al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, importe que incluye el aumento de capital de S/.136'138,000.00 luego de la fusión con el Banco de Lima Sudameris, el nuevo Banco Wiese Sudameris contaba con un valor patrimonial declarado de S/.1,162'114,000.00 según fojas setenta y cuatro; **v)** a fojas setenta y dos y setenta y tres corre la Carta firmada por Luis Cortavarría Checkley en condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co., quien expresa que la Superintendencia de Banca y Seguros autorizó al banco provisiones por un S/.1,075,719 miles, esta provisión se materializó el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve, conforme consta de la Nota I de los Estados Financieros de fojas setenta y ocho, incrementando en miles de nuevos soles (-1,075,719) las provisiones existentes de (-182,255) miles de nuevos soles. **vi)** a fojas noventa y nueve y cien, hojas veintidós y veintitrés de las Notas de los Estados Financieros auditados por Hansen-Holm & Alonso Co.; **vii)** el Informe elaborado por la Sociedad Auditora Saavedra Leveau & Asociados que obra a fojas ciento doce, que una de sus conclusiones (financiera) determina que el Banco Wiese Limitado ha transgredido los principios de transparencia e integridad, cuyo objetivo es que el inversionista reciba la información necesaria para adoptar su decisión de inversión en forma veraz, suficiente y oportuna, carente de elementos que le impidan apreciar, entre otros aspectos, los riesgos derivados de las operaciones que realizan; todo ello



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

entendiéndose que la valoración no se agota en la simple mención del medio probatorio sino en el análisis crítico del mismo. -----

OCTAVO.- Que, en consecuencia, al advertirse que el presente proceso se encuentra incurso en la causal de infracción normativa de carácter procesal denunciada; no procede pronunciamiento alguno respecto a la causal de infracción normativa de carácter material; por lo que es de aplicación el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil. -----

Por estos fundamentos, **NUESTRO VOTO** es por que se declare: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella de fojas mil cincuenta a mil ochenta y uno, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fecha diecinueve de julio de dos mil diez que obra de fojas novecientos cuarenta y uno a novecientos cincuenta y uno; **SE ORDENE** que el Colegiado Superior expida nuevo fallo con arreglo a ley y conforme a lo señalado precedentemente; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, sobre Anulabilidad de Acto Jurídico y otro; y se devuelva.-

S.S.

TICONA POSTIGO

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

MIRANDA MOLINA

Dra. Carmen Rosa Champac Cabezas
Secretaria(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

11/8 OCT 2014

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS PONCE DE MIER Y CALDERÓN CASTILLO, ES COMO SIGUE: =====

MATERIA DEL RECURSO: En el presente caso, se trata del recurso de casación interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de julio del año dos mil diez, obrante a folio novecientos cuarenta y uno, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revocó la sentencia de primera instancia de fecha treinta de octubre de dos mil nueve, obrante a folio seiscientos setenta y cinco que declaró fundada la demanda y reformándola la declaró infundada; en los seguidos sobre Anulabilidad de Acto Jurídico; sin costas ni costos. -----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL

RECURSO: La Sala mediante resolución de fecha diez de noviembre de dos mil once, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa material y procesal. -----

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Que, respecto a la causal denunciada por infracción normativa, según Monroy Cabra, *"Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso..."*¹. A decir de De Pina.- *"El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etcétera; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (...) a infracciones en el procedimiento"*². En ese sentido Escobar Forno señala: *"Es cierto que todas las causales suponen una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo"*³. -----

SEGUNDO.- Que, sobre el caso que nos atañe corresponde efectuar previamente un resumen de la controversia de su propósito. En ese sentido se aprecia que mediante la demanda de folio trescientos noventa y cuatro Carlos Eugenio José Lizier Gardella pretende la anulabilidad del Contrato de Compraventa de acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de American Depositary Receipts (en adelante ADR's) por un monto aproximado de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) que se habría celebrado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa -Wiese SAB, en Lima – Perú; y, asimismo plantea como pretensión accesoria el pago de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00), por concepto de daños y perjuicios causados, derivado del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral, más el pago de costas y costos del proceso; argumentando principalmente que: i) Dicho acto jurídico adolece de un vicio

¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de derecho procesal civil, segunda edición, editorial Temis Librería, Bogotá - Colombia, 1979, p. 359.

² De Pina Rafael, Principios de derecho procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222.

³ Escobar Fornos Iván, Introducción al proceso, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 241.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

en la manifestación de la voluntad por dolo contractual imputable exclusivamente al demandado, debido a que éste habría ocultado dolosamente información sobre la verdadera situación patrimonial del Banco; **ii)** las acciones ofertadas por el Banco Wiese Limitado, fueron bajo el sistema de ADR's en el Nivel III, habiendo invertido aproximadamente ciento ochenta mil dólares americanos (US\$, 180,000.00) con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, a través de la Sociedad Agente de Bolsa del propio Banco Wiese Limitado; **iii)** El Banco Wiese Limitado fue la primera empresa peruana en acceder a programas de emisión de ADR's, cotizando sus valores en el mercado de Estados Unidos de Norteamérica, el veinte de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, específicamente, 2'369,752 ADR's Nivel III, representativos de 11'104,718 acciones, donde cada ADR's representa cuatro acciones ordinarias primarias del Banco Wiese Limitado; **iv)** Adquirió tales valores de buena fe y por el sustento de información sobre el comportamiento de los Estados Financieros disponibles de los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y siete, y el primer semestre de mil novecientos noventa y ocho, pero los resultados finales de mil novecientos noventa y ocho se conocieron recién en marzo de mil novecientos noventa y nueve; **v)** El Banco Wiese Limitado había puesto en conocimiento de la Superintendencia de Mercado de Valores - CONASEV y Superintendencia de Banca y Seguros, así como en los medios de la prensa escrita, estados que reflejaban una situación patrimonial del emisor estable, con una leve tendencia a la baja, pero sin mayores discrepancias entre los estados financieros de los indicados años; pero que ello quedó posteriormente desvirtuado, porque contenían información adulterada sobre la situación patrimonial del Banco, que permitieron sobrevaluar los valores mobiliarios consistentes en acciones representadas por Certificados ADR's, conforme se conoció posteriormente, en la oportunidad en que se concreta la fusión con el Banco Sudameris, porque se establece que no era cierta la situación patrimonial que constaban en los balances mencionados; que se había ocultado la verdadera situación, puesto que los ejercicios económicos de los años mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, en especial los de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, dolosamente habían sido manipulados; **vi)** esta conducta dolosa por parte del Banco demandado le ha ocasionado una pérdida económica por concepto de lucro cesante, daño emergente y por daño moral, por un monto de quince millones de dólares americanos (US\$, 15'000,000.00) que considera

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

debe abonarle el demandado como resarcimiento por los perjuicios irrogados, por cuanto la inversión en los Certificados ADR's le debía redituár una utilidad del sesenta y cinco por ciento, que se emplearía para garantizar un Proyecto Hidrocarburífero que se frustró, porque la inversión arrojó pérdidas. -----

TERCERO.- Que, el Juez de la causa expide la sentencia obrante a folio seiscientos setenta y cinco, declarando fundada en parte la demanda sobre anulación de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios; sustentando esencialmente su decisión en que existe dolo cometido por parte del Banco demandado, el mismo que consistió en la no presentación de su verdadera situación financiera patrimonial en sus estados financieros correspondientes a los ejercicios económicos mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y ocho inclusive, propiciando con ello la decisión del demandante para invertir en la adquisición de los Wiese ADR's que estuvo determinada por la información inexacta proporcionada por la entidad emplazada, aunado a una legítima expectativa de lograr una rentabilidad en su inversión. -----

CUARTO.- Que, por sentencia de vista de folio novecientos cuarenta y uno se revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda, y reformándola se le declara infundada, sin costas ni costos; sustentándose principalmente esa decisión en que: i) No está acreditado en autos que la Superintendencia de Banca y Seguros o cualquier otra entidad nacional o norteamericana (en este caso por haberse cotizado los ADR's en la Bolsa de Valores de Nueva York) haya formulado reparo a los estados financieros del Banco Wiese Limitado o del Banco Wiese Sudameris o que éstas hayan iniciado un proceso sancionador en contra de dicha entidad bancaria por manipulación o alteración de sus estados financieros. Adicionalmente las dos comunicaciones consistentes en la carta de folio setenta y dos a setenta y tres firmada por Luis Cortavarria Checkley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. y la carta de folio veinticuatro a veinticinco, firmada por Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados; coinciden en señalar en términos más o menos similares, que los estados financieros por ellos auditados presentan razonablemente en todos sus aspectos significativos, la situación financiera del Banco Wiese Sudameris, antes Banco Wiese Limitado; estos medios probatorios ofrecidos por la parte demandante no logran probar la existencia del dolo alegado por ella, en la manipulación de los estados financieros del Banco demandado; el Informe número uno del Trabajo Especial e Informe número II de Información Complementaria

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado elaborado por la empresa Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores, al ser un informe de parte, tampoco demuestra fehacientemente la presencia y/o existencia de dolo; ii) Ante la falta de probanza del dolo, quedaría únicamente el error como vicio de la voluntad para la "anulabilidad del acto"; y en el caso materia de autos el supuesto error del actor, estaría referido a que éste adquirió los Wiese ADR's en la idea que estaba realizando una inversión que necesariamente le iba a reeditar un beneficio económico; conforme lo indica el Juez en el considerando Décimo Quinto de su sentencia, el Informe número uno del Trabajo Especial e Informe número dos de Información Complementaria al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado (elaborado por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores) de folio ciento nueve a ciento setenta y nueve, ofrecido como medio probatorio por el actor, evidencia que los Wiese ADR's sufrieron una evolución negativa a lo largo del tiempo en su cotización en la Bolsa de Valores de Nueva York (New York Stock Exchange - NYSE). Siendo ello así, el demandante tuvo que tener conocimiento que los Wiese ADR's que estaba adquiriendo, tenían una cotización con tendencia a la baja, a pesar de ello, procedió a invertir en su adquisición, asumiendo voluntaria y expresamente el riesgo que implica una inversión de este tipo, que es mayor aun en el caso de los Wiese ADR's que se cotizaban no en la Bolsa de Valores de Lima sino en una Bolsa de Valores de los Estados Unidos de Norteamérica; por lo que siendo el mercado de valores uno de inversión y como tal especulativo, estando expuesto a fluctuaciones, las mismas que pueden responder a factores propios (internos) o exógenos, los que en su afectación pueden ir en beneficio de la inversión realizada o en su detrimento; se advierte que el demandante no ha tenido lugar a error alguno en la adquisición de los Wiese ADR's materia de este proceso; y iii) al no haber probado el actor en esta causa que existió vicio que válidamente hubiere afectado su voluntad en la adquisición de los Wiese ADR's materia de este proceso, no resulta procedente ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno en su favor, razón por la cual este Colegiado se abstiene de pronunciarse sobre los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil que alega el Banco demandado como parte del fundamento de su Cuarta de Pretensión Impugnatoria Subordinada. -----

QUINTO.- Se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de infracción normativa material y procesal. Teniendo en cuenta ello, se advierte que conforme lo dispone el artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

fundado el recurso de casación por vulneraciones a las normas que garantizan el debido proceso o las infracciones de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales en todos los supuestos, se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita un nuevo fallo; mientras que si se declara fundado el recurso por las otras causales contempladas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, la Sala Suprema actuando en sede de instancia deberá resolver el conflicto según su naturaleza. Es por ello, que la revisión de las causales por las que ha sido declarado procedente el recurso de casación debe comenzar por el análisis de la alegación de vulneración a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. -----

SEXTO.- Que, la denuncia de infracción normativa procesal se encuentra referida a vicios formales, respecto del artículo 197 del Código Procesal Civil en concordancia con los artículos I, III y VII del Título Preliminar del mismo cuerpo legal, sosteniéndose que se ha vulnerado el derecho a probar del recurrente, pues la Sala Superior no ha realizado una valoración conjunta y razonada de las pruebas, pues de haberlo hecho habría concluido que el dolo producto de la información engañosa y adulteración de estados financieros está probado. -----

SÉTIMO.- En esa medida, respecto a los errores *in procedendo*, que el recurrente alega, detalla hechos que en suma resultarían ser atentatorios al debido proceso, específicamente a la valoración de la prueba que está íntimamente ligada al principio de la motivación de las resoluciones judiciales, pues la verificación de una debida motivación implica exponer las consideraciones que expresen las razones suficientes que sustenten la decisión, razones que justifiquen suficientemente el fallo, las cuales deben ser razonadas, objetivas, serias y completas; para cumplir con ello, la motivación debe atender a lo previsto en el artículo 197 del Código Procesal Civil, siendo que las consideraciones deben ser extraídas de la evaluación de los hechos debidamente probados, lo cual supone una adecuada valoración de las pruebas. -----

OCTAVO.- Que, el debido proceso es un derecho complejo, pues está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho -incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina procesal y constitucional, "por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, características del tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa (Faúndez Ledesma, Héctor. "El Derecho a un Juicio Justo". En: Las garantías del debido proceso -Materiales de Enseñanza-, Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, página 17). Dicho de otro modo, el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen, la tutela procesal efectiva, la observancia de los principios o reglas básicas y de la competencia predeterminada por Ley, así como la pluralidad de instancias, la motivación, la logicidad y razonabilidad de las resoluciones, el respeto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción, de contradicción) entre otros. -----

NOVENO.- Que, se configura la causal de infracción normativa de carácter procesal cuando en el desarrollo del proceso, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento; la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. -----

DÉCIMO.- Que, el artículo 197 del Código Procesal Civil establece que: "Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión (el subrayado es nuestro)". De la norma citada podemos colegir que no es necesario que el Colegiado Superior transcriba y analice textualmente cada una de las alegaciones o medios probatorios de las partes; pues según la norma bajo comentario, basta que cite, las que a su parecer, sean relevantes para cimentar su decisión. -----

DÉCIMO PRIMERO.- Que, analizando la sentencia de vista se advierte, que para revocar la apelada señala básicamente que no está acreditado en autos que la Superintendencia de Banca y Seguros o cualquier otra entidad nacional o norteamericana (en este caso por haberse cotizado los ADR's en la Bolsa de Valores de Nueva York) haya formulado reparo a los estados financieros del Banco Wiese Limitado, o del Banco Wiese Sudameris, o que éstas hayan iniciado un proceso sancionador en contra de dicha entidad bancaria por manipulación o alteración de sus

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

estados financieros; agrega que adicionalmente las dos comunicaciones consistentes en la carta de folios setenta y dos a setenta y tres firmada por Luis Cortavarría Checkley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co., y carta de folios veinticuatro a veinticinco, firmada por Wilfredo Rubiños V. en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados, coinciden en señalar en términos más o menos similares que los estados financieros por ellos auditados, presentan razonablemente en todos sus aspectos significativos la situación financiera del Banco Wiese Sudameris antes Banco Wiese Limitado. Por lo que a criterio de la Sala estos medios probatorios ofrecidos por la parte demandante no logran probar la existencia del dolo alegado por ella, en la manipulación de los estados financieros del Banco demandado. Finalmente, en cuanto al Informe número uno del Trabajo Especial e Informe número dos de Información Complementaria al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado, elaborado por la empresa Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores, la Sala considera que al ser éste un Informe de parte tampoco demuestra fehacientemente la presencia y/o existencia de dolo. -----

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, la decisión adoptada por el Colegiado Superior se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, por lo que no se advierte trasgresión alguna al principio de debida motivación de las sentencias, no se afecta la logicidad, ni se vulnera el derecho a probar en cualquiera de sus vertientes. -----

DÉCIMO TERCERO.- La decisión adoptada por la Sala de mérito se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, por lo que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, pues se ha cumplido con precisar el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final; en consecuencia, un parecer o criterio distinto al que ha arribado no puede ser causal para cuestionar la motivación, lo que no significa que no pueda existir un criterio distinto para arribar a una conclusión diferente a la que ha planteado la Sala Superior, sin que ello implique ausencia o defecto en la motivación de la sentencia de vista. En consecuencia, la infracción normativa procesal debe ser desestimada en todos sus extremos. -----

DÉCIMO CUARTO.- Que, en consonancia con lo precisado en el considerando quinto corresponde emitir pronunciamiento respecto a la ***infracción normativa material***. Así tenemos que el recurrente denuncia la infracción normativa por inaplicación de las

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

normas contenidas en los artículos 10, 11, 12 inciso b) y 28 del Decreto Legislativo número 861, Ley del Mercado de Valores, y sus concordancias y alcances. Las citadas normas sobre mercado de valores determinan concretamente las obligaciones de las entidades financieras en lo que respecta a la calidad de la información, la publicidad, la transparencia de las operaciones y la obligación de informar sobre hechos relevantes e importantes en relación a la emisión, colocación o intermediación de valores y cualquier otra actividad que se realice en el mercado de valores, de manera oportuna y veraz. -----

DÉCIMO QUINTO.- Que, estando a las normas denunciadas y a la naturaleza del proceso, corresponde señalar que la infracción de las normas denunciadas determinaría además la infracción de lo dispuesto en el artículo 221 inciso 2 del Código Civil; por lo que corresponde realizar las precisiones que a continuación se detallan. -----

DÉCIMO SEXTO.- Que, debe precisarse previamente que el artículo 140 del Código Civil define al acto jurídico como "(...) *la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)*". Puede ser declarado nulo cuando carece de alguno de los elementos esenciales que para su validez establece la norma antes mencionada, o se incurre en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del Código acotado. Es anulable cuando se incurre en alguna de las causales previstas en el artículo 221 del Código sustantivo: El acto jurídico es anulable: 1.- Por incapacidad relativa del agente; 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación (el subrayado es nuestro); 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero; 4.- Cuando la ley lo declara anulable. -----

DÉCIMO SÉTIMO.- En el caso de autos el recurrente en su demanda pretende se declare la anulabilidad del acto jurídico de compraventa de fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve celebrada con la entidad demandada respecto de las acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de ADR's, por el actuar doloso de la entidad demandada, causal de anulación prevista en el artículo 221 inciso 2 del Código Civil. La actuación dolosa ha consistido en el ocultamiento engañoso de información relevante sobre la verdadera situación patrimonial del entonces Banco Wiese Limitado. -----

DÉCIMO OCTAVO.- El error puede ser espontáneo o provocado. Al error espontáneo (en la voluntad o en la declaración) se le conoce simplemente como error. Cuando es

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

provocado se llama dolo, que en sede de vicios de voluntad es sinónimo de engaño. El engaño consiste en la acción u omisión por la cual una persona hace creer a otra algo que no se ajusta a la verdad. -----

DÉCIMO NOVENO.- A decir de Lohmann Luca De Tena: *"El dolo puede ser definido como la conducta de alguien ajeno al declarante que causa un error en éste mediante artificios, astucias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o a su celebración de una manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho del contratante. No necesariamente tiene que haber propósito de causar perjuicio, ni conciencia de causarlo, que de existir podrían tipificar además dolo penal"*¹⁵. Para Francesco Galgano: *"El dolo consiste en el engaño que realizado por una de las partes (o inclusive por un tercero), induce a la otra en error (sobre la naturaleza del negocio, sobre el objeto del mismo, sobre la identidad o cualidad de la otra parte o en general, sobre cualquier "aspecto" negocial), determinando que la voluntad de esta última se forme de manera anómala"*¹⁶. Para Ugo Carnevali: *"El dolo puede ser comisivo u omisivo. Es comisivo cuando una de las partes (o un tercero), urdiendo una artimaña o estratagema, altera la realidad con el fin específico de inducir a la otra en error. Por su parte, es omisivo cuando una de las partes (o un tercero), violando el deber de lealtad y corrección que impera en la etapa de las tratativas, oculta intencionalmente cierta información que la otra tendría que conocer para decidir si concluye o no el negocio"*¹⁷. -----

VIGÉSIMO.- A diferencia del error, que debe ser esencial y cognoscible, el dolo realizado por una de las partes únicamente requiere ser determinante para dar lugar a la anulación del negocio. Se entiende que el dolo es determinante (de la voluntad) cuando de acuerdo con la apreciación general y en función de las circunstancias del caso resulta verosímil que sin el engaño la parte afectada por el mismo no habría concluido el negocio. -----

VIGÉSIMO PRIMERO.- Asimismo, el artículo 212 del Código Civil establece que: *"La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa"*; norma que se encuentra íntimamente relacionada con la contenida en el artículo 210 del mismo

¹⁵ Lohmann Luca De Tena, Guillermo: "Código Civil Comentado". Gaceta Jurídica.

¹⁶ Galgano, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Traducido por Francisco P. Bias Gasco y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

¹⁷ Carnevali, Ugo: "I Vizi del Consenso". Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

cuerpo de leyes. De ello podemos concluir que si bien es cierto pueden existir obligaciones legales de no guardar silencio, también es cierto que hay obligación de no actuar de mala fe y que el ordenamiento jurídico del negocio está afincado en un deber de lealtad y de seriedad que excluye toda conducta perniciosa hacia el declarante. Estos principios derivados de elemental moral social, de honestidad y debida diligencia, de cuya tutela el derecho no puede abdicar, inspiran toda la concepción del negocio y especialmente de los contratos. Pero aparte de lo dicho, no solamente el silencio es entendido como no sacar a la parte de su error, sino también es dolo omisivo aquel silencio que tiene como intención hacer que el otro caiga en el error, por no informarle de aquellos hechos o circunstancias que la víctima no tenía manera de enterarse por sus propios medios. Más aun, si el informe elaborado por KPMG Caipo y Asociados que obra a folio veinticuatro, ha sido elaborado para el propio Banco Wiese Limitado, de lo que se puede colegir que éste tenía pleno conocimiento de su real situación financiera. -----

VIGÉSIMO SEGUNDO.- La sentencia de Casación número 2566-98 refiere que: *"Debe considerarse que el dolo en materia civil implica maquinación o artificio para engañar a otro (...)"*; de lo expuesto en la sentencia citada lo que podemos inferir es la presencia del engaño, dicha maquinación para engañar la observamos en el presente caso, al haberse dejado de informar la real situación financiera del Banco demandado. Por otro lado, la sentencia de Casación número 1793-98 indica que: *"Es anulable el acto jurídico por el vicio resultante de error cuando el vendedor aparenta tener la condición de propietario de un bien"*; de ello podemos colegir que la relación con el caso de autos se encuentra en la apariencia, esto es, la entidad demandada brinda una información en la que aparentemente su situación financiera es buena, esto es, da una imagen que no es la real, aparenta ser algo que no es; o estar en una situación en la que no está; y por ello concluye la sentencia de casación citada, el acto jurídico que resulta del error en el que se incurre por tal apariencia es anulable; tal como ocurre en el caso que nos ocupa. -----

VIGÉSIMO TERCERO.- El presente caso es un claro ejemplo de dolo por omisión, en la medida que el hecho que la entidad demandada no informara de manera veraz su real situación financiera, hizo que el demandante incurra en error al adquirir acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de ADR's por un monto aproximado de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00), adquisición que se celebró por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa -Wiese SAB, en Lima

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

– Perú. El demandante no tuvo forma de enterarse por sus propios medios de la verdadera situación financiera de la entidad demandada, ya que de acuerdo a las normas de la Ley de Mercado de Valores, es obligación de las entidades financieras, brindar información de calidad, lo que supone sin lugar a dudas, una información veraz. La diligencia exigida al demandante, en este caso, se agota en la revisión de los estados financieros que la propia entidad emite; no siéndole exigible ir más allá de ello, pues de no ser así, el tráfico comercial sería casi intransitable. Asimismo, sin la actuación omisiva dolosa de la demandada es lógico concluir que el demandante no hubiera suscrito el contrato de compraventa de acciones mediante el sistema de ADR's. -----

VIGÉSIMO CUARTO.- El error en el que incurrió el actor para la celebración del acto jurídico que se pretende anular ha sido provocado por la falsa información brindada por la entidad demandada; el engaño que entraña la omisión dolosa de información ha sido de tal magnitud e intensidad que su incidencia en la celebración del acto jurídico es determinante, ya que sin esa información (dada por el Banco emplazado), la compraventa no se habría realizado. Ello vulnera además, lo prescrito en el artículo 1362 del Código Civil, el cual determina que: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*. La negociación de dicho acto jurídico de compraventa ha partido de una falsa información, lo que quebranta el principio de buena fe que debe imperar, por lo que corresponde declararse su ineficacia. -----

VIGÉSIMO QUINTO.- En autos se encuentra corroborada la real situación financiera de la entidad financiera demandada con diversos informes económicos presentados por la parte demandante y que no han sido tachados por la demandada; uno de ellos es el emitido por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores a folio ciento doce, el mismo que en una de sus conclusiones (financiera) determina que el Banco Wiese Limitado ha transgredido los principios de transparencia e integridad, cuyo objetivo es que el inversionista reciba la información necesaria para adoptar su decisión de inversión en forma veraz, suficiente y oportuna, carente de elementos que le impidan apreciar, entre otros aspectos, los riesgos derivados de las operaciones que realizan, asunto de indudable trascendencia económica y social que se relaciona con la eficiente asignación de recursos en la economía y con la ineludible obligación del Estado de asegurar las condiciones mínimas para el eficiente funcionamiento del mercado. De ello se advierte que al no brindar la información veraz, transparente y

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

suficiente, importa un comportamiento doloso de la entidad demandada que alentó la celebración del contrato de compraventa, mediante el sistema de ADR's, de acciones del Banco demandado; lo que *a posteriori* ha causado un grave perjuicio económico al demandante, toda vez que el real estado financiero de la demandada (de pérdida) ha ocasionado la baja en la cotización de las acciones adquiridas; y el consiguiente daño al patrimonio del actor. -----

VIGÉSIMO SEXTO.- En efecto dicha baja se produce drásticamente luego de la fusión del Banco Wiese Limitado con el Banco de Lima Sudameris, debido al sinceramiento de sus estados financieros producto de dicha fusión, es ahí donde se conoce su real condición; ello se corrobora con el punto II del Informe Saavedra Leveau (folios ciento treinta y ciento treinta y ocho), en el que se aprecia la evolución de las cotizaciones de los ADR's peruanos en la Bolsa de Nueva York, debiéndose advertir la marcada diferencia entre las cotizaciones de la entidad demandada y las demás empresas peruanas, lo que se debe entender porque en el año mil novecientos noventa y nueve (año de la fusión), los interesados en la adquisición de ADR's peruanos han tomado conocimiento de las divergencias entre la información proporcionada al público e instituciones pertinentes, con la realidad al interior del Banco (estado de pérdida). -----

VIGÉSIMO SÉTIMO.- Que, de la revisión de los autos se advierte que la Sala Superior no ha aplicado las normas contenidas en los artículos 10, 11, 12 inciso b) y 28 del Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, ni sus concordancias y alcances; lo que determina además la infracción de lo dispuesto en el artículo 221 inciso 2 del Código Civil; las citadas normas sobre mercado de valores determinan concretamente las obligaciones de las entidades financieras en lo que respecta a la calidad de la información, la publicidad, la transparencia de las operaciones y la obligación de informar sobre hechos relevantes e importantes en relación a la emisión, colocación o intermediación de valores y cualquier otra actividad que se realice en el mercado de valores. -----

VIGÉSIMO OCTAVO.- Es así que la vulneración del artículo 10 de la citada ley se ha acreditado en la medida que la información brindada por la entidad demandada no fue veraz, ya que dolosamente se ocultó sus reales estados financieros, esto es, el evidente estado de pérdida que se haría manifiesto al momento de la fusión con el Grupo Sudameris. La información tampoco fue suficiente ni oportuna porque las noticias proporcionadas acerca de la situación financiera de la demandada han sido

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 5029-2010

LIMA

ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO

parciales y maquilladas en la medida que al aparente estado de bonanza financiera sigue un casi inmediato descalabro patrimonial que a todas luces pone de manifiesto una situación de pérdida que trató de ser encubierta de manera fraudulenta y engañosa. Esta información a la luz del artículo 11 del Decreto Legislativo número 861 evidentemente indujo a error al demandante, pues la celebración del acto jurídico de compraventa cuya anulabilidad se solicita se hizo en la creencia errada, producto de una información tergiversada y parcial, que el Banco demandado atravesaba por una situación económica que no representaba mayor riesgo para su inversión de valores en bolsa. -----

VIGÉSIMO NOVENO.- Es más, la Ley de Mercado de Valores, en su artículo 12 inciso b), prohíbe taxativamente que se efectúen transacciones o se induzca a la compra o venta de valores por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento. En este caso, se indujo al actor a la compra de los valores, presentando la entidad demandada una situación financiera inexacta, ocultando el estado real de su patrimonio. -----

TRIGÉSIMO.- En ese sentido, los hechos se subsumen en los supuestos de las normas antes mencionadas, en la medida que la información que se expuso por parte de la entidad demandada no ha sido veraz, suficiente ni oportuna; además, la publicidad emitida por la demandada relativa a la emisión, colocación o intermediación de valores y cualquier otra actividad que se realice en el mercado de valores, indujo al demandante a confusión o error; pues el Banco Wiese Limitado, comunicó a la Superintendencia de Mercado de Valores -CONASEV, los estados financieros de los años mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, los mismos que reflejaban una situación patrimonial estable, lo que no se condice de ninguna forma con la situación de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, pues se ha demostrado una gran diferencia de patrimonio, entre los años mencionados (insolvencia patrimonial), lo que se acredita con los Informes números uno y dos, de Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores obrante a folio ciento diez; además del Informe elaborado por KPMG Caipo y Asociados, referido al Dictamen de Auditoría de los Estados Financieros del Banco Wiese Limitado, al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (obran a folio veinticuatro); y el Informe elaborado por Hansen-Holm, Alonso & Co., referido al Dictamen de Auditoría de los Estados Financieros del Banco Wiese Sudameris al treinta y uno de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

diciembre de mil novecientos noventa y nueve; además de las publicaciones periodísticas aportadas al presente caso y que obran a folios ciento cincuenta y seis a ciento sesenta y dos, y a folios trescientos ochenta y cinco y trescientos ochenta y seis. En consecuencia, la real situación de la entidad demandada no ha sido divulgada conforme a lo establecido en el artículo 28 del Decreto Legislativo número 861, vulnerándose además los artículos 10, 11 y 12 inciso b) del citado cuerpo de leyes. -----

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Todo ello, conlleva a determinar la configuración de la causal de anulabilidad contenida en el artículo 221 inciso 2 del Código Civil, debido a la actuación dolosa de ocultamiento de la verdadera situación financiera de la entidad demandada, lo que conllevó a que el actor celebre el acto jurídico de compraventa de valores de fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve con la entidad demandada respecto de las acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de ADR's; asimismo, de haberse divulgado la verdadera situación de la demandada, la consecuencia sería que el demandante no hubiera celebrado el aludido acto jurídico; lo que a la larga le ha ocasionado un perjuicio patrimonial que deberá ser resarcido por la emplazada. -----

Por tales consideraciones y estando a la facultad conferida por el artículo 397 del Código Procesal Civil, **NUESTRO VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación de folio mil cincuenta, interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella; en consecuencia **SE CASE** la sentencia recurrida de folio novecientos cuarenta y uno, su fecha diecinueve de julio de dos mil diez que revoca la apelada y reformándola declara infundada la demanda; y **actuando en sede de instancia: SE CONFIRME** la apelada que declaró **fundada** la pretensión principal de nulidad del acto jurídico de compra de acciones del Banco demandado, efectuada con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo del demandante, por un valor total de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) y, en consecuencia **nulo** y sin efecto alguno dicho acto jurídico a partir del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, debiendo cumplir el Banco demandado con devolverle al demandante la cantidad de ciento setenta y tres mil trescientos nueve dólares americanos con noventa y seis centavos (US\$.173,309.96), más intereses legales devengados a partir de la fecha antes mencionada, así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo que se ordenó por sentencia; y, asimismo, **fundada en parte** la pretensión accesoria de pago

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

de daños y perjuicios, y en consecuencia, ordena que el Banco demandado le pague al demandante la suma de nueve millones quinientos veintitrés mil quinientos noventa y cinco dólares americanos con veinte centavos (US\$.9'523,595.20) por concepto de daños y perjuicios, y la cantidad de ciento veinte mil dólares americanos (US\$.120,000.00) por el daño moral ocasionado; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, sobre Anulabilidad de Acto Jurídico y otro; y se devuelva. Ponente Señor Ponce De Mier, Juez Supremo.-

S.S.

PONCE DE MIER

CALDERÓN CASTILLO

Dra. ~~Carmen Rosa Champac Cabezas~~
Secretaria(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

16 OCT 2014

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA ARANDA RODRÍGUEZ ES COMO SIGUE: =====

MATERIA DEL RECURSO: Se trata en el presente caso del recurso de casación interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra la resolución de vista número cuatro, de fecha diecinueve de julio de dos mil diez, a folios novecientos cuarenta y uno, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la resolución apelada de fecha treinta de octubre de dos mil nueve, a folios seiscientos setenta y cinco, la cual declara fundada la demanda y reformándola la declara infundada; en los seguidos por Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, sobre Anulabilidad de Acto Jurídico. -----

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución a folios ciento treinta y dos del cuadernillo de casación, de fecha diez de noviembre de dos mil once, se ha declarado procedente el recurso de casación propuesto por la parte demandante, al haber cumplido los requisitos de procedencia previstos en el artículo 388 del Código Procesal Civil modificado por la Ley número 29364, por la causal de infracción normativa, denunciando lo siguiente: **1) Infracción normativa procesal de los artículos I, III, VII del Título Preliminar y artículo 197 del Código Procesal Civil**, señalando que la Sala Superior ha tergiversado el real sentido de los documentos de folios veinticuatro y

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

setenta y dos obrantes en autos, al determinar administrativa y contablemente válida la rectificación de los estados financieros más de nueve meses después que los hechos fueron de conocimiento público, con lo cual los directivos del Banco demandado no cumplieron con hacer de conocimiento en forma oportuna la situación real del Banco; precisa que en el vigésimo octavo considerando de la sentencia de vista se ha considerado que la carta de folios setenta y dos firmada por Luis Cortavarría Checkley como socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. establece que en las notas uno y veinticinco de los estados financieros la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS autorizó en mil novecientos noventa y nueve al Banco Wiese Sudameris Sociedad Anónima Abierta a constituir provisiones con cargo a cuentas patrimoniales para cubrir riesgos de incobrabilidad de colocaciones y de fluctuaciones de valores por un valor de S/.1,075,719 millones, lo cual fue aprobado por la Junta General de Accionistas del Banco demandado con fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve, y aprobado por Resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS número 1037-99, a folios setenta y ocho; sin embargo, debe recordarse que la compra de acciones por parte del recurrente se produjo en enero de mil novecientos noventa y nueve, cuando el Banco tenía una cartera incobrable de -S/.182,255 miles, estableciendo lo mismo en el vigésimo octavo considerando de la sentencia de vista, en la cual se valora la carta de folios veinticuatro, firmada por Wilfredo Rubiños en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados, donde se afirma que el Banco con la autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS, en mil novecientos noventa y ocho disminuyó su capital social por miles de nuevos soles 134,119 y una prima de emisión por miles de nuevos soles 20,512 mediante un aporte de capital efectivo, realizando igualmente con autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS la revaluación voluntaria resultando un excedente de revaluación por miles de nuevos soles 120,551; sin embargo, la Sala Superior no ha tomado en cuenta que estas auditorías han sido efectuadas por encargo de la demandada, por lo que son documentos de parte, además a través de estos documentos no se podía conocer que el Banco tendría que "regularizar" provisiones (entendiéndose proyectar pérdidas) en octubre de mil novecientos noventa y nueve, por un valor de S/.1,075,719 millones, esto es seis veces más. Refiere también que en la sentencia de vista se señala que

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

ninguna entidad estatal de Perú o de los Estados Unidos de Norteamérica realizó reparo alguno a las operaciones de venta de acciones por la modalidad de ADR's del Banco demandado; sin embargo esta circunstancia no exonera a los directivos del mismo por el dolo imputado y probado, más aun cuando estos hechos no son materia del presente proceso, con lo cual se infringe el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, vulnerándose con ello el derecho a probar del recurrente, toda vez que la Sala Superior no ha realizado una valoración conjunta y razonada de las pruebas, lo que de haberse producido hubiera determinado que el dolo, producto de la información engañosa y adulteración de los estados financieros, está probado, como se desprende de los siguientes documentos: **a)** A folios veintiséis, obra el Estado de Ganancias y Pérdidas del Banco demandado al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, publicado en la prensa, en el cual se establece que la Provisión de colocaciones dudosas es de miles de nuevos soles (-182,255); y, a folios veintisiete se encuentra el Balance General del Banco Wiese Sudameris Sociedad Anónima Abierta al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, respectivamente, en el cual se aprecia el patrimonio del Banco en miles de nuevos soles 764,466 y 846,782, respectivamente; siendo esta última información por la que el recurrente decidió comprar las acciones de la entidad financiera demandada; **b)** A folios veinticuatro y veinticinco, corre la Carta suscrita por Wilfredo Rubiños V. socio de la empresa auditora KPMG Caipo y Asociados, entidad contratada por el Banco demandado para auditar sus estados financieros, donde se estableció que el Banco disminuyó su capital en miles de nuevos soles 134,119 para constituir provisiones de colocaciones de cobranza dudosa; sin embargo, esta cifra constituye una pérdida cubierta simultáneamente por un aumento de capital de miles de nuevos soles 136,138, evitando así una caída en el balance final del año y la consecuente fuga de inversionistas y público en general, razonamiento que no es tomado en cuenta por la Sala Superior; **c)** A folios veintisiete, se aprecia que el patrimonio del Banco era de S/.846'782,000.00 al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, importe que incluye el aumento de capital de S/.136'138,000.00 luego de la fusión con el Banco Lima Sudameris Sociedad Anónima Abierta, el nuevo Banco Wiese Sudameris Sociedad Anónima Abierta contaba con un valor patrimonial declarado de S/.1,162'114,000.00 según folios setenta y cuatro, debiendo descontarse de este patrimonio final lo aportado por el Banco de Lima Sudameris y lo aportado por el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

Estado mediante Decreto de Urgencia número 034-99, con lo cual se demuestra que el Banco Wiese Sudameris Sociedad Anónima Abierta mantenía un balance con patrimonio negativo, lo que significa que estaba quebrado; **d)** A folios setenta y dos se aprecia la Carta firmada por Luis Cortavarría Checkley en condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co., quien señala que la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS autorizó al Banco provisiones por S/.1,075,719 millones, materializándose la misma con fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve, conforme se aprecia de la Nota número uno de los Estados Financieros de folios setenta y ocho, incrementando en miles de nuevos soles (-1,075,719) las provisiones existentes de (-182,255) miles de nuevos soles, acreditándose así este descomunal incremento de casi siete veces en las provisiones para créditos no cobrables en un lapso de nueve meses y diecinueve días, con lo cual se establece que los estados financieros publicitados no reflejaban la realidad de la situación contable y financiera del Banco; **e)** Los estados financieros del Banco demandado publicitados los años mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, no reflejaban la realidad, más aun cuando después de la fusión se acreditó un estado de quiebra del Banco; **f)** A folios noventa y nueve y cien, páginas veintidós y veintitrés de las Notas de los Estados Financieros auditados por Hansen-Holm & Alonso & Co., por las que dan cuenta de las dos operaciones de titulación de cartera, que el nuevo Banco celebró como Wiese Sociedad Tituladora Sociedad Anónima, en junio y setiembre de mil novecientos noventa y nueve, lo que motivó la transferencia de "activos" del ex Banco Wiese Sudameris Sociedad Anónima Cerrada, acreditándose la existencia de deudas incobrables correspondientes en un noventa y seis por ciento (96%) a carteras e intereses y comisiones por un valor de US\$.1'033,785 miles y S/.334,070 miles, no apareciendo tampoco estos datos en los estados financieros publicitados por el Banco, restándoles la Sala Superior credibilidad y capacidad para crear convicción al informe elaborado por la Sociedad Auditora Saavedra Leveau & Asociados, inaplicando el principio de valoración conjunta de las pruebas, no obstante las conclusiones del referido informe, sustentadas en los documentos de folios veintiséis, veintisiete, veintiocho, setenta y cuatro, setenta y cinco y setenta y seis obrantes en autos, respecto a la verdadera situación económica del Banco demandado, quiebra, al momento de ofertar las acciones adquiridas por el recurrente; **2) Infracción normativa material de los artículos 10, 11, inciso b) del artículo 12 y 28 del Decreto**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

Legislativo número 861 de la Ley del Mercado de Valores, precisando que las normas denunciadas regulan el mercado de valores y establecen que toda información debe ser puesta en conocimiento de las entidades descentralizadas y de los inversionistas de manera veraz, suficiente y oportuna, encontrándose proscrito todo acto que atente contra la integridad y transparencia del mercado, como inducir a la compra de acciones por medio de mecanismos engañosos y fraudulentos, y que la emisión de valores genera la obligación de divulgar los hechos importantes en forma veraz, suficiente y oportuna tan pronto como el hecho ocurra; en ese sentido, en el presente proceso se encuentra acreditado que el Banco demandado no cumplió con hacer de conocimiento público, y en particular de los inversionistas, en forma oportuna y veraz la gravísima situación económica y financiera por la que venía atravesando, configurándose así el dolo invocado como causal de anulabilidad de la presente demanda, situación que de haberse comunicado, no habría ocasionado que el recurrente decidiera y dispusiera la compra de acciones de la demandada que se cotizaban en la Bolsa de Valores de Nueva York vía ADR's a través de la Sociedad Agente de Bolsa de propiedad del mismo Grupo Económico del Banco demandado; precisa que la entidad demandada ocultó dolosamente su verdadera situación financiera, determinando este hecho que las acciones del Banco ofertadas en la Bolsa de Lima y las ofertadas vía ADR's en la Bolsa de Nueva York se mantengan con valores estables, y fue recién cuando se revisaron los estados financieros del Banco tras su fusión con el Banco de Lima Sudameris Sociedad Anónima Cerrada que se comprueba la desastrosa situación económica del Banco demandado, momento en que se desplomaron las acciones de éste, más aun cuando antes de la fusión los directivos y ejecutivos de los Bancos involucrados en la fusión, pregonaban una auspiciosa situación financiera de las instituciones, conociéndose recién tras la compra de las acciones realizadas por el recurrente que los balances y estados financieros de la demandada habían sido manipulados. -----

FUNDAMENTOS: PRIMERO.- En el presente recurso de casación se han denunciado causales de infracción normativa procesal y material, en consecuencia corresponderá analizar en primer lugar la infracción normativa procesal denunciada, dado que de ser amparada ésta, no se procederá a analizar la infracción material denunciada. -----

SEGUNDO.- Examinado el presente proceso para determinar si se ha configurado la infracción normativa procesal en los términos denunciados, es del caso efectuar las siguientes precisiones: **1.-** La demanda interpuesta por Carlos Eugenio José Lizier

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

Gardella tiene como pretensión principal la Anulabilidad del Contrato de Compra Venta de acciones celebrado con el Banco demandado, mediante el sistema de ADR's por un monto aproximado de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00), que se habría celebrado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa – Wiese SAB, en Lima – Perú; y como pretensión accesoria solicita el pago de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00), por concepto de daños y perjuicios causados, derivados del acto jurídico anulable, correspondiente al daño emergente, lucro cesante y daño moral, más el pago de las costas y costos del proceso. Sostiene la parte demandante que el acto jurídico adolecería de un vicio en la manifestación de voluntad por dolo contractual imputable exclusivamente a la parte demandada, debido a que éste habría ocultado dolosamente información sobre la verdadera situación patrimonial del Banco. Señala que las acciones del Banco Wiese Limitado, fueron ofertadas bajo el sistema de ADR's en el Nivel III y que el demandante invirtió aproximadamente ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, a través de la Sociedad Agente de Bolsa del propio Banco Wiese Limitado. Anota que el referido Banco fue la primera empresa peruana en acceder a programas de emisión de ADR's, cotizando sus valores en los Estados Unidos de Norteamérica, el veinte de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, específicamente, 2'369,752 ADR's Nivel III, representativos de 11'104,718 acciones, donde cada ADR's representa cuatro (04) acciones ordinarias primarias del Banco Wiese Limitado. Precisa que adquirió estos valores de buena fe y por el sustento de información sobre el comportamiento de los Estados Financieros disponibles de los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y siete y, el primer semestre de mil novecientos noventa y ocho, pero que los resultados finales de mil novecientos noventa y ocho se conocieron en marzo de mil novecientos noventa y nueve. En ese sentido, el Banco Wiese Limitado había puesto en conocimiento de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS, así como en los medios de prensa escrita, estados financieros que reflejaban una situación patrimonial de emisor estable, con una leve tendencia a la baja, pero sin mayores discrepancias entre los Estados Financieros de los indicados años; pero ello quedó posteriormente desvirtuado, porque contenían información adulterada sobre la situación patrimonial del Banco, que permitieron sobrevaluar los valores mobiliarios consistentes en acciones

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

representadas por ADR's, conforme se pudo conocer posteriormente, en la oportunidad en que se produjo la fusión con el Banco Sudameris Sociedad Anónima Abierta, estableciéndose que no era cierta la situación patrimonial que constaba en los Balances antes señalados; se había ocultado la verdadera situación, dado que los ejercicios económicos de los años mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis, mil novecientos noventa y siete, y en especial de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve habían sido dolosamente manipulados. Refiere que esta conducta dolosa por parte del Banco demandado le ha ocasionado una pérdida económica por concepto de lucro cesante, daño emergente y daño moral, por un monto de quince millones de dólares americanos (US\$.15'000,000.00), que considera debe abonarle la parte demandada como resarcimiento por los perjuicios irrogados, por cuanto la inversión en los Certificados ADR's le debía reeditar una utilidad del sesenta y cinco por ciento (65%), la cual se emplearía para garantizar un Proyecto Hidrocarburífero que se frustró, porque la inversión produjo pérdidas; 2.- Por resolución de fecha treinta de octubre de dos mil nueve, a folios seiscientos setenta y cinco, el Juez de la causa declaró fundada la pretensión principal de Anulabilidad del Acto Jurídico de Compra Venta de acciones del Banco demandado, efectuada con fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve por la Sociedad Agente de Bolsa Wiese por encargo de la parte demandante, por un valor de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00) y, en consecuencia declaró nulo y sin efecto alguno dicho acto jurídico a partir del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, debiendo cumplir el Banco demandado con devolverle a la parte demandante la suma de ciento setenta y tres mil trescientos nueve dólares americanos con noventa y seis centavos (US\$.173,309.96), más intereses legales devengados a partir de la fecha antes señalada, así como los que se devenguen hasta la fecha del pago efectivo que se ordenó por la sentencia; y adicionalmente se declaró fundada en parte la pretensión accesoría de indemnización y en consecuencia, ordenó que el Banco demandado pague al demandante la suma de nueve millones quinientos veintitrés mil quinientos noventa y cinco dólares americanos con veinte centavos (US\$.9'523,595.20) por concepto de daños y perjuicios, y la cantidad de ciento veinte mil dólares americanos (US\$.120,000.00) por el daño moral ocasionado, sustentándose esencialmente su decisión en la existencia de dolo cometido por parte del Banco, el cual consistió en la no presentación de su verdadera situación financiera patrimonial en sus Estados Financieros

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

correspondientes a los ejercicios económicos de los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y ocho, propiciando con ello la decisión del demandante para invertir en la adquisición de los Wiese ADR's, lo cual estuvo determinado por la información inexacta proporcionada por la emplazada, aunado a una legítima expectativa de lograr una rentabilidad en su inversión; y, **3.-** Mediante resolución de fecha diecinueve de julio de dos mil diez, a folios novecientos cuarenta y uno, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocó la resolución apelada de fecha treinta de octubre de dos mil nueve, la cual declara fundada la demanda y reformándola la declara infundada en todos sus extremos, precisando lo siguiente: **i)** No se ha acreditado en autos que la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS o cualquier otra entidad nacional o norteamericana (en este caso por haberse cotizado los ADR's en la Bolsa de Valores de Nueva York) hayan formulado reparos a los Estados Financieros del Banco Wiese Limitado, o del Banco Wiese Sudameris Sociedad Anónima Abierta, o que éstas hayan iniciado un proceso sancionador en contra de dicha entidad bancaria por manipulación o alteración de sus Estados Financieros. Asimismo las dos comunicaciones consistentes en la carta de folios setenta y dos firmada por Luis Cortavarria Checkley en su condición de socio de la firma Hansen-Holm, Alonso & Co. y la carta de folios veinticuatro firmada por Wilfredo Rubiños V., en su condición de socio de KPMG Caipo y Asociados, coinciden en señalar en términos más o menos similares, que los Estados Financieros auditados por ellos, presentan razonablemente en todos sus aspectos significativos, la situación financiera del Banco Wiese Sudameris antes Banco Wiese Limitado. Siendo ello así, estos medios probatorios, ofrecidos por la parte demandante no logran probar la existencia del dolo alegado por ésta, en la manipulación de los Estados Financieros del Banco demandado; adicionalmente, el informe número I del Trabajo Especial e Informe número II de información complementaria al Trabajo Especial de los ADR's del Banco Wiese Limitado, elaborado por la empresa Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores, al ser un informe de parte tampoco demuestra fehacientemente la presencia y/o existencia de dolo; **ii)** Asimismo expresa la Sala revisora, que ante la falta de probanza del dolo, quedaría únicamente la probanza del error como vicio de la voluntad para la "Anulabilidad del Acto", y en el caso materia de autos el supuesto error del actor, estaría referido a que éste adquirió los Wiese ADR's con la idea que estaba realizando una inversión, con la cual necesariamente se le reeditarían

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

beneficios económicos; conforme lo señala el Juez en el considerando Décimo Quinto, el Informe número I del Trabajo Especial y el Informe número II de Información Complementaria al Trabajo de los ADR's del Banco Wiese Limitado (elaborado por Saavedra Leveau & Asociados Auditores Consultores) de folios ciento nueve, ofrecido como medio probatorio por la parte demandante, se evidencia que los Wiese ADR's sufrieron una evolución negativa a lo largo del tiempo en su cotización en la Bolsa de Valores de Nueva York (New York Stock Exchange-NYSE), por lo que el demandante tenía conocimiento que los Wiese ADR's que adquiría, tenían una cotización con tendencia a la baja, y a pesar de ello procedió a invertir en su adquisición, asumiendo voluntaria y expresamente, el riesgo que implica una inversión de este tipo, la cual es mayor aun en el caso de los Wiese ADR's que se cotizaban no en la Bolsa de Valores de Lima sino en una Bolsa de Valores de los Estados Unidos de Norteamérica, por lo que siendo el mercado de valores uno de inversión y como tal especulativo, estando por ende expuesto a las fluctuaciones, que pueden corresponder a factores propios (internos) o exógenos, y que por ende su afectación puede ir en beneficio de la inversión realizada o en su detrimento; razón por la cual se advierte que la parte demandante no ha tenido error alguno en la adquisición de los Wiese ADR's materia del presente proceso; y, **iii)** Concluye el Superior jerárquico que al no probar el actor la existencia de vicio que hubiere afectado su voluntad en la adquisición de los Wiese ADR's materia del presente proceso, no resulta procedente ordenar el pago de monto indemnizatorio alguno a su favor, razón por la cual el Colegiado se abstiene de pronunciarse sobre los elementos y requisitos configuradores de la responsabilidad civil que alega el Banco demandado como parte del fundamento de la cuarta pretensión impugnatoria subordinada. -----

TERCERO.- El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado establece que: *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...), lo cual tiene su desarrollo legislativo en el inciso I del Título Preliminar del Código Procesal Civil de mil novecientos noventa y tres, el cual anota que: Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.* -----

CUARTO.- Sobre el particular, cabe precisar que uno de los contenidos del debido proceso es el derecho a probar, que constituye a la vez un derecho complejo; toda vez

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

que dentro del mismo se encuentran los derechos de ofrecimiento de pruebas, de admisión de las mismas, así como de su actuación y valoración conjunta. -----

QUINTO.- El artículo 197 del Código Procesal Civil precisa que: *Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.* En ese sentido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número quince de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 6712-2005-HC/TC ha establecido que *existe un derecho constitucional a probar (...) la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (...).* -----

SEXTO.- Conforme se ha señalado precedentemente, el sistema de valoración de pruebas que rige en el sistema procesal peruano es el de la valoración conjunta de los medios probatorios, en base a la apreciación razonada de los mismos. -----

SÉTIMO.- Es pertinente referir que en el presente proceso, la sentencia de vista ha realizado una valoración deficiente en cuanto a la pretensión principal de Anulabilidad del Contrato de Compra Venta de acciones del Banco Wiese Limitado, mediante el sistema de ADR's por un monto aproximado de ciento ochenta mil dólares americanos (US\$.180,000.00), que se habría celebrado por intermedio de la empresa Wiese Sociedad Agente de Bolsa –Wiese SAB, en Lima, Perú; toda vez que corresponde determinar merituando en forma conjunta la prueba aportada, si la entidad financiera demandada informó o no de su real situación financiera a la parte demandante, y si como consecuencia de ello, el actor tomó la decisión de adquirir los valores antes precisados. -----

OCTAVO.- Adicionalmente, se destaca que la Sala revisora no ha advertido que el Juez de la causa ha omitido expresar las razones, fundamentos fácticos y jurídicos en que se ha basado para declarar fundada en parte la pretensión accesoria de indemnización, razón por la cual ha incumplido con la emisión de un pronunciamiento de mérito en base a la pretensión accesoria interpuesta; por ello corresponde al Juez de primera instancia analizar los elementos de la responsabilidad configuradores de la pretensión resarcitoria, los cuales son: **i)** daño, **ii)** relación de causalidad y **iii)** criterios de imputación. Sin perjuicio de lo antes señalado, corresponderá al Juez de primera instancia, fundamentar y cuantificar debidamente, el resarcimiento resultante por daño

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5029-2010
LIMA
ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO**

emergente, lucro cesante y daño moral, en caso considere que la indemnización propuesta merece amparo. -----

NOVENO.- En tal sentido, si bien el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil dispone que cuando se declare fundado el recurso de casación por infracción de una norma de derecho material, la resolución deberá revocarse, íntegra o parcialmente según corresponda, es decir, la Sala debe resolver la causa sin devolverla a la instancia inferior; sin embargo, el reenvío se impone en el caso de autos en virtud a la consideración expresada en el fundamento octavo de esta ponencia, en atención a que el examen de las pruebas es ajeno a la misión de la Corte de Casación, no siendo factible resolver el conflicto de intereses, sino que en atención al principio de la instancia plural consagrado por el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y en aplicación de lo dispuesto por los artículos 122 incisos 3 y 4, y 176 último párrafo del Código Procesal Civil, debe devolverse el proceso a la instancia inferior a fin que, previo a lo ordenado, emita nuevo fallo. Por tales consideraciones **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Carlos Eugenio José Lizier Gardella a folios mil cincuenta; en consecuencia nula la resolución de vista a folios novecientos cuarenta y uno, de fecha diecinueve de julio de dos mil diez, **NULA** la apelada de fecha treinta de octubre de dos mil nueve, a folios seiscientos setenta y cinco, en el extremo que declara fundada en parte la pretensión indemnizatoria; **SE ORDENE** que el Juez de la causa expida nueva resolución en atención a los fundamentos expuestos; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Carlos Eugenio José Lizier Gardella contra Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta, sobre Anulabilidad de Acto Jurídico y otro; y se devuelva.-

S.

ARANDA RODRÍGUEZ


Rosa Champac Cabezas
Secretaria(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema