



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Lima, doce de enero  
del año dos mil doce.-

**VISTOS;** con los expedientes acompañados; y de conformidad con lo opinado por la Señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Civil obrante a fojas noventa y nueve del presente cuadernillo de apelación; asimismo habiéndose dejado oportunamente el voto de los Señores Jueces Supremos Salas Villalobos y Álvarez López obrante a fojas trescientos veinte al trescientos treinta y seis del presente cuadernillo de apelación, los mismos no suscriben la presente; y de conformidad con los artículos ciento cuarenta y dos y ciento cuarenta y tres del texto único ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial, se deja constancia de los mismos para los fines pertinentes, de acuerdo a Ley; y,

**CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, vienen en grado: **i)** El Recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas, a fojas ciento veintiocho, contra el extremo de la Resolución número siete, de fojas ciento veintitrés, su fecha treinta de junio del año dos mil cuatro, que resuelve declarar infundada la excepción de Falta de Legitimidad para Obrar del Demandado; y **ii)** El Recurso de Apelación interpuesto por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, a fojas ciento treinta y seis, contra el extremo de la Resolución número siete, de fojas ciento veintitrés, su fecha treinta de junio del año dos mil cuatro, que resuelve declarar infundada la excepción de Falta de Legitimidad para Obrar del Demandante; **iii)** El Recurso de Apelación interpuesto por Julio Ernesto Dongo Aguirre a fojas doscientos seis contra la Resolución número dieciocho de fojas doscientos, su fecha siete de abril del año dos mil seis, que declara suspender el proceso y ordena que se incorpore a EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo; **iv)** Los Recursos de Apelación interpuestos por el litisconsorte necesario pasivo EFG Private Bank Sociedad Anónima a fojas quinientos setenta y uno y por el demandante Julio Ernesto Dongo Aguirre a fojas quinientos ochenta y nueve, contra la sentencia expedida mediante Resolución número cuarenta, su fecha veintiocho de agosto del año dos mil ocho, obrante a fojas cuatrocientos setenta y nueve que declara infundada la demanda.

**SEGUNDO.-** Que, respecto a las apelaciones referidas en los ítems **i)** y **ii)**, mediante escritos presentados por el Procurador Público Adjunto a cargo



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, con fechas veintidós de enero del año dos mil diez y cuatro de marzo del año dos mil diez, respectivamente con firmas legalizadas solicitaron el desistimiento de sus recursos de apelación interpuesto contra la resolución número cero siete de fecha treinta de junio del año dos mil cuatro que declaró infundadas las excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar del Demandado y de Falta de Legitimidad para Obrar del Demandante interpuestas, siendo que por resolución de fecha dieciséis de abril del año dos mil diez, que obra a fojas doscientos diez del cuaderno de apelación, esta Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, aprobó los desistimientos de los recursos de apelación interpuestos, quedando firme la resolución número cero siete de fecha treinta de junio del año dos mil cuatro, en consecuencia ya no corresponde pronunciarnos respecto a las apelaciones citadas. **TERCERO.-** Que, respecto a la apelación referida en el ítem iii), debe señalarse que conforme se advierte de autos, lo que pretende el demandante es que se le declare titular de los depósitos existentes en el Banco Nuevo Mundo en reemplazo de EFG Private Bank Sociedad Anónima, el mismo que no había sido emplazado en el presente proceso, en consecuencia, advirtiéndose que la decisión judicial a expedirse podría afectar al citado banco, por lo cual éste debe ser emplazado e incorporado en el proceso como efectivamente se realizó, a fin de que ejercite su derecho de defensa, motivo por el cual debe confirmarse la resolución número dieciocho de fecha siete de abril del año dos mil seis, que dispuso la suspensión al proceso y ordenó que se incorpore a EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo. **CUARTO.-** Que, en cuanto al fondo de los actuados se advierte que: **1)** Julio Ernesto Dongo Aguirre interpone demanda Contencioso Administrativa contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, solicitando se declare la nulidad e ineficacia del artículo primero de la Resolución SBS número cuatrocientos sesenta y nueve - dos mil tres, expedida el diez de abril del año dos mil tres, y que accesoriamente se disponga la reclasificación del orden de prelación del depósito que mantiene en el Banco del Nuevo Mundo en Liquidación; y se declare que es él y no el



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

EFG Private Bank Sociedad Anónima, el titular del referido depósito existente en el Banco Nuevo Mundo en Liquidación; **2)** En la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación, su fecha treinta de junio del año dos mil cuatro, se fijó como puntos controvertidos: **a)** Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del artículo primero de la Resolución SBS número cuatrocientos sesenta y nueve dos mil tres; **b)** Determinar se disponga la reclasificación del orden de prelación del depósito que se mantiene en el Banco Nuevo Mundo en Liquidación; **c)** Determinar si el demandante y no el EFG Private Bank Sociedad Anónima es el titular de los depósitos referidos existentes en el Banco Nuevo Mundo en Liquidación. **QUINTO.-** Que, la Sala Superior como fundamento de la sentencia mediante el cual se declara infundada la demanda interpuesta por Julio Ernesto Dongo Aguirre señaló: **1)** Que, el demandante afirma que el dinero fue entregado al Banco Nuevo Mundo, el que lo puso en cuenta del EFG Private Bank Sociedad Anónima, como consecuencia de ello el Banco Nuevo Mundo emitió pagarés a su favor y éstos son los Promissory Notes. Este es su sustento para haberse presentado ante la liquidación del Banco Nuevo Mundo afirmando tener la calidad de ahorrista por ser adquirente de instrumentos representativos de deuda emitidos por el Banco Nuevo Mundo. Estos instrumentos serían los Promissory Notes, esto es, los pagarés cuya titularidad invocan; **2)** Que, resulta pertinente dilucidar previamente lo referente a los Promissory Notes. De la prueba adjuntada por la parte accionante se evidencian una serie de misivas dirigidas por el EFG Private Bank Sociedad Anónima a la Superintendencia demandada en donde afirman que compraron a nombre del demandante Julio Ernesto Dongo Aguirre algunos pagarés emitidos por el Banco Nuevo Mundo, actuando en cada una de dichas ocasiones como agente intermediario y recibiendo la respectiva comisión. Se precisa que cada pagaré tenía un número de título valor individual y su emisión era por una cantidad específica. Sin embargo, resulta conveniente destacar que dichos pagarés no se encuentran sustentados en documento alguno, lo que significa que se tratarían de pagarés desmaterializados; **3)** Respecto a los valores desmaterializados, representados por anotaciones en cuenta, se tiene que los documentos mencionados, tampoco constituyen pagarés representados mediante anotaciones en cuenta, pues para su validez deben estar registrados



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

ante una institución de compensación y liquidación de valores; además, la Ley del Mercado de Valores peruana no contempla ningún título desmaterializado carente de inscripción en institución de compensación y liquidación de valores y además no se ha acreditado que la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones emplazada hubiere autorizado la emisión de pagarés desmaterializados sin inscripción en institución de compensación y liquidación de valores; **4)** En consecuencia, los citados pagarés desmaterializados no constituyen instrumentos representativos de deuda para el ordenamiento jurídico peruano, de ahí que no puede considerárseles como instrumentos financieros de captación de ahorro; **5)** Es de precisar además, que de la documentación obrante en autos no se evidencia que el demandante fuera el titular de los *Promissory Notes*, de ahí que no puede decirse que las operaciones aludidas fueran de cargo de él y no del EFG Private Bank Sociedad Anónima que es como figura en la contabilidad del Banco Nuevo Mundo en Liquidación. Por el contrario, es de verificarse que el Banco Nuevo Mundo y el EFG Private Bank Sociedad Anónima suscribieron un acuerdo marco denominado *Standard Text* número uno/noventa y ocho en virtud del cual el Banco Nuevo Mundo podía obtener créditos del EFG Private Bank Sociedad Anónima y podían realizarse operaciones de *Promissory Note* mediante un mensaje Swift, en el que se estipularían condiciones de cada operación. Siendo así que los *Promissory Notes* se emitieron en virtud del *standard text* número uno/noventa y ocho, en el cual no interviene el demandante, constituyen títulos electrónicos que contienen obligaciones de pago del Banco Nuevo Mundo a favor de EFG Private Bank Sociedad Anónima, situación que explica su ubicación en la clasificación "D", conforme lo detalla la resolución en cuestión; **6)** En virtud de lo expuesto, se puede concluir que las operaciones efectuadas por el demandante no pueden calificarse como ahorros para nuestro ordenamiento legal, puesto que fue un depósito voluntario que efectuó la parte accionante ante una institución extranjera como es el EFG Private Bank Sociedad Anónima, la que a su vez instruyó al EFG Capital International Corporation para que compre en su nombre y con cargo a la cuenta abierta del actor pagarés o *Promissory Notes* emitidos por el Banco Nuevo Mundo y conforme al *Standard Text* número uno/noventa y ocho, de ahí que tampoco se puede irrogar una titularidad como la demandada, siendo irrelevante para el caso



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

determinar si existía una representación o no del accionante de parte del EFG Private Bank Sociedad Anónima. **SEXTO.-** Que, respecto a la apelación de la citada sentencia de primera instancia, Julio Ernesto Dongo Aguirre en su recurso de fojas quinientos ochenta y nueve en síntesis sostiene: **i)** Se ha efectuado una interpretación inadecuada e ilegal de las normas sustantivas que regulan la garantía constitucional del ahorro, sino que resulta incongruente con lo expresado en las mismas y lo actuado en el proceso, si se tiene en cuenta que el artículo doscientos veintiuno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos faculta a las empresas del sistema financiero no sólo a emitir determinados instrumentos, sino también cualquier otros representativos de obligaciones, entre ellos, los títulos valores desmaterializados a que hace referencia el artículo segundo de la Ley número veintisiete mil doscientos ochenta y siete - Ley de Títulos Valores, siempre que sean de su propia emisión siendo obligación de las instituciones financieras el cumplimiento de los requisitos formales para su emisión, supuesto que resulta aplicable y en el supuesto negado de no ser considerados títulos representados mediante anotaciones en cuenta - por incumplimiento de formalidades que correspondían exclusivamente al banco emisor - no puede servir de justificación para privar a los mismos de la naturaleza jurídica de ahorros que se encuentra protegida por el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado; **ii)** Tal como se acreditó en el proceso administrativo y en los actuados, el verdadero titular de los fondos depositados en el BNM es el recurrente y no el EFG Private Bank Sociedad Anónima, tal cual lo ha ratificado esa misma entidad en este expediente. También ha demostrado que dichos depósitos constituyen ahorros protegidos por el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado y los artículos ciento diecisiete y ciento treinta y uno de la Ley de Bancos. El EFG Private Bank Sociedad Anónima nunca ha negado que los fondos eran de propiedad del recurrente; **iii)** El hecho que la contabilidad del Banco Nuevo Mundo el Liquidación no reflejase la realidad de las operaciones, no significa que ello sea prueba plena de su condición. **SÉPTIMO.-** Que, respecto al ahorro, el artículo ciento treinta y uno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos señala expresamente que el mismo "*está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los*



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

*depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley*". Ahora bien, el actor pretende se le considere como el verdadero acreedor de la operación de crédito contabilizada por el Banco del Nuevo Mundo en Liquidación con el EFG Private Bank Sociedad Anónima, para lo cual ha presentado como medios probatorios: (1) La declaración del EFG Capital International, (2) La certificación de la declaración efectuada por Jacques Levy Calvo – Ex Presidente Ejecutivo del Banco del Nuevo Mundo en Liquidación, que señala, corroboran su afirmación, con lo cual pretende que se le incluya dentro del supuesto de "adquisición de instrumentos representativos de deuda" al ser el verdadero titular de los Promissory Notes. **OCTAVO.-** Que, asimismo, en el artículo ciento diecisiete de la precitada Ley, referido a las medidas cautelares y prelación en el pago de las obligaciones de una empresa en liquidación, se establece que las obligaciones a cargo de una empresa del sistema financiero o de seguros **en proceso de liquidación serán pagadas en el siguiente orden:** **a)** Obligaciones de carácter laboral; **b)** El cumplimiento de la garantía del ahorro, este inciso prevé que "los recursos provenientes de la intermediación financiera captados en forma de depósito u otras modalidades previstas por la presente Ley, no atendidos con cargo al Fondo. De igual forma, la contribución realizada por el Fondo y los recursos utilizados para efectivizar la cobertura. Asimismo, los créditos de los asegurados, o en su caso de los beneficiarios. Igualmente, los créditos de los reasegurados frente a los reaseguradores o de estos últimos frente a los primeros"; **c)** Obligaciones de carácter tributario; y **d)** Otras obligaciones. **NOVENO.-** Que, los argumentos expuestos por el apelante Julio Ernesto Dongo Aguirre no enervan la decisión adoptada por la Sala Superior, pues no se logra acreditar que el EFG Private Bank Sociedad Anónima haya declarado **-de manera previa al proceso de liquidación-** ante el Banco Nuevo Mundo en Liquidación que las operaciones de compra de los *Promissory Notes* se efectuaban por cuenta y nombre del señor Julio Ernesto Dongo Aguirre, toda vez que de autos no se aprecia documento alguno que acredite este hecho y menos que el EFG Private Bank Sociedad Anónima actuara como representante del actor, y teniendo en cuenta que los medios probatorios citados en el sexto considerando son posteriores a la liquidación del Banco Nuevo Mundo en Liquidación, no resultan



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

amparables los argumentos de la apelación citados en el quinto considerando de la presente resolución, máxime, si de los registros contables del Banco Nuevo Mundo en Liquidación, que obra a fojas ciento noventa y uno se aprecia que es el EFG Private Bank Sociedad Anónima quien tiene la condición de acreedor del Banco Nuevo Mundo por "préstamos ordinarios no subordinados US\$ Corto Plazo", pretendiendo desvirtuar con los medios probatorios precitados los registros contables, en los que no se le reconoce la calidad de ahorrista, pues ello no fluye claramente de los actuados ni en sede administrativa ni en sede judicial. En consecuencia, el actor no ha desvirtuado las conclusiones arribadas por la Sala Superior, por lo que su recurso no cabe ser amparado.

**DÉCIMO.**- Que, si bien de la sentencia de vista se advierte que el Colegiado de la Sala Superior incurre en error al aplicar al caso sub *litis* los artículos primero y segundo de la Ley de Títulos Valores -Ley número veintisiete mil doscientos ochenta y siete- toda vez que conforme a la fecha en que ocurrieron los hechos correspondía la aplicación de la Ley número dieciséis mil quinientos ochenta y siete, no debe perderse de vista que esta norma no regulaba la figura de los valores desmaterializados representados por anotaciones en cuenta, asimismo, se debe precisar que este error no incide en el fondo de la decisión adoptada debido a que como se ha señalado en el considerando precedente, no fluye de los actuados en sede administrativa ni en sede judicial que el actor tenga la calidad de ahorrista, pues ello no se verifica de los libros contables del Banco Nuevo Mundo en Liquidación, máxime si la operación realizada entre el EFG Private Bank Sociedad Anónima y Julio Ernesto Dongo Aguirre no fue puesta en conocimiento del Banco Nuevo Mundo en Liquidación de manera previa a la liquidación.

**DÉCIMO PRIMERO.**- Que, respecto al recurso de apelación interpuesto por el EFG Bank Sociedad Anónima de fojas quinientos setenta y uno, el mismo que fuera concedido por la Sala Superior mediante resolución número cuarenta y tres, su fecha veintiséis de enero del año dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos uno, se debe señalar que el Colegiado Superior mediante resolución dieciocho de fojas doscientos, ordenó que se proceda a incorporar al EFG Private Bank Sociedad Anónima como **litisconsorte necesario pasivo**. En ese orden de ideas, con fecha catorce de diciembre del año dos mil seis, el EFG Private Bank Sociedad Anónima se apersonó al proceso y contestó la demanda, sin



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

efectuar cuestionamiento alguno a la calidad procesal que le fuera asignada, esto es la de **litisconsorte pasivo**. **DÉCIMO SEGUNDO**.- Que, conforme a lo expuesto, se aprecia con meridiana claridad que al ser incorporado al proceso el EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte pasivo, de conformidad con el artículo noventa y dos del Código Procesal Civil, litiga en forma conjunta como parte demandada de la presente relación procesal, por lo que en estricto, al haberse declarado mediante la sentencia de fojas cuatrocientos setenta y nueve **infundada la demanda**, no existe agravio, toda vez que como se ha señalado su calidad procesal es la de codemandado. **DÉCIMO TERCERO**.- Que, conforme señala SERRA DOMINGUEZ<sup>1</sup>, la nulidad absoluta se presenta siempre que un acto procesal (o actos procesales cuyo conjunto hacen el proceso) adolezca de una circunstancia fijada en las leyes procesales como necesaria para que el acto produzca sus efectos normales. **DÉCIMO CUARTO**.- Que, cabe advertir que frente a un vicio de tal consideración, cualquier órgano jurisdiccional por el sólo hecho de serlo tiene lo que en doctrina se llama *potestad nulificante del juzgador*, que ha sido acogida en el artículo ciento setenta y seis del Código Procesal Civil, y es entendida como aquella facultad de declarar la nulidad aún cuando no haya sido solicitada, si considera que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines abstracto y concreto del proceso y la decisión que en él va a recaer. **DÉCIMO QUINTO**.- Que, frente al vicio sustancial en que incurre la resolución cuarenta y tres de fojas seiscientos uno, esto es conceder una apelación sin que exista agravio real, toda vez que el que interpone el recurso tiene la calidad de litisconsorte pasivo y la demanda ha sido declarada infundada en primera instancia, el Colegiado de esta Sala Suprema en ejercicio de la potestad nulificante citada en el considerando precedente, facultad que le permite a todo órgano jurisdiccional declarar una nulidad aún cuando ésta no haya sido solicitada, considera que el vicio advertido altera los fines abstractos y concretos del proceso, debido a que vulnera la esencia de la teoría impugnatoria y contraviene los artículos trescientos cincuenta y cinco, trescientos cincuenta y ocho y trescientos cincuenta y nueve del Código Procesal Civil, correspondiendo declarar la nulidad de la citada resolución y declarar la improcedencia de la apelación concedida a favor de EFG Private Bank Sociedad

<sup>1</sup> **SERRA DOMINGUEZ**, Manuel. Nulidad Procesal. Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II, página 563.





*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Anónima. Por las consideraciones expuestas **CONFIRMARON** la resolución número dieciocho de fojas doscientos, su fecha siete de abril del año dos mil seis que declara suspender el proceso y ordena que se incorpore a EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo; **CONFIRMARON** la sentencia de vista obrante a fojas cuatrocientos setenta y nueve, emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró **infundada** la demanda; y, en ejercicio de la potestad prevista en el artículo ciento setenta y seis del Código Procesal Civil, declararon **NULA** la Resolución de fojas seiscientos uno, que concedió la apelación interpuesta por el EFG Private Bank Sociedad Anónima e **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por EFG Private Bank Sociedad Anónima; en los seguidos por Julio Ernesto Dongo Aguirre contra Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y otros, sobre Proceso Contencioso Administrativo; y se devuelva. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

**S.S.**

**ARANDA RODRÍGUEZ**  
**PONCE DE MIER**  
**VALCÁRCEL SALDAÑA**  
**MIRANDA MOLINA**

*Jrc*

*[Signature]*  
Dra. MERY OSORIO VALLADARES  
Secretaria de la Sala Civil Transitoria  
de la Corte Suprema  
22 MAY 2012

*[Signatures of Aranda Rodríguez, Ponce de Mier, Valcárcel Saldaña, and Miranda Molina]*

**EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA VALCÁRCEL SALDAÑA, ES COMO SIGUE:-----**

Con el expediente administrativo acompañado y de conformidad con el Dictamen de la Fiscal Adjunta Suprema en lo Civil número 272-2010-MP-FN-FSC que obra de fojas noventa y nueve a ciento seis del cuadernillo formado ante esta Sala Suprema; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, de lo expuesto en los votos formulados por los Señores Jueces Supremos Miranda Molina y Aranda Rodríguez así como Vinatea Medina y Álvarez López se tiene que no existe

*[Signature]*



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

discordia en cuanto a la decisión de confirmar la resolución número dieciocho de fojas doscientos a doscientos uno del expediente principal que declara suspender el proceso y ordena que se incorpore al EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo y en cuanto a confirmar la sentencia que es materia de apelación que declara Infundada la demanda de impugnación de resolución administrativa promovida por Julio Ernesto Dongo Aguirre contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y otros; *por lo que el pronunciamiento de la Juez que suscribe estará circunscrito a la parte en que los Señores Jueces Supremos Miranda Molina y Aranda Rodríguez que declaran Nulo el concesorio de apelación interpuesto por EFG Private Bank Sociedad Anónima* contra la sentencia de primera instancia, decisión que no es compartida por los Señores Jueces Supremos Vinatea Medina y Álvarez López.

**Segundo.-** Que, aclarado lo anterior debe precisarse que la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución número dieciocho de fecha siete de abril del año dos mil seis ordenó que se incorpore al proceso al EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo, siendo así mediante escrito de fecha catorce de diciembre del año dos mil seis obrante de fojas doscientos treinta y cuatro a doscientos cuarenta y dos del expediente principal se apersonó al proceso y contestó la demanda en los términos que allí se exponen. **Tercero.-** Que, en consecuencia acorde a lo preceptuado por el artículo 93 del Código Procesal Civil aplicable en el presente caso de conformidad a lo estatuido por la Primera Disposición Final de la Ley número 27584 el litisconsorte pasivo necesario EFG Private Bank Sociedad Anónima ha intervenido en la presente *litis* como parte demandada por lo que mal puede invocar vía recurso de apelación que la sentencia que declara infundada la demanda le causa agravio debiendo declararse la nulidad del concesorio e improcedente el recurso de su propósito; fundamentos por los cuales: **MI VOTO** es porque se declare **NULA** la resolución de fojas seiscientos uno a seiscientos dos del expediente principal que concede el recurso de apelación interpuesto por EFG Private Bank Sociedad Anónima representado por José Miguel Carrillo Cuestas e **IMPROCEDENTE** el



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

recurso de apelación; en los seguidos por Julio Ernesto Dongo Aguirre contra Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y otros sobre Proceso Contencioso Administrativo; y *devuélvase*.-

**S.**

**VALCÁRCEL SALDAÑA**

GVQ/dro

Dra. MERY OSORIO VALLADARES  
Secretaria de la Sala Civil Transitoria  
de la Corte Suprema  
22 MAY 2012

**EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VINATEA MEDINA Y ÁLVAREZ LÓPEZ ES COMO SIGUE:-----**

**VISTOS:** Con el expediente administrativo acompañado; de conformidad con el Dictamen Fiscal, en Audiencia Pública el día de la fecha y producida la votación conforme a ley, se emite la siguiente sentencia; y, **CONSIDERANDO:** **PRIMERO.-** Que, es materia de grado: i) Los recursos de apelación interpuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia de Banca y Seguros a fojas ciento veintiocho y ciento treinta y seis contra los extremos de la resolución número siete su fecha treinta de junio de dos mil cuatro, que declara infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado y demandante respectivamente; ii) El recurso de apelación interpuesto por Julio Ernesto Dongo contra la resolución número dieciocho del siete de abril de dos mil seis que ordena suspender el proceso y se incorpore a EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo; y, iii) Los recursos de apelación interpuestos por EFG Private Bank Sociedad Anónima y Julio Ernesto Dongo Aguirre a fojas quinientos setenta y uno y quinientos ochenta y nueve respectivamente, contra la sentencia de fojas cuatrocientos setenta y nueve su fecha veintiocho de agosto de dos mil ocho que declaró infundada la demanda. **SEGUNDO.-** Que, la acción contenciosa administrativa prevista en el artículo ciento cuarenta y ocho de la Constitución Política del Estado tiene por finalidad el control jurídico por parte del Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. **TERCERO.-** Que, de conformidad con el artículo diez de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro "Ley de Procedimiento



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Administrativo General", son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: **1.** La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; **2.** El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo catorce; **3.** Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición; **4.** Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

**CUARTO.-** Que, en cuanto a las apelaciones referidas en el ítem i), respecto a las excepciones de falta de legitimidad para obrar activa y pasiva, mediante escritos presentados por el Procurador Público Adjunto a Cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones con fechas veintidós de enero y cuatro de marzo de dos mil diez respectivamente, solicitaron el desistimiento de los indicados recursos, siendo que por resolución de fecha dieciséis de abril de dos mil diez de fojas doscientos diez del cuaderno de apelación, esta Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobó los desistimientos de los recursos de apelación interpuestos, en consecuencia quedó firme la resolución número siete por consiguiente carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a las apelaciones citadas. **QUINTO.-** Que, respecto a la apelación referida en el ítem ii), debe señalarse que conforme se advierte de autos, lo que pretende el demandante es que se le declare titular de los depósitos existentes en el Banco Nuevo Mundo en reemplazo de EFG Private Bank Sociedad Anónima, el mismo que no ha sido emplazado en el presente proceso, en consecuencia, advirtiéndose que la decisión judicial que se expida en el presente proceso podría afectar al citado banco, debe ser este emplazado e incorporado en el proceso, como efectivamente se realizó, a fin de que ejercite su derecho de defensa, motivo por el cual debe confirmarse la resolución número dieciocho



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

de fecha siete de abril de dos mil seis que ordena suspender el proceso y se incorpore a EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo. **SEXTO.-** Que, en cuanto al fondo de la controversia, cabe indicar que conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos sesenta y cuatro del Código Procesal Civil –norma de aplicación supletoria, de acuerdo a lo dispuesto en la Primera Disposición Final de la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro– corresponde absolver los agravios formulados por los impugnantes en sus recursos de apelación, así, **a)** EFG Private Bank Sociedad Anónima mediante recurso de fojas quinientos setenta y uno alega que en el presente caso el agravio consiste en que de forma indebida se mantiene vigente una resolución administrativa que lo considera como acreedor de un crédito del cual nunca ha sido titular, señala que la sentencia impugnada transgrede su derecho al debido proceso al no encontrarse debidamente motivada y al no haber merituado todos los medios probatorios. Asimismo, señala que si bien la Sala sostiene para que los *promissory notes* sean considerados títulos valores éstos deben estar representados en una anotación de cuenta registrada ante una institución de compensación y liquidación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.1 de la Nueva Ley de Títulos Valores, sin embargo, no se ha tomado en cuenta que, el crédito, cuya titularidad le pertenece a la accionante se originó mucho antes de la entrada en vigencia de la citada ley, por lo que no puede exigirse el cumplimiento de tales requisitos, dado que ello constituiría la aplicación retroactiva de una norma legal, cuya prohibición se encuentra establecida en el artículo ciento tres de la Constitución Política; por su parte, **b)** Julio Ernesto Dongo Aguirre, en su recurso de fojas quinientos ochenta y nueve sostiene que la sentencia impugnada le causa agravio al haber sido expedida vulnerando la garantía constitucional del ahorro contenida en el artículo ochenta y siete de la Carta Magna, artículo nueve inciso primero de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, artículos ciento diecisiete y ciento treinta y uno de la Ley de Bancos y el Principio de Congruencia de las resoluciones judiciales, precisa que, sus depósitos aún en el caso de no ser considerados títulos representados mediante anotaciones en cuenta, conforme a las normas nacionales por el incumplimiento de



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

formalidades que correspondían al Banco emisor, lo único que traería como consecuencia sería la inaplicación de la Ley de Títulos Valores y no el desconocimiento de su naturaleza jurídica de ahorro, la cual le es inherente y se encuentra protegida por el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado. Por otro lado, agrega que, la Sala Superior no ha tomado en cuenta que si bien en sede administrativa la Superintendencia de Banca y Seguros rechazó su solicitud bajo el argumento que en los registros contables del Banco Nuevo Mundo no aparecía como acreedora y que en lugar de ella figuraba el EFG Private Bank Sociedad Anónima; sin embargo, tales afirmaciones han quedado desvirtuadas con el apersonamiento a estos autos de dicha entidad, quien ha manifestado haber actuado únicamente como broker de varios ahorristas del citado Banco, por lo que la titular de tales acreencias siempre ha sido la recurrente en calidad de ahorrista, a quien corresponde le sean devueltas por constituir su patrimonio.

**SÉPTIMO.-** Que, antes de resolver los agravios esgrimidos en el acápite **a)** conviene precisar que el Tribunal Constitucional<sup>2</sup> respecto a la motivación de resoluciones judiciales señala: *“Que, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, (...) garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los llevó a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.* **OCTAVO.-** Que, siendo de aplicación supletoria el criterio antes expuesto, concordado con el numeral uno punto dos del artículo cuarto del Título Preliminar y artículo seis de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, se colige que la sentencia impugnada expedida por la Quinta Sala Contencioso Administrativa se encuentra arreglada

<sup>2</sup> EXPEDIENTE NÚMERO 1291-2000-AA/TC, Fundamento Jurídico 2



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

a ley por cuanto presenta motivación suficiente tanto fáctica como jurídica que respeta los estándares establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; cabe indicar que la discrepancia en la forma en que el tribunal administrativo valoró los hechos, las pruebas y determinado las normas aplicables al caso concreto, no suponen una vulneración manifiesta a los aspectos constitucionalmente protegidos del derecho a la motivación.

**NOVENO.-** Que, habiendo sido desvirtuado el agravio de carácter procesal esgrimido por EFG PRIVATE BANK Sociedad Anónima corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en tal sentido, se observa que la presente controversia radica en establecer si las operaciones financieras materia de cuestionamiento constituyen o no operaciones de ahorro comprendidas en el segundo orden de prelación del artículo ciento diecisiete de la Ley número veintiséis mil setecientos dos, y por ende considerar a la actora como titular de dicho ahorro. **DÉCIMO.-** Que, el artículo ciento treinta y uno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos establece que *“El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas”*; por su parte el artículo doscientos veintiuno inciso décimo cuarto de la misma ley señala que dentro de las operaciones y servicios que las empresas podrán realizar se encuentran: *“Emitir y colocar bonos, en moneda nacional o extranjera, incluidos los ordinarios, los convertibles, los de arrendamiento financiero, y los subordinados de diversos tipos y en diversas monedas, así como pagarés, certificados de depósitos negociables o no negociables y demás instrumentos representativos de obligaciones siempre que sean de su propia emisión”*. En esa línea se colige que el pagaré constituye un instrumento representativo de una obligación, por ende un instrumento de captación de ahorros, sin embargo nuestro ordenamiento legal, exige determinados requisitos para su constitución, en tal sentido, teniendo en cuenta que la transacción del cuestionado se realizó el catorce de noviembre de dos mil, resulta de aplicación la Nueva Ley de Títulos Valores que en su artículo ciento cincuenta y ocho inciso primero señala: *“El Pagaré debe contener: a) La denominación de Pagaré; b) La indicación del*



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

lugar y fecha de su emisión; c) La promesa incondicional de pagar una cantidad determinada de dinero o una cantidad determinable de éste, conforme a los sistemas de actualización o reajuste de capital legalmente admitidos; d) El nombre de la persona a quien o a la orden de quien debe hacerse el pago; e) La indicación de su vencimiento único o de los vencimientos parciales en los casos señalados en el siguiente párrafo; f) La indicación del lugar de pago y/o, en los casos previstos por el Artículo 53, la forma como ha de efectuarse éste; g) El nombre, el número del documento oficial de identidad y la firma del emitente, quien tiene la calidad de obligado principal.” **DÉCIMO PRIMERO.**- Que de lo actuado en autos se advierte que mediante el cuestionado pagaré de texto estándar número uno/noventa y ocho -que no obra en autos-, el Banco del Nuevo Mundo en calidad de prestatario, se comprometió a pagar a la orden de EFG Private Bank Sociedad Anónima una suma por definir correspondiente a todos los préstamos otorgados por el Banco prestatario, además que dicho texto estándar podía emplearse para transacciones específicas con pagarés, haciendo referencia a un mensaje de confirmación SWIFT MR 299 el cual debía incluir el monto principal, la fecha de emisión, fecha de vencimiento, vigencia y tasa de interés; resultando de la combinación texto estándar y confirmación swift, un “pagare”, el cual se encontraba bajo la custodia y control EFG Private Bank Sociedad Anónima, en tal sentido el denominado “pagaré” dio origen al llamado promissory note, cuya titularidad es reclamada por la accionante por considerar que constituye un instrumento representativo de deuda, y por ende corresponde ser considerado en el segundo orden de prelación de pago; cabe precisar que el denominado promissory note no consta en ningún documento, observándose que se trata de un “pagaré” representado por anotación en cuenta y confirmado por mensaje swift, tal como se aprecia a fojas cinco del acompañado. **DÉCIMO SEGUNDO.**- Que, por otro lado, si bien mediante carta de fecha trece de diciembre de dos mil dos de fojas veintidós del principal, el EFG Capital Internacional señala que actuó como agente intermediario en la compra del “pagaré” cuya custodia estaba a cargo del EFG Private Bank Sociedad Anónima, en representación del accionante, sin embargo, de autos no se verifica tal supuesto, por cuanto el pagaré emitido por el Banco del Nuevo Mundo nunca estuvo a nombre del demandante sino a favor del EFG Private Bank Sociedad Anónima,





*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

por consiguiente no se ha logrado acreditar la relación acreedor deudor entre la demandante y el Banco del Nuevo Mundo, empero sí una relación entre el EFG Private Bank Sociedad Anónima y el Banco Nuevo Mundo, en tal sentido, no corresponde otorgar a la demandante el orden de prelación del artículo ciento diecisiete de la Ley número veintiséis mil setecientos dos.

**DECIMO TERCERO.**- Que por último, respecto al argumento que el promissory note constituye un ahorro, cabe precisar que para que así se configure, debe cumplir con los requisitos que exige el artículo ciento veintinueve de la Ley número dieciséis mil quinientos ochenta y siete, lo cual no se observa de autos, dado que el cuestionado promissory note no consta en documento alguno, lo que implica la ausencia de formalidad requerida por ley; cabe indicar que si bien se ha determinado que se trata de "pagare" representado por anotación en cuenta, lo cierto es que, de acuerdo a la nueva Ley de Títulos Valores se ha contemplado la figura del valor representado por anotación en cuenta, sin embargo, la norma exige además de la representación por anotación, el registro ante una institución de compensación y liquidación de valores autorizada, esto es, por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV, requisito que no se observa en el presente caso; por consiguiente este Supremo Tribunal arriba a la conclusión de que la operación efectuada con el *promissory note* no constituye pagaré, por ende no puede considerarse dentro del segundo orden de prelación de pago que requiere la accionante; por consiguiente no se encuentra acreditado que las resoluciones impugnadas contengan vicio o causal de nulidad prevista en el artículo décimo de la Ley del Procedimiento Administrativo General número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro. Por tanto la resolución venida en grado se expidió conforme a ley y respetando los derechos de las partes. Por estas consideraciones **NUESTRO VOTO** es porque se **CONFIRME** la resolución número dieciocho de fojas doscientos su fecha siete de abril del año dos mil seis que ordena suspender el proceso y se incorpore a EFG Private Bank Sociedad Anónima como litisconsorte necesario pasivo; y se **CONFIRME** la sentencia expedida a fojas cuatrocientos setenta y nueve por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo su fecha veintiocho de agosto de dos mil ocho, que declaró infundada la demanda; en los seguidos por Julio



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Ernesto Dongo Aguirre contra Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y otros, sobre Proceso Contencioso Administrativo; y se devuelva.

**S.S.**

**VINATEA MEDINA**

**ÁLVAREZ LÓPEZ**

*Ive*

Dra. MERY OSORIO VALLADARES  
Secretaria de la Sala Civil Transitoria  
de la Corte Suprema  
22 MAY 2012

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR SALAS VILLALOBOS SON COMO SIGUEN:-----**

**VISTOS;** con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo; y, **CONSIDERANDO:**  
**PRIMERO.-** Que, es materia de alzada la sentencia de fecha veintiocho de agosto del año dos mil ocho que falla declarando infundada la demanda interpuesta por Julio Ernesto Dongo Aguirre contra la Superintendencia de Banca y Seguros y otro sobre Proceso Contencioso Administrativo; **SEGUNDO.-** Que, conforme fluye de los presentes actuados el accionante solicita se declare la nulidad de la Resolución S.B.S número cuatrocientos sesenta y nueve - dos mil tres, de fecha diez de abril del año dos mil tres, emitida por la Superintendencia de Banca y Seguros, solicitando, además, como pretensiones accesorias se disponga la reclasificación del orden de prelación del depósito que se mantiene en el Banco del Nuevo Mundo en Liquidación, y, asimismo, se declare que el demandante y no EFG Private Bank Sociedad Anónima es el titular del referido depósito existente en el citado banco; **TERCERO.-** Que, Que, los agravios formulados por EFG Private Bank Sociedad Anónima en su recurso de apelación de fojas quinientos setenta y uno incide en señalar básicamente que el demandante no es titular de los promissory notes, los cuales al haber sido emitidos en mérito del standard tex 1/98 sin la intervención del demandante, constituyen instrumentos que contienen obligaciones de pago del Banco Nuevo Mundo a favor de EFG Private Bank Sociedad Anónima; sin embargo, no se ha tomado en cuenta que el standard tex



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

es un marco general que contempla dos posibilidades: i) Pagarés que servirían para pagar deudas que el Banco Nuevo Mundo podría tener frente al EFG Private Bank Sociedad Anónima correspondientes a fondos usados para fines de capital circulante y ii) Transacciones específicas con pagarés haciendo referencia a un swift, en los cuales el EFG Private Bank Sociedad Anónima no sería acreedor sino únicamente quien custodiaría y controlaría el promissory notes, siendo esta posibilidad en la que precisamente se ubicaría el crédito que el demandante reclama; existe inaplicación del artículo ciento treinta y uno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos al no verificarse que en virtud de dicho dispositivo legal se considera ahorro a la adquisición de instrumentos representativos de deuda bajo cualquier modalidad, lo que sin duda incluye la compra de los promissory notes; existe inaplicación del artículo ciento tres de la Constitución Política del Estado que contempla la irretroactividad de las normas legales y que pese a ello la Sala Superior ha considerado aplicable al presente caso dado las disposiciones contenidas en la Ley número veintisiete mil doscientos ochenta y siete, no obstante, que dicha norma entró en vigencia mucho después que se originara la operación de la cual es titular el demandante; vulneración al debido proceso, pues no se ha pronunciado sobre lo expuesto por el EFG Private Bank Sociedad Anónima al contestar la demanda, vulneración al debido proceso por cuanto la Juez ponente ha adelantado opinión sobre el caso al haber emitido opinión sobre la misma materia en los Procesos números números ochenta y cuatro - dos mil ocho, mil ochocientos doce - dos mil cuatro y mil ochocientos catorce - dos mil cuatro. por su parte el demandante mediante su escrito de fojas quinientos ochenta y nueve refiere que la sentencia ha sido expedida vulnerando la garantía constitucional del ahorro contenida en el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado, artículo décimo inciso primero de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, artículos ciento diecisiete y ciento treinta y uno de la Ley de Bancos y el principio de congruencia de las resoluciones judiciales; los depósitos del recurrente aún en el caso de no ser considerados títulos representados mediante anotaciones en cuenta, conforme a las normas nacionales por el incumplimiento de formalidades que correspondían al Banco emisor, lo único que traería como consecuencia sería la inaplicación de la Ley de Títulos Valores y no el desconocimiento de su naturaleza jurídica de ahorro, la cual



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

le es inherente y se encuentra protegida por el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado; la Sala Superior no ha tomado en cuenta que si bien en sede administrativa la Superintendencia de Banca y Seguros rechazó su solicitud bajo el argumento que en los registros contables del Banco Nuevo Mundo no aparecía como acreedor y que en lugar de el figuraba el EFG Private Bank Sociedad Anónima; sin embargo, tales afirmaciones han quedado desvirtuadas con el apersonamiento a estos autos de dicha entidad, quien ha manifestado haber actuado únicamente como Broker de varios ahorristas del Banco Nuevo Mundo por lo que la titular de tales acreencias siempre ha sido el recurrente, ello según precisa en su calidad de ahorrista a quien corresponde ser devuelto por constituir bien de su propiedad; **CUARTO**.- Que, conforme fluye de la demanda incoada, el demandante refiere haber sido persuadido por el Banco del Nuevo Mundo a depositar sus ahorros en una operación diseñada por ellos mismos. El sistema consistía en la entrega de sus ahorros al Banco Nuevo Mundo, quien aperturaba una cuenta en el EFG Private Bank Sociedad Anónima y firmando una carta para que la filial de Miami se instruya en comprar a nombre del demandante un pagaré emitido virtualmente por el Banco Nuevo Mundo quien era la contraparte de este pagaré. Se les indicó que dicha modalidad no afectaba sus depósitos ya que el Banco Nuevo Mundo recibiría los ahorros y se encargaría del trámite bancario con el Banco extranjero, no existiendo alguna relación entre éste y el cliente; **QUINTO**.- Que, según se verifica de autos, los agentes intervinientes en la operación bancaria referida, fueron: **a)** el Banco Nuevo Mundo que es la institución bancaria en la cual se depositaron los fondos y que fue declarada en Liquidación por la Superintendencia de Banca y Seguros mediante Resolución S.B.S. número setecientos setenta y cinco - dos mil uno del dieciocho de octubre del año dos mil uno; **b)** Julio Ernesto Dongo Aguirre quien deposita su fondo de dinero en el Banco Nuevo Mundo; **c)** EFG Private Bank Sociedad Anónima, Banco Suizo que fue requerido por el Banco Nuevo Mundo como Broker para la compra de pagarés del mencionado Banco. Al efecto, el término Broker<sup>3</sup> implica que es el intermediario

<sup>3</sup> <http://www.creditosperu.com.pe/glbrokerfinanciero.php> **AGENTE O BROKER FINANCIERO, Profesional que actúa en nombre de una Entidad Financiera (Mediador, Corredor, Intermediario, Broker). Broker es el término anglosajón que define al intermediario del mercado financiero. Este intermediario no compra para sí mismo, sino que simplemente ejecuta las órdenes de sus clientes. Adquiere acciones, bonos, obligaciones o cualquier otro activo financiero que se negocie en el mercado para su clientela.**



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

que actúa a nombre de una entidad financiera que no compra para sí mismo, sino que ejecuta las órdenes de su cliente. Puede adquirir bonos o cualquier activo financiero que se negocie en el mercado. Esta regido por la legislación suiza; **d)** Superintendencia de Banca y Seguros, es el organismo encargado de la regulación y supervisión de los sistemas financieros, siendo su objetivo primordial preservar los intereses de los depositantes cuyas funciones de control y garantía del ahorro se encuentran reguladas en la Ley número veintiséis mil setecientos dos; **SEXTO.-** Que, asimismo, fluye de lo expuesto por el demandante que el Banco Nuevo Mundo creó una operación mediante el cual escogía un Banco del extranjero, para actuar como Broker en la adquisición de documentos representativos de deudas emitidas por el Banco Nuevo Mundo en Liquidación denominados *Promissory Notes*, cuyo beneficio sería depositado a su nombre en una cuenta del Banco Nuevo Mundo en Liquidación; **SÉPTIMO.-** Que, de la documentación adjuntada en autos se aprecia un documento (fojas doce) emitido por el EFG Private Bank Sociedad Anónima refiriéndose a la confirmación de la compra de un *Promissory Note* del Banco Nuevo Mundo en Liquidación por un concepto de un millón quinientos noventa mil dólares americanos (US\$ 1'590,000.00) más comisión. De lo cual se evidencia la existencia de una relación de dependencia de EFG Private Bank Sociedad Anónima hacia el demandante. Asimismo, documentación remitida por dicho Banco a la Superintendencia de Banca y Seguros manifestando la custodia de dos documentos representativo de Deuda Pagarés números ocho dos dos seis cinco cero - doscientos siete y ocho dos dos seis cinco cero - dos uno uno correspondiente al demandante. Además, documentos emitidos por el EFG Private Bank Sociedad Anónima dirigidos a la Superintendencia de Banca y Seguros expresando que las operaciones detectadas a su favor realmente le corresponde al demandante y que su intervención sólo fue de Broker; **OCTAVO.-** Que, en torno al análisis y ubicación del concepto "ahorro", es menester señalar que el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado establece que "***El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía (...)***". Asimismo, el artículo ciento treinta y uno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos señala que:



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

“El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley.” (subrayado y resaltado nuestro); **NOVENO.-** Que, estando a lo expresado, se aprecia que, el ahorro como tal, ha sido concebido dentro de nuestra estructura jurídica como un derecho susceptible de protección constitucional y en tal virtud, garantizables a través de parámetros impuestos a las empresas que trabajan con el ahorro público, así como la obligatoriedad de la Superintendencia de Banca y Seguros de efectuar labor de control en el cumplimiento de tales garantías; **DÉCIMO.-** Que, en virtud de lo establecido en el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado, se aprecia que el artículo ciento diecisiete de la Ley número veintiséis mil setecientos dos ha establecido el orden de prelación en el pago de las obligaciones de una empresa en liquidación, determinando el siguiente cumplimiento: i) Carácter laboral, ii) Garantía del ahorro, iii) Carácter tributario, y, iv) Otras obligaciones; **DÉCIMO PRIMERO.-** Que, conforme a la prelación establecida por Ley, sólo las obligaciones laborales preceden a la “garantía del ahorro”, entendiéndose que la Constitución Política del Estado en correlato con lo establecido por sus artículos cincuenta y nueve, ochenta y siete y demás pertinentes, ha dado prevalencia a tal garantía, inclusive, antes que las de carácter tributario. Por tanto, habiendo la Constitución Política del Estado, elevado la “*garantía del ahorro*” a rango constitucional resulta inminente determinar si las operaciones efectuadas y expuestas en el proceso resultan tener la calidad de ahorro; **DÉCIMO SEGUNDO.-** Que, de lo expuesto no sólo por el demandante sino también por reiterados pronunciamientos emitidos por el EFG Private Bank Sociedad Anónima y el Ex Presidente del Banco Nuevo Mundo; se infiere que las acreencias identificadas en el Banco del Nuevo Mundo, si bien es cierto se encuentran a nombre del EFG Private Bank Sociedad Anónima, también lo es, que tales adeudos se han producido como consecuencia de la adquisición de documentos representativos de deudas emitidos por el Banco del Nuevo Mundo denominados *Promissory Notes*, cuyas operaciones fueron efectuadas por EFG Private Bank Sociedad Anónima en calidad de Broker, bajo cuenta y riesgo



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

del accionante; **DÉCIMO TERCERO.**- Que, en virtud de los argumentos expuestos por el EFG Private Bank Sociedad Anónima de fojas doce a treinta y siete del principal, los *Promissory Notes* constituyeron productos ofrecidos por el Banco del Nuevo Mundo, los mismos que adquirió en mérito del mandato emitido por el demandante; por tanto, estando a lo establecido por el artículo ciento treinta y uno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos, tales operaciones representan imposiciones dinerarias provenientes de personas naturales, efectuadas a través de intermediación financiera y como tal se encontrarían sujetos a la garantía del ahorro promovido por el artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado, al haberse demostrado que el demandante adoptó esta modalidad de operación promovido por el Banco Nuevo Mundo; **DÉCIMO CUARTO.**- Estando a lo expresado en los puntos precedentes, se colige que: **i)** El hecho que la operación haya sido efectuada por una entidad extranjera no exime a las imposiciones realizadas por el demandante de la condición de ahorro (artículo ciento treinta y uno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos), y, **ii)** El hecho que el Banco Nuevo Mundo haya registrado las cuentas de tal forma que no refleje el verdadero espíritu de las operaciones, no puede perjudicar a los ahorristas (artículo ochenta y siete de la Constitución Política de Estado), sino por el contrario representa el poco celo en el ejercicio de la labor de control que debe cumplir la Superintendencia de Banca y Seguros sobre las empresas Bancarias (artículo ochenta y siete de la Constitución Política del Estado y artículo ciento treinta y dos y siguientes de la Ley número veintiséis mil setecientos dos); **DÉCIMO QUINTO.**- Que, en el presente caso, la calidad de ahorro en estas operaciones se evidencia debido a que por un lado los *Promissory Notes* constituyen instrumentos representativos de deuda ofrecidos como productos por el Banco del Nuevo Mundo de Lima Perú, en el ejercicio, operaciones y servicios permitidos por el artículo doscientos veintiuno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos; y, por otro lado, debido a que tales operaciones han sido efectuadas con dinero del demandante mediante imposiciones provenientes del extranjero, sabiendo que tales instrumentos representativos de obligaciones provenían del Banco del Nuevo Mundo en Liquidación, conforme se evidencia de las cartas de autorización de compra; **DÉCIMO SEXTO.**- Que, en cuanto a las acreencias detectadas a favor del EFG



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Private Bank Sociedad Anónima, se aprecia tanto del expediente administrativo como del principal, documentación con la cual el Banco intermediario, confirma la adquisición de los documentos representativos de deudas - *Promissory Notes* -, donde se advierte la expresión "*You Bought*", la clase de documento adquirido, el nombre del titular, la suma dineraria depositada, la comisión y el interés que generara al vencimiento (Expediente Administrativo veintitrés a veinticuatro); **DÉCIMO SÉTIMO.**- Asimismo, de los actuados administrativos adjuntados por la autoridad demandada se aprecia evidente documentación con la cual se demuestra la existencia de una relación comercial primigenia de representación, entre el demandante y el EFG Private Bank Sociedad Anónima. Además de los estados de cuenta corriente, ofrecidos por este Banco, se aprecia el movimiento dinerario efectuado como consecuencia de la adquisición del documento representativo de deudas; con lo cual se evidencia la utilización de la imposición dineraria del demandante para la adquisición de instrumentos representativos de deuda del Banco del Nuevo Mundo, máxime, porque el propio Broker sostiene que el Banco del Nuevo Mundo en Liquidación no le adeuda nada respecto de las acreencias objeto de la presente demanda, precisando que las operaciones que la sostiene fueron efectuadas a nombre, cuenta y riesgo de la demandante; **DÉCIMO OCTAVO.**- Que, estando a lo expuesto y verificando además que no obra en los actuados administrativos algún documento que desvirtue la aseveración expresada por el demandante, en cuanto sostiene que la imposición generadora de la acreencia representada por el Pagaré número ocho dos dos seis cinco cero - dos cuatro tres, detectada a nombre de EFG Private Bank Sociedad Anónima le pertenece, como consecuencia de la adquisición del instrumento representativo de deuda denominado *Promissory Notes*; se concluye que en atención al principio de presunción de veracidad previsto en el numeral uno inciso siete del artículo cuarto del Título Preliminar de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, este argumento resulta amparable; **DÉCIMO NOVENO.**- Que, en cuanto a la condición del demandante como actor o agente económico; del expediente administrativo se aprecia la existencia de dos operaciones que conllevan a dilucidar el presente tema; la primera, representa la operación financiera advertida entre el demandante y el EFG Private Bank Sociedad Anónima, y la segunda operación realizada entre EFG Private Bank





*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Sociedad Anónima y el Banco del Nuevo Mundo. La primera operación citada, se demuestra con el documento que da cuenta del mandato de compra "You Bought", así como de las cartas, manifestando que EFG Private Bank Sociedad Anónima ha adquirido documentos de deudas bajo cuenta, costo y riesgo del demandante. La segunda operación fluye de la documentación emitida por el indicado Banco extranjero, asumiendo la adquisición por mandato y por el mismo hecho de haber detectado la existencia de una relación comercial; **VIGÉSIMO.-** Que, según los argumentos que sostiene la parte demandante así como la contestación efectuada por el EFG Private Bank Sociedad Anónima, se entiende que la segunda operación financiera existe en mérito de la primera, toda vez que el EFG Private Bank Sociedad Anónima actuó en calidad de Broker para la adquisición de los *Promissory Notes* del Banco del Nuevo Mundo; asimismo, habiendo declarado el EFG Private Bank Sociedad Anónima que las acreencias detectadas a su favor, han sido generados como consecuencia de la imposición dineraria efectuada por el demandante para la adquisición de instrumentos representativos de deuda, con la declaración efectuada por el Ex Presidente Ejecutivo del Banco del Nuevo Mundo se evidencia el círculo que une una operación con otra, concluyéndose que la imposición efectuada por el EFG Private Bank Sociedad Anónima en nombre del demandante constituye una operación bancaria, la misma que ostenta la calidad de ahorro. En tal sentido, con lo previsto por el artículo ciento treinta y uno de la Ley número veintiséis mil setecientos dos y en mérito de las operaciones realizadas correspondería atribuir al demandante la condición de ahorrista; **VIGÉSIMO PRIMERO.-** Que, de otro lado, la Superintendencia de Banca y Seguros no ha desvirtuado la calidad del agente demandante que recurrió a la modalidad de ahorro que el Banco Nuevo Mundo ofrecía, ya que en todo caso, en su propia demanda ha alegado que los fondos que dieron origen a la cuenta bancaria, tiene su origen en patrimonios personalísimos, en tal virtud, corresponde exclusivamente a la administración desvirtuar tales cualidades. Por lo tanto, debe presumirse válidamente, en cuanto a la condición del agente: **a)** Que desconocía las características propias de los sistemas diversos de inversión, como forma de incremento de bienes de capital; **b)** Que no posesían bienes de capital que incrementar por no participar en la generación de riqueza dentro del mercado económico activo; **c)** Que los fondos captados por la entidad



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

bancaria a modo de intermediación, no tenían su fuente de origen en actividades económicas; es decir, no provenían de un patrimonio obtenido de actividades económicas dentro del mercado; **d) *Contrario sensu***, no se ha desvirtuado que en todo caso tales fondos provenían de patrimonios personalísimos de fuentes de trabajo o familiares por herencia; **VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, en cuanto al extremo de la reclasificación del orden de prelación para el cumplimiento de las acreencias solicitada en la demanda; estando a lo expuesto se descarta la hipótesis por el cual la Autoridad Administrativa, sostuvo que la acreencia detectada a favor de EFG Private Bank Sociedad Anónima, respecto de los Pagarés números ocho dos dos seis cinco cero - dos cero siete y ocho dos dos seis cinco cero - dos uno uno objeto de la presente demanda, constituye un préstamo efectuado de Banco a Banco, al haber quedado demostrado que la misma constituye acreencia generada como consecuencia de la emisión de un instrumento representativo de deuda ofrecido por el Banco del Nuevo Mundo en Liquidación y adquiridos por el demandante en condición de ahorrista. Asimismo conforme es de verse de la documentación de confirmación de compra, así como del estado de cuenta corriente de la parte demandante, la operación objeto de la presente *litis*, fue efectuada por intermedio del Portafolio número cinco ocho ocho dos uno nueve - uno correspondiente a la parte demandante; **VIGÉSIMO TERCERO.**- Que, por consiguiente, se ha demostrado en autos la relación existente entre la acreencia objeto de la presente demanda y el patrimonio del demandante; asimismo, tratándose de una sola operación manejada por un portafolio, el mismo que, a decir de EFG Private Bank Sociedad Anónima, corresponde a la parte demandante, se corrobora que la acreencia correspondiente a los Pagarés pertenece al accionante. En tal virtud, la condición de "Ahorro Garantizable" resulta válida para la imposición contenida en la acreencia objeto del presente proceso. Por tanto merece ser reclasificada en el segundo orden de prelación establecida en el artículo ciento diecisiete de la Ley número veintiséis mil setecientos dos; **VIGÉSIMO CUARTO.**- Que, por estos fundamentos, se sostiene que la Resolución número cuatrocientos sesenta y nueve- dos mil tres, emitida por la Superintendencia de Banca y Seguros, al clasificar la acreencia representada por los Pagarés números ocho dos dos seis cinco cero - doscientos siete y ocho dos dos seis cinco cero - dos uno uno objeto



*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala Civil Transitoria*

**APELACIÓN 2305 - 2009**  
**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

de la presente demanda, en el cuarto orden de prelación en el pago de las obligaciones contraídas por el Banco del Nuevo Mundo, ha incurrido en causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo décimo de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, por lo que la demanda debe ser amparada. En consecuencia, **MI VOTO** es por que se **REVOQUE** la sentencia apelada de fojas cuatrocientos setenta y nueve, de fecha veintiocho de agosto del año dos mil ocho que declara infundada la demanda incoada a fojas treinta y tres; y **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA**; en consecuencia **NULO** el acto administrativo contenido en la Resolución S.B.S número cuatrocientos sesenta y nueve - dos mil tres, su fecha diez de abril del año dos mil tres, emitida por la Superintendencia de Banca y Seguros, y en tal virtud se **ORDENE** a la entidad demandada a **RECLASIFICAR** la acreencia de la parte demandante, representada por los Pagarés números ocho dos dos seis cinco cero - doscientos siete y ocho dos dos seis cinco cero - dos uno uno en el segundo orden de prelación acorde con el acápite B del artículo ciento diecisiete de la Ley número veintiséis mil setecientos dos; en los seguidos por Julio Ernesto Dongo Aguirre contra Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y otros; y devuélvase.

**S.**

**SALAS VILLALOBOS**

LQF

  
Dra. MERY OSORIO VALLADARES  
Secretaria de la Sala Civil Transitoria  
de la Corte Suprema  
22 MAY 2012