

ANEXO 4

TRADUCCION OFICIAL

TRADUCCIONES OFICIALES

TRAD.No. OF.0038-00

Cuarto caso de nivel 1 impreso en formato completo
En los seguidos por ELLIOTT ASSOCIATES, L.P.,
demandante, contra LA REPÚBLICA DEL PERÚ,
demandado, y ELLIOTT ASSOCIATES, L.P.,
demandante, contra BANCO DE LA NACIÓN,
demandado

Acción civil 96-7917 (Juez Robert W. Sweet),

Acción civil 96-7916 (Robert W. Sweet)

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK
(JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LOS E.U.A. PARA EL DISTRITO SUR DE
NUEVA YORK)

Suplemento de Fallos Federales, vol. 12, segunda serie, pág.
328; LEXIS (buscador computarizado) 12253, Juzgados

Federales de Primera Instancia, 1998

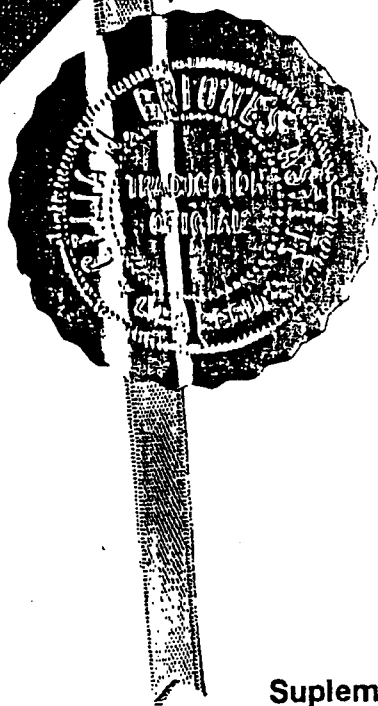
Sentencia: 06 de agosto de 1998.

Registrada: 07 de agosto de 1998

HECHOS POSTERIORES: [**1] Modificado por abogado el 19 de
agosto de 1998.

DECISIÓN: Sentencia que desestima la demanda, con adjudicación
de costas y costos a favor de los Demandados del Perú.

TÉRMINOS BÁSICOS: garantizado por el Estado, *champerty*
(mediación interesada en pleito por persona indebida), litigio,



CELIA BRIONES ASTETE - Traductora Pública Juramentada

Traducciones Comerciales - Legales - Técnicas
Av. Camino Real 1190, Esq. Alvarez Calderón 130 - Of. 6 - San Isidro
Telefax: 442-8358 / 441-5833
E-mail: cba@amauta.rcp.net.pe

reestructuración, negociación, privatización, garantía, compra, incumplimiento, capita de trabajo, emergente, cesionario, propósito de interponer, hipoteca, cedente, prestamista, violado, pendiente de pago, licitación, antecesor, patente, monto del principal, pago íntegro, cobro, indirectamente, negociado, suscrito por consorcio bancario, negociar, públicamente, decreto.

ABOGADOS DEL DEMANDANTE: DOCTORES OTTO G. OBERMAIER, BRIAN S. ROSEN, ELI GOTTESDIENER, STEVEN M. SHEBAR, PAUL M. TARR, ROSS MORRISON; asesoría legal: WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP., de Nueva York, Estado de NUEVA YORK.

ABOGADOS DEL DEMANDANTE: DR. MICHAEL STRAUS; asesoría legal: BAINBRIDGE & STRAUS, de Birmingham, Estado de ALABAMA.

ABOGADOS DE LOS DEMANDADOS: DOCTORES MARK A. CYMROT, RALPH G. BLASEY III, PEDER A. GARSKE, PAUL O. GAGNIER; asesoría legal: BAKER & HOSTETLER, de Washington, D.C.

JUECES: ROBERT W. SWEET, JUEZ FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LOS E.U.A.

OPINIÓN: ROBERT W. SWEET

OPINIÓN: [*331] OPINIÓN

Sweet, Juez federal de primera instancia

Elliott Associates, L.P. (al que en lo sucesivo se denominará "Elliott") interpuso estas demandas con el objeto de hacer efectivo el cobro de sumas de dinero adeudadas y exigibles respecto a instrumentos de deuda externa que Elliott adquirió por cesión en los mercados de capitales secundarios. Los demandados La República del Perú (a la que en lo sucesivo se denominará "Perú") y Banco de la Nación (al que en lo sucesivo se denominará el "Banco") (y a los que en forma conjunta se denominará los "Demandados del Perú") admiten la validez de la deuda, pero niegan a Elliott como acreedor válido. Sostienen que las cesiones realizadas por dos terceros bancos son nulas por cuanto Elliott incurrió en la práctica de *champerty* (mediación interesada de parte indebida en pleito) al comprar la deuda contraviniendo las disposiciones de la sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York. El Banco argumenta adicionalmente [**2] que no puede ser responsable de la deuda cedida a Elliott, aun cuando las cesiones fueran válidas, debido a los efectos de una ley peruana promulgada en 1994 cuyo objeto fue el de transferir las obligaciones de deuda externa del Banco al Perú, con lo cual el Banco quedó supuestamente liberado de toda responsabilidad.

Vista la causa ante el juzgado y todos los procedimientos anteriores, así como las cuestiones de hecho y conclusiones de derecho, se pronunciará sentencia a favor de los Demandados del Perú.

Partes litigantes

Elliott es una sociedad en comandita del estado de Delaware autorizada para contratar en el estado de Nueva York, con domicilio en la ciudad de Nueva York, estado de Nueva York.

El Banco es una institución financiera extranjera que se constituyó al amparo de las leyes peruanas, con domicilio en la ciudad de Lima, Perú.

El Perú es un Estado extranjero, tal como se entiende este término en el artículo 1603(a), título 28 del Código Federal de los E.U.A.

Procedimientos previos

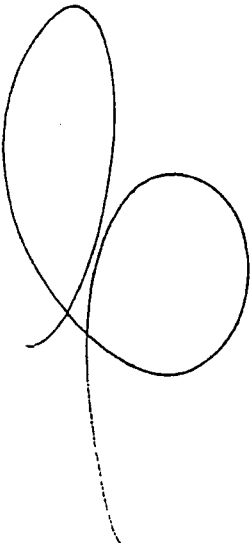
Los procedimientos previos de esta controversia están consignados en las opiniones anteriormente emitidas por este juzgado, asumiéndose conocimiento de las mismas. Véase *Elliot Assocs., L.P. contra la República del Perú, Fallos Sustentados en el Reglamento Procesal, vol. 176, pág. 93 (Distrito Sur de Nueva York, 1997)*; *Elliott Assocs., L.P. contra la República del Perú, LEXIS: 11185 Juzgados Federales de Primera Instancia, año 1997; acción civil 96-7916; WL. 1997 436493 (Distrito Sur de Nueva York, 01 de*

agosto de 1997); *Elliott Assocs., L.P. contra la República del Perú* [****3**], *Suplemento de Fallos Federales*, vol. 961, pág. 83 (*Distrito Sur de Nueva York, 1997*); *Elliott Assocs., L.P. contra la República del Perú*, *Suplemento de Fallos Federales*, vol. 948, pág. 1203 (*Distrito Sur de Nueva York, 1996*). Elliot interpuso estas demandas sobre pago de sumas de dinero el 18 de octubre de 1996 ante el Juzgado de Primera Instancia del Estado de Nueva York para el condado de Nueva York, alegando que el Banco se encontraba en falta en términos de ciertos contratos de préstamo celebrados por escrito y que el Perú se encontraba en falta en términos de una garantía escrita otorgada con respecto a ciertos contratos de préstamo. El Perú y el Banco transfirieron las demandas a este juzgado con fecha 21 de octubre de 1996. El 12 de diciembre de 1996, el juzgado denegó la petición de Elliott [***332**] para que se pronunciara un mandato de embargo y el 28 de abril de 1977 hizo lo mismo con una petición de Elliott para que se emitiera una sentencia sumaria. Se pronunciaron alrededor de catorce Mandatos y Opiniones con relación a la presentación de pruebas y el calendario del proceso. El 19 de marzo de 1998, se inició un juicio sin jurado que concluyó el 25 de marzo de 1998. Con posterioridad a este juicio se admitieron medios probatorios y los alegatos finales fueron conocidos el 26 de mayo de 1998, fecha en que se consideró totalmente promovida la demanda.

Cuestiones de hecho

I. Compra de deuda peruana por parte de Elliott

En una serie de cinco transacciones ocurridas entre el 31 de enero de 1996 y el 01 de marzo de 1996, Elliott compró, de manos del Swiss Bank Corporation (al que en lo sucesivo se denominará "SBC") y el ING Bank, N.V. (al que en lo sucesivo se denominará "ING") la totalidad del derecho, titularidad y participación sobre \$20 682 699,04 [**4] del principal, más todos los intereses vencidos e impagos, de la deuda por capital de trabajo n1 contraída, por el Banco de la Nación y el Banco Popular del Perú en virtud de ciertas cartas convenio (a las que en lo sucesivo se denominará las "Cartas Convenio"). Las Cartas Convenio fueron garantizadas por el Perú en términos de una garantía celebrada por escrito con fecha 31 de mayo de 1983 (a la que en lo sucesivo se denominará la "Garantía"). Elliott pagó a SBC y a ING un monto global de \$11 431 202,08.



n1 La deuda por capital de trabajo está constituida por préstamos directos entre un único prestamista y una entidad de un Estado extranjero; normalmente tiene menor cuantía que la deuda suscrita por consorcio bancario y por lo general está documentada por una carta convenio. Por el contrario, la deuda suscrita por consorcio bancario es una deuda suscrita por un banco principal que lleva libros y registros de todos los acreedores. La deuda por capital de trabajo es más difícil de negociar que la deuda suscrita por consorcio bancario porque, entre otras razones, no cuenta con un banco agente que se responsabilice de llevar los libros y registros sobre la titularidad del préstamo y los montos

pendientes de pago, lo que sí ocurre en el caso de la deuda suscrita por consorcio bancario. En la deuda por capital de trabajo, al no existir un banco agente, los compradores básicamente tienen que confiar en que el vendedor les transferirá un título de propiedad válido sobre una obligación válida que permanece pendiente de pago. Por estas razones, la deuda por capital de trabajo normalmente se negocia con un descuento de cuatro a seis por ciento en comparación con la deuda suscrita por consorcio bancario.

[5**]

Las operaciones de compra fueron como sigue: (1) el 31 de enero de 1996, SBC vendió \$5 000 000 de principal a \$2 589 500,00; (2) el 06 de febrero de 1996, ING vendió \$2 000 000 de principal a \$1 090 000; (3) el 14 de febrero de 1996, SBC vendió \$5 000 000 de principal a \$3 250 000; (4) el 14 de febrero de 1996, SBC vendió \$5 000 000 de principal a \$2 589 500; y (5) el 01 de marzo de 1996, SBC vendió \$3 682 679,55 de principal a \$1 907 259,83.

Elliott cerró su contrato de cesión con ING el 29 de marzo de 1996 y entregó a la antedicha una copia debidamente suscrita del contrato a más tardar el 15 de abril de 1996. Elliott cerró sus compras con SBC el 19 de abril de 1996 y entregó a la antedicha una copia debidamente suscrita del contrato de cesión el 01 de mayo de 1996.

Las Cartas Convenio y la Garantía, ambas regidas por la legislación de Nueva York, constituyen obligaciones válidas pendientes de pago del Banco y el Perú. Las Cartas Convenio y la Garantía otorgan a su poseedor, entre otras cosas, el derecho de recibir en pago la totalidad del principal, más los intereses fijados según las Cartas Convenio. Las Cartas Convenio y la Garantía asimismo otorgan a su poseedor el derecho de exigir el pago de honorarios de abogado, costos y costas [**6] que se haya afrontado para hacer cumplir las Cartas Convenio y la Garantía.

Del total de \$20 682 699,04, constituido por los montos principales de las obligaciones adquiridas por Elliott, el Banco es Deudor de \$7 000 000 del principal y el Banco Popular es Deudor del saldo de \$13 682 699,04 del principal. Sin embargo, el Perú garantizó el pago del monto íntegro.

El Banco y el Perú no han abonado ninguno de los montos cuyo pago ha vencido y es exigible en virtud de las Cartas Convenio o la Garantía. Por consiguiente, el Banco y el Perú se encuentran en situación de incumplimiento con respecto a sus obligaciones contempladas en los referidos instrumentos.

II. Elliott compró la deuda peruana con la intención y el propósito de entablar una acción judicial

Elliott compró la deuda peruana con la intención el propósito de entablar un juicio. Tal intención y propósito pueden inferirse de la

estrategia de inversión utilizada por Elliott, los antecedentes profesionales de las personas que se juntaron para materializar el proyecto de la deuda peruana, la dilatación, por parte de Elliott, del cierre de las operaciones de adquisición de la deuda peruana hasta que el Segundo Circuito esclareciera los riesgos post-litigio en el caso Pravin Banker, la carencia de credibilidad de las alternativas propuestas por Elliott y la conducta del antedicho con posterioridad a las compras.

[**333] A. Los asesores de Elliott en materia de deuda de los mercados emergentes tenían experiencia con la compra de deuda garantizada por el Estado y la interposición de demandas [**7] con respecto a la misma

Elliott conformó un equipo de inversión para la compra de deuda en los mercados emergentes, cuyos miembros fueron principalmente Jay Newman (a quien en lo sucesivo se denominará "Newman"), Andrew Kurtz (a quien en lo sucesivo se denominará "Kurtz"), experimentado analista y administrador de cartera de Elliott, Paul Singer (a quien en lo sucesivo se denominará "Singer"), fundador y presidente ejecutivo de Elliott, y Ralph Dellacamera (a quien en lo sucesivo se denominará "Dellacamera"), jefe de negociación de Elliott. Adicionalmente el equipo contrató los servicios de Michael Straus en calidad de asesor externo.

Antes de su primer encuentro con Newman, Elliott jamás había invertido en deuda de mercados emergentes. Elliott es un fondo de

inversión que, en la época en que se conformo el equipo de negociación de deuda garantizada por el Estado, se dedicaba a la compra de activos afectados que en su opinión habían sido subvaluados por el mercado. Entre estos activos se incluían empresas deudoras en quiebra, empresas recién salidas de una situación de quiebra o empresas que tenían que declararse formalmente en quiebra.

Singer, Kurtz y Dellacamera no tenían experiencia con la deuda de los mercados emergentes. Por lo tanto, Elliott confió en la experiencia y recomendaciones de Newman al comprar instrumentos de deuda de estos mercados.

Jay Newman, quien anteriormente había ejercido la abogacía, ingresó al mundo de la inversión en deuda garantizada por el Estado en el año 1983, época de la crisis de la deuda latinoamericana, al empezar a prestar servicios para Lehman Brothers. En 1987 o 1988 [**8], Newman se convirtió en director gerente de Lehman Brothers para la deuda tercermundista, con la responsabilidad de expandir el negocio de transacciones e inversión de Lehman Brother en esa área.

En 1989, Newman pasó a formar parte de Dillon Reed, donde continuó actuando como negociador e intermediario de instrumentos de deuda de los mercados emergentes y administraba un fondo de inversión de deuda tercermundista. Un año después, pasó a Morgan

Stanley, nuevamente para dedicarse a las inversiones en deuda de los mercados emergentes.

En 1993, Newman dejó Morgan Stanley para establecer el Percheron Fund, un fondo de inversión en paraísos fiscales que se concentró en la deuda de los mercados emergentes. Administró este fondo hasta 1995. También en 1993, se encargó de captar inversionistas para Water Street Bank & Trust Limited (al que en lo sucesivo se denominará "Water Street"), otro fondo de inversión en paraísos fiscales orientado a la deuda de los mercados emergentes. Casi simultáneamente, Newman puso en contacto a los inversionistas de Water Street con Michael Straus a quien había conocido en 1992 o 1993, cuando este último representaba a Banque de Gestion Privee-SIB en el juicio sobre deuda garantizada por el Estado entablado contra la República de Paraguay. Newman se enteró de la existencia de Strauss por su desempeño como apoderado judicial de clientes implicados en juicios sobre deuda garantizada por el Estado, dado que Straus ha participado en por lo menos otros trece litigios sobre deuda interpuestos en los Estados Unidos d[**9]e América contra Estados extranjeros. n2

n2 Últimamente, Straus ha invertido directamente en instrumentos de deuda de mercados emergentes y ha enjuiciado en nombre propio a un Estado. En 1996, Straus y Newman constituyeron la empresa Red Mountain Finance Company (a la que en lo sucesivo se denominará "Red Mountain") en Alabama, la misma que posteriormente compró instrumentos de deuda de

la República Democrática del Congo (ex República de Zaire) garantizada por el Estado. En diciembre de 1997, Red Mountain entabló ante este juzgado una demanda contra el Congo sobre pago de deuda.

Straus ayudó a Newman con la captación de inversionistas para Water Street y posteriormente se convirtió en apoderado judicial de Water Street para los litigios entablados por éste con respecto a la deuda garantizada por Estados.

Newman y Straus asesoraron a Water Street en lo concerniente a las compras de instrumentos de deuda de Polonia, Ecuador, Costa de Marfil, Panamá y Congo garantizada por los respectivos Estados. Posteriormente, Water Street entabló demandas contra cada uno de esos Estados con el objeto de obtener el pago íntegro de la deuda que había comprado. Straus actuó como apoderado judicial de Water Street en cada uno de estos litigios. Sin embargo, ni Newman ni Straus tenían la última palabra en cuanto a las decisiones de Water Street respecto a la compra de instrumentos de deuda de los mercados emergentes [**10] o la cobranza judicial a los respectivos Estados. En mayo de 1995, los inversionistas de Water Street decidieron liquidar el fondo y Newman "colaboró activamente en [la] liquidación de Water Street."

Straus se había familiarizado con los elementos de la práctica de *champerty* (mediación interesada de parte indebida en litigio). Los clientes de Straus fueron culpados de *champerty* en los casos

Banque de Gestion Privee-SIB contra La República de Paraguay, Suplemento de Fallos Federales, vol. 787, pág. 53 (Distrito Sur de Nueva York); *Water St. Bank & Trust Ltd. contra la República del Congo, acción civil 94-1894 (juez SS)* (Distrito Sur de Nueva York); y *Water St. Bank & Trust Ltd. contra la República de Polonia, acción civil 95-0042 (juez LAP)* (Distrito Sur de Nueva York). Adicionalmente [**334], Straus conocía el caso de *CIBC Bank and Trust Company (Cayman) Ltd., contra Banco Central do Brasil, Suplemento de Fallos Federales, vol. 886, pág. 1105* (Distrito Sur de Nueva York) en que el demandado planteó adujo la existencia de la práctica de *champerty*.

B. Inversiones de Elliott en la deuda de los mercados emergentes

Durante la liquidación de Water Street y Percheron, Newman "quiso participar en el negocio de la deuda terciarista." En consecuencia, cuando se presentó ante Elliott en agosto o setiembre de 1995, Newman "andaba básicamente en busca de una relación con un fondo de inversión que [le] permitiera continuar trabajando en esa área." Al llegar el mes de octubre de 1995, Newman fue contratado como asesor [**11] de Elliot y comenzó a hacer recomendaciones sobre la compra de la deuda de los mercados emergentes en el mercado secundario.

Según manifiesta Straus, en diciembre de 1995, fue Newman quien lo presentó a Elliott para que fuera contratado como asesor en el caso relativo a la deuda de los mercados emergentes. Straus fue

contratado por Elliott para intervenir como apoderado judicial en este caso y el juicio sobre deuda garantizada por el Estado que Elliott entabló contra la República de Panamá.

1. Las compras de instrumentos de la deuda panameña

En primer lugar, Newman recomendó a Elliott que comprara la deuda de la República de Panamá garantizada por el Estado, la misma deuda por la que Water Street había interpuesto una demanda. n3 Cuando Elliott compró la deuda panameña, Panamá estaba en la última fase de la reestructuración de su deuda. Newman y Singer sabían que Panamá había anunciado los términos de dicha reestructuración, y Newman informó a Elliott sobre el estado en que se encontraban las negociaciones de reestructuración de esa deuda.

n3 El juicio fue desestimado posteriormente debido a que Water Street no cumplió con revelar al juzgado la identidad de sus inversionistas. Véase *Water St. Bank & Trust Ltd. contra La República de Panamá*, LEXIS 1444, *Juzgados Federales de Primera Instancia de los E.U.A. 1995; acción civil 94-2609, WL 1995, 51160* (Distrito Sur de Nueva York, 08 de febrero de 1995).



[**12]

Elliott compró a \$17 579 685,56 obligaciones de deuda panameña cuyo valor nominal era de \$28 750 907,05, a través de transacciones con SBC, ING, First National Bank of Chicago y Citibank, NK. Newman se encargó de negociar los contratos de cesión.

Elliott se rehusó a participar en la reestructuración de la deuda panameña y, en julio de 1996, entabló una demanda contra Panamá procurando el pago íntegro de la deuda que había adquirido. En este litigio, Straus actuó como apoderado judicial de Elliott.

2. Las compras de deuda peruana

Lo siguiente que hizo Newman fue recomendar a Elliott la compra de instrumentos de deuda peruana garantizada por el Estado. Según Singer, Newman jugó "un papel decisivo al recomendar" la deuda peruana a Elliott "y "por ello fue que compramos la deuda".

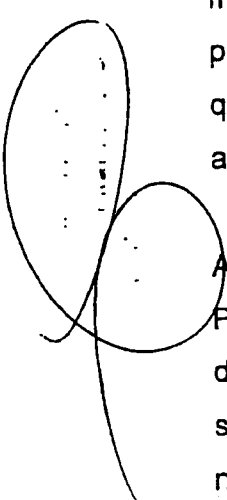
Al igual que Panamá, el Perú estaba en el proceso final de reestructuración cuando Elliott compró su deuda. En marzo de 1983, el Perú determinó que contaba con insuficientes reservas de divisas para atender el servicio de su deuda externa, por lo que entró en negociaciones con el Comité Asesor de Bancos para el Perú (al que en lo sucesivo se denominará "CAB"), un órgano constituido por representantes de los principales acreedores comerciales del Perú.

Las negociaciones devinieron en una serie de acuerdos de refinanciación, incluidas las cartas convenio de fechas 07 de marzo y

31 de mayo de 1983 (a las que en conjunto se denominará la "Las Cartas [**13] Convenio de 1983") suscritas entre bancos peruanos y empresas estatales y sus acreedores extranjeros y garantizadas por el gobierno peruano.

En 1984, año en que las subsiguientes negociaciones llegaron a un punto muerto, el Perú impuso restricciones al pago de su deuda externa. Como resultado de ello, el Perú incurrió en mora respecto a las deudas que había contraído con varios organismos multinacionales, naciones extranjeras y prestamistas comerciales extranjeros.

El 10 de marzo de 1989, el secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América, Nicholas Brady, modificó la política de este país respecto a la deuda internacional. Bajo la nueva política, conocida como "el Plan Brady", se instó a los prestamistas para que, de manera voluntaria, condonaran parte de la deuda no atendida por los países menos desarrollados, reestructuraran el saldo de la deuda que quedaba pendiente de pago y continuaran otorgando préstamos adicionales a estos países.

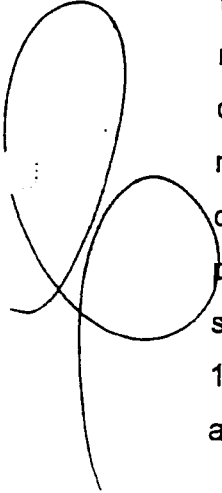


A partir del mes de marzo de 1990, los acreedores comerciales del Perú entablaron varias demandas en cinco países. El 25 de octubre de 1990, el Perú suscribió un acuerdo con el CAB para la suspensión de los juicios en trámite con el objeto de entrar en negociaciones destinadas a reestructurar la deuda peruana garantizada por el Estado. Aproximadamente un año después, en

setiembre de 1991, el Perú y el FMI celebraron un acuerdo de reestructuración de la economía peruana.

[*335] En 1993, la deuda peruana garantizada por el Estado era de aproximadamente \$25 mil millones, encontrándose entre los acreedores [**14] instituciones multinacionales como el FMI, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, otros países, miembros de la banca comercial y proveedores.

En diciembre de 1994, todos los acreedores que habían enjuiciado al Perú, con excepción de Pravin Banker Associates Ltd. (al que en lo sucesivo se denominará "Pravin Banker") desestimaron sus demandas como contraprestación de la Declaración de Suspensión formulada por el Perú en noviembre de 1992.



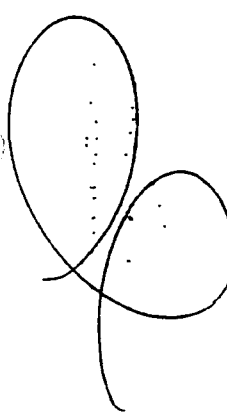
El 27 de octubre de 1995, el Perú y el CAB anunciaron públicamente un acuerdo en principio destinado a establecer un plan de reestructuración de la deuda acorde con el Plan Brady. El acuerdo contemplaba un monto de deuda cuyo valor nominal era de \$4,4mil millones, prácticamente la totalidad de la deuda comercial externa contraída por el Perú y deudores de los sectores público y privado peruanos, incluida la deuda materia de los presentes procesos. Fue sólo después de concretarse el acuerdo en principio, en enero de 1996, que Elliott comenzó a acumular la deuda materia de esta acción judicial.

Entre enero y junio de 1996 se negoció la hoja de términos sobre la reestructuración de la deuda peruana, la misma que fue emitida el 05 de junio de 1996. Se solicitó a los acreedores que, a más tardar el 31 de julio de 1996, presentaran su decisión de comprometerse a participar en la reestructuración. De los aproximadamente 180 acreedores elegibles para participar en la reestructuración de la deuda peruana, sólo Elliott [**15] y Pravin Banker se rehusaron a hacerlo.

El 08 de noviembre de 1996, el Perú y sus acreedores suscribieron un Acuerdo de Intercambio para ejecutar la reestructuración (al que en lo sucesivo se denominará el "Acuerdo Brady"), el cual se formalizó el 07 de marzo de 1997.

3. Elliott tenía la intención de interponer una acción judicial

a. Desde su inicio en octubre de 1995, la estrategia de Elliott en materia de deuda garantizada por el Estado se orientó a la interposición de litigios



Tal como lo manifestó de manera sucinta el presidente de Elliott, Paul Singer: "el Perúnos pagaría el íntegro de la deuda o sería enjuiciado." Dadas las circunstancias existentes en enero de 1996, cuando Elliott comenzó a acumular instrumentos de deuda peruana, la única forma creíble en que Elliott podía alcanzar su cometido de que se le pagara el íntegro de la deuda era por la vía judicial.

Singer, presidente de Elliott, admitió que exigir el pago íntegro y enjuiciar al Perú constituía una de las estrategias de inversión de Elliott cuando éste compró la deuda peruana, aunque advirtió que tal alternativa era considerada una última opción dado que normalmente se obtenía un rendimiento ínfimo sobre la inversión cuando se recurría a la cobranza judicial. De esta manera, Singer contradecía tanto a Newman como a Kurtz cuando en sus testimoniales manifestaron que la interposición de un juicio o procurar el pago íntegro de la deuda no se consideraban una estrategia.

b. Newman y Straus tienen un largo historial de litigios contra Estados extranjeros

Tanto Newman, en cuyas recomendaciones Elliott [**16] se basó al decidirse por invertir en la deuda peruana, como Straus, con quien Elliott entró en contacto en diciembre de 1995, antes de que comenzaran a invertir en la deuda, tienen experiencia con la estrategia de inversión consistente en comprar deuda de mercados emergentes y entablar juicios con respecto a la misma. Su participación con Elliott constituye una prueba bastante sólida sobre la intención que tuvo Elliott al comprar la deuda.

Durante el tiempo en que Newman y Straus estuvieron asociados a Water Street, esta última entabló ante este juzgado por lo menos seis juicios sobre cobro de deuda contra Estados. n4 Straus también asesoró a Water Street en la compra de deuda ecuatoriana,

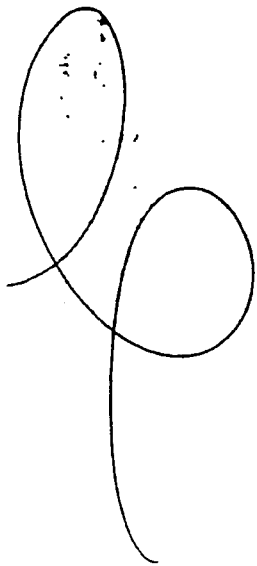
panameña y polaca garantizada por los respectivos Estados y Water Street posteriormente entabló juicios contra cada uno de estos países en Londres. Adicionalmente a su papel de apoderado judicial de Elliott en esta causa, Straus ha participado como asesor legal en por lo menos otros seis juicios sobre deuda garantizada por el Estado entablados contra países de los mercados emergentes. n5 En diciembre de 1997, Red Mountain Finance, empresa de Straus, [**336] entabló una demanda contra el Congo tras haber comprado en el mercado secundario instrumentos de deuda de ese país garantizados por el Estado, sujetos a descuento. n6

n4 Water St. Bank & Trust Ltd. contra la República de Costa de Marfil, acción civil 94-2376 (Distrito Sur de Nueva York); Water St. Bank & Trust Ltd. contra la República del Congo, acción civil 94-1894 (juez SS) (Distrito Sur de Nueva York); Water St. Bank & Trust Ltd. contra la República Popular de Polonia, acción civil 94-2428 (juez LAP) (Distrito Sur de Nueva York); Water St. Bank & Trust Ltd. contra la República de Polonia, acción civil 95-0042 (juez LAP) (Distrito Sur de Nueva York); Water St. Bank & Trust Ltd. contra la República de Panamá, acción civil 94-2609 (juez MGC) (Distrito Sur de Nueva York); y Water St. Bank & Trust Ltd. contra Banco Central del Ecuador, acción civil 95-5253 (juez JES) (Distrito Sur de Nueva York).



[**17]

n5 *Banque de Gestion Privee-SIB contra la República de Paraguay, Suplemento de Fallos Federales, vol. 787, pág. 53; acción civil 91-7952 (juez MBM) (Distrito Sur de Nueva York); Weston Compagnie de Finance et D'Investissement, S.A. contra La República del Ecuador, acción civil 93-2698 (Distrito Sur de Nueva York); LNC Investments, Inc. contra La República de Zaire, acción civil 96-5281 (Distrito Sur de Nueva York); Elliott Associates, L.P. contra la República de Panamá, acción civil 96-5514 (juez DC) (Distrito Sur de Nueva York); Elliott Associates, L.P. contra la República de Panamá, No. 603615/96 (Juzgado de Primera Instancia del Estado de Nueva York); y *Allied Bank Int'l contra Banco Crédito Agrícola de Cartago, Suplemento de Fallos Federales, vol. 757, segunda serie, pág. 516 (Segundo Circuito, 1985)*. Straus actuó como representante del demandante en todos estos casos, exceptuado el de Allied.*



n6 Con el objeto de demostrar que Elliott tenía la intención y el propósito de demandar judicialmente, el Perú presentó pruebas adicionales, a las que este juzgado no otorga crédito. Por ejemplo, el juzgado no reconoce la inferencia que el Perú pretende deducir en el sentido de que la *due diligence* (auditoría legal) realizada por Elliott respecto a las cesiones de la deuda Peruana demuestra que había la intención de demandar. Como lo sostiene Elliott, la realización de este trámite es coherente con la práctica

comercial prudente que permite asegurar la exigibilidad de la deuda adquirida.

c. Elliott dilató el cierre [**18] de sus transacciones de compra de deuda peruana hasta que el Segundo Circuito hubiera esclarecido los riesgos del litigio

12-04-96
Elliott dilató intencionalmente la formalización de las cesiones hasta después del 12 de abril de 1996, fecha en que el Segundo Circuito denegó la petición del Perú para que se emitiera un mandato de suspensión de la ejecución de una sentencia sin que se exigiera a los demandados el depósito de una fianza por el monto de la sentencia, con lo cual se esclarecieron los riesgos que podría enfrentar Elliott si entablaba una demanda. Véase el caso Pravin Banker Associates Ltd. contra el Banco Popular del Perú, mandato No. 96-7183 (Segundo Circuito, 12 de abril de 1996).

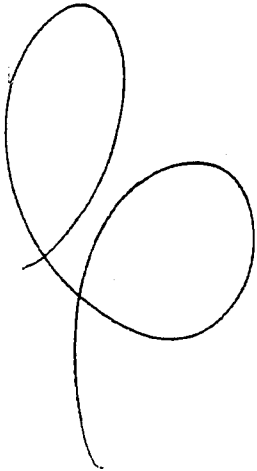
19-04-96
1. El contrato de cesión entre Elliott y SBC

El contrato de cesión entre Elliott y SBC, en el que se contemplan cuatro operaciones —con fechas 31 de enero, 13 de febrero (dos transacciones separadas) y 01 de marzo de 1996— se celebró el 19 de abril de 1996. Ricardo Leiva, empleado de SBS responsable del cierre de estas operaciones, manifestó en su testimonial que esperaba que el negocio se cerrara en el plazo de 21 días calendario o 15 días hábiles, que era lo usual en este tipo de operaciones. n7 Leiva señaló en su testimonio que la práctica habitual en SBS era formalizar las cesiones en un plazo de 15 días hábiles, incluso

cuando dentro de ese período se produjeran nuevas operaciones con la misma contraparte. Las nuevas operaciones normalmente se sumaban a la transacción y todas las compras se cerraban dentro del plazo de 15 días [**19] hábiles.

n7 La confirmación de la transacción emitida por SBC establecía un plazo de 21 días calendario.

Sin embargo, Elliott rechazó el formulario de cesión estándar de la Asociación de Operadores de los Mercados Emergentes (a la que en lo sucesivo se denominará "ACME"), n8 y pidió que en lugar de éste, SBC utilizara el mismo formulario de contrato de cesión que se había empleado para una anterior compra de deuda panameña que Elliott había transado con SBC. n9 Leiva revisó el contrato anterior con el objeto de incorporar los términos de la transacción sobre la deuda peruana y, el 07 de febrero de 1996, lo remitió a Elliott para su suscripción.



n8 Generalmente, aunque no siempre, SBC utilizaba el formulario estándar de la ACME, el cual se había establecido con el objeto de simplificar y uniformar el proceso de cierre de las transacciones con deuda garantizada por Estados.

n9 La deuda panameña había sido suscrita por un consorcio bancario, mientras que la deuda peruana era por capital de trabajo.

Si bien Elliott anteriormente había aprobado y suscrito el formulario del contrato de cesión cuando compró [**20] la deuda panameña, como respuesta al borrador de contrato remitido por SBC, Elliott exigió el 21 de febrero de 1996 que se hiciera un gran número de cambios y pidió documentación adicional. Según testimonio de Leiva, éste se sorprendió por el nivel de las modificaciones propuestas por Elliott para el contrato de cesión.

El 21 de marzo de 1996, casi dos meses después de su primera operación con Elliott, SBC recibió de Elliott una solicitud para que se hicieran las siguientes modificaciones adicionales en el contrato de cesión: (a) la inclusión de una cláusula en la que se declarara que la deuda objeto de la compra se encontraba aún pendiente de pago; (b) la inclusión de una cláusula por la que se declarara que el Acuerdo de Suspensión y la Garantía permanecían vigentes; y (c) copias de los contratos de préstamo sustentatorios.

El 21 de marzo de 1996, el abogado de Elliott informó a SBC que Elliott no aceptaría una cláusula del contrato de compra de la deuda peruana por la que se exigía a Elliott otorgar su consentimiento respecto al programa de privatización del Perú de enero de 1994 y, el 22 de marzo de 1996, envió modificaciones adicionales al contrato de cesión.

El 04 de abril de 1996, SBC remitió a Elliott un documento titulado "borrador final del contrato de cesión" y adjuntó copias de los

originales de las cartas convenio suscritas con los bancos Chase and Crocker que eran parte de la documentación exigida por Elliott.

El 12 de abril de 1996, el señor Leiva informó a Sarah Fels [**21], miembro del departamento legal de SBC que aún quedaba pendiente una serie de asuntos importantes [**337] con relación a la transacción con Elliott.

El 15 de abril de 1996, tres días después del fallo pronunciado por el Segundo Circuito con respecto al caso Pravin Banker, y aproximadamente dos meses y medio después de la fecha de la operación, el banco ING recibió ejemplares impresos del contrato de cesión suscrito por Singer, representante autorizado de Elliott.

Poco después, el 19 de abril de 1996, se formalizó con SBC la compra de la deuda peruana por parte de Elliott, aunque no fue sino hasta el 01 de mayo de 1996 que Newman remitió a SBC ejemplares impresos suscritos del contrato de cesión relativo a la deuda peruana.

Las operaciones con SBC se cerraron dos meses y 19 días después de la fecha en que tuviera lugar la primera de ellas. Considerando que era habitual formalizar una transacción a los 15 días hábiles de una segunda operación, las cesiones tendrían que haberse formalizado a más tardar el 22 de marzo de 1996, lo que no ocurrió sino hasta unas cuatro semanas después.

Leiva manifestó que, en los tres años y medio que llevaba como agente de cierre de transacciones en SBC, la operación entre Elliott-SBC era la que más tiempo había tomado en cerrarse entre las aproximadamente 300 negociaciones con deuda garantizada por Estados en las que había participado. Asimismo, señaló que jamás ha experimentado con la venta [**22] de deuda por capital de trabajo problemas de tal magnitud como los que encontró en la transacción Elliott-SBC.

2. El contrato de cesión con ING


El 09 de febrero de 1996, ING remitió a Elliott una propuesta de contrato de cesión, basada en el contrato de cesión que Elliott había suscrito anteriormente cuando compró a ING instrumentos de deuda panameña. Dado que el contrato había contado con la aceptación de Elliott en la oportunidad en que éste compró la deuda panameña, Margaret Forehand, la encargada de cerrar la transacción, manifestó en su testimonial que calculaba que el contrato también gozaría de la aceptación de Elliot para la compra de la deuda peruana.

Como respuesta al borrador del contrato de cesión remitido por ING, Elliott envió a ING, el 21 de febrero de 1996, comentarios y modificaciones con respecto al mismo. Cuando llamó a Newman y se le dijo que Elliott había enviado sus comentarios sobre el contrato, ya había transcurrido una semana de la remisión del borrador sin que Forehand hubiera recibido respuesta alguna.

El 01 de marzo de 1996, Forehand remitió una versión revisada del contrato de cesión con ING en el que se había incorporado las modificaciones solicitadas por Elliott con ligeras variantes con lo que, según calculó, la transacción se concretaría en esa oportunidad.

Como respuesta al fax remitido por ING el 01 de marzo de 1996, Elliott solicitó cambios adicionales e insistió en que ING le informara [**23] cuál había sido la última fecha en que se había pagado intereses sobre la deuda. Forehand manifestó en su testimonial que no era habitual en el mercado que un comprador pidiera conocer la fecha de último pago.

El departamento legal de ING preparó una carta dirigida a Elliott en la que se le indicaba que la transacción debía cerrarse a más tardar en una fecha específica o se cancelaría el trato. Adicionalmente, la misiva señalaba que Elliott había "dilatado injustificadamente la liquidación de la transacción y solicitado la inclusión de ciertas cláusulas sobre la cesión de los activos, algo que no constituye una práctica habitual del mercado y que no podemos aceptar ni atender." Ante el ultimátum de ING, Newman llamó por teléfono a Forehand y manifestó que Elliott cerraría la transacción con ING el 29 de marzo de 1996.

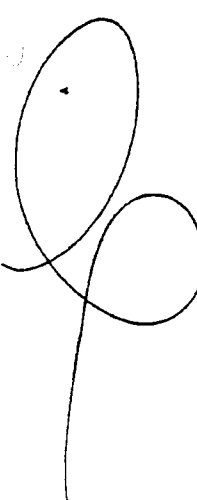


El 28 de marzo de 1996, Newman remitió a ING vía fax las páginas de firmas del contrato de cesión suscritas. Estas páginas fueron firmadas por Dellacamera, quien supuestamente actuaba en nombre de Elliott. Sin embargo, Dellacamera no estaba autorizado para

firmar en nombre de Elliott el contrato de cesión con ING. En general, no poseía autorización alguna para firmar contratos en nombre de Elliott. Dellacamera podía firmar sólo si Singer había firmado un poder especial por escrito para tal efecto y no se había suscrito poder escrito alguno a favor de Dellacamera [**24] con respecto al contrato con ING. Elliott admitió que envió el contrato firmado sólo cuando fue amenazado por ING con la cancelación de la transacción. Al día siguiente, 29 de marzo de 1996, Elliott pagó a ING mediante giro cablegráfico.

De acuerdo con el testimonio de Forehand, ésta no conocía motivo alguno por el que no pudiera cerrarse la transacción con Elliott dentro del plazo estándar de 21 días calendario. A decir verdad, en vista de que Elliott no cerró la transacción a tiempo, ING le impuso penalidades financieras. Forehand manifestó en su testimonial que ha [*338] tramitado para ING cientos de transacciones con deudas garantizadas por Estados y que la magnitud de las modificaciones solicitadas por Elliott para el contrato con ING no era lo que se estilaba.

3. Elliott no ofreció ninguna explicación alternativa respecto la dilatación de las transacciones



Aun cuando Newman era responsable de negociar el contrato de cesión con SBC en nombre de Elliott, manifestó en su testimonial que no sabía por qué motivo el cierre de la transacción había tomado desde el 31 de enero de 1996 hasta el 19 de abril de 1996.

Sin embargo, en el proceso, Newman ofreció como prueba una lista de supuestas razones para la dilatación. En primer lugar, Newman culpó a SBC, manifestando que "decían y se desdecían mucho.....en sus afirmaciones" sobre el monto de los intereses vencidos; existía un "problema en el manejo de términos" entre [**25] el abogado de Elliott y el agente de cierre de SBC y, además, que SBC no cumplió con entregar la documentación sustentatoria de la deuda.

Newman citó asimismo la preocupación del abogado de Elliott, Larry Hui, de que todo estuviera "con 'puntos y comas' ya que se trataba de préstamos directos" y no préstamos suscritos por un consorcio bancario. Newman afirmó que Elliott tenía por práctica ser "obsesivo" respecto a la "necesidad y exactitud de la documentación relativa a sus compras de inversión". Asimismo señaló que "la casa tiene como política actuar con sumo cuidado y perfección" y que los abogados de Elliott "tenían esa instrucción" con relación a las compras negociadas con SBC e ING.

Finalmente, Newman argumentó que la dilatación del cierre obedeció a que Elliott había realizado "seis u ocho compras diferentes" y quería "incluir las todas en un solo documento" en lugar de tener que celebrar "seis u ocho contratos de cesión distintos".

Elliott realizó cinco operaciones con respecto a la deuda peruana, la última de las cuales concluyó el 01 de marzo de 1996. La complejidad de las cesiones de deuda por capital de trabajo no explica por qué los contratos no se cerraron sino hasta seis semanas después, vale decir, el 15 de abril de 1996. El hecho de que se fijara

el cierre de las transacciones para después del 12 de abril de 1996, fecha en que el Segundo Circuito [**26] denegó la petición de suspensión formulada por el Perú, es más que una mera coincidencia y pone de manifiesto la estrategia deliberada de contar con la opción de deshacer las operaciones si los riesgos del litigio resultaban demasiado grandes.

B. Elliott no consideró seriamente alternativas diferentes al enjuiciamiento

Durante el proceso, Elliott propuso varias alternativas distintas a la interposición de una demanda, en un esfuerzo por reconfigurar la intención que tenía cuando decidió comprar la deuda peruana. Entre estas alternativas se incluyeron las siguientes:

- (1) ejercer la tenencia de la deuda y venderla;
- (2) participar en el programa de privatización del Perú;
- (3) participar en la reestructuración de la deuda peruana, lo que incluía una negociación para mejorar los términos de reestructuración ofrecidos a todos los acreedores del Perú; y
- (4) negociar por separado con el Perú con el objeto de obtener mejores condiciones que las planteadas en el Plan Brady.

No obstante, las pruebas ofrecidas en el proceso demostraron clara y convincentemente que Elliott no consideró ninguna de estas alternativas de manera realista cuando compró la deuda peruana. Desde un comienzo, Elliott tuvo la intención de demandar judicialmente y el testimonio en contrario no tuvo credibilidad.

1. Elliott no planeó ejercer la tenencia de la deuda peruana y venderla

Newman, Kurtz y Singer manifestaron en sus respectivas testimoniales que [**27] una de las estrategias de inversión de Elliott consistía en ejercer la tenencia de la deuda peruana que había comprado y venderla. Singer señaló que esta estrategia era el "primer recurso" de Elliott. Sin embargo, las pruebas ofrecidas durante el proceso demuestran que Elliott nunca tuvo la intención de vender sus títulos de la deuda peruana.

Singer admitió que Elliott jamás trató de vender la deuda peruana que había adquirido de SBC e ING. Si bien antes de que Elliott entablara la presente demanda, SBC ofreció recomprarle la deuda a un "precio mutuamente aceptable", Elliott rechazó la propuesta de SBC sin discutir precio alguno. Singer manifestó categóricamente que la venta de la deuda a SBC "no constituía una opción y, yo ni siquiera sabía en esa oportunidad cuál sería un precio mutuamente aceptable". SBC repitió su oferta dos veces y en cada una de ellas, Elliott se negó a venderle la deuda.

[*339] De manera similar, el 30 de mayo de 1996, ING ofreció ceder el derecho de Elliott sobre la deuda que éste había adquirido de ING a un comprador escogido por Elliott, de manera que Elliott obtuviera el beneficio económico de la compra de la deuda peruana. El 31 de mayo de 1996, Newman rechazó la oferta de ING. Newman admitió que Elliott ni siquiera hizo una investigación para identificar posibles compradores.

En efecto, la única oferta hecha por Elliott para vender sus títulos de la deuda Peruana (por el monto total del principal [**28] más los intereses) tuvo lugar en noviembre de 1996, después de haber interpuesto la demanda contra el Perú.

3. Elliott no tuvo planes para invertir en el programa de privatización del Perú

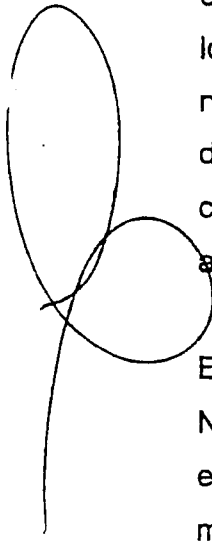
Otra de las "estrategias de inversión" aducidas por Elliott consistió en participar en el programa de privatización peruano. Sin embargo, esta alternativa no iba a permitir a Elliott alcanzar su objetivo de obtener un pago íntegro por la deuda en su poder y, además, Elliott no estaba familiarizado con el programa de privatización.

El objetivo primordial que tuvo Elliott cuando invirtió en instrumentos de la deuda peruana fue el de recibir un pago íntegro: "El Perú.....nos pagaba el íntegro de la deuda o sería enjuiciado". Sin embargo, de acuerdo al programa de privatización peruano, se valorizaba sólo el monto del principal de la deuda aportada y los

compradores potenciales eran obligados a renunciar al derecho de recibir intereses sobre ese principal. En consecuencia, la participación en una privatización no era un medio factible para obtener el pago íntegro de la deuda, incluidos los intereses.

Además, el testimonio de Elliott en el sentido de que el Perú negociaría un *swap* (permuta financiera) de deuda por capital social no era creíble y se sustentaba en información errónea. Según manifestó Newman en su testimonial, "quien tenga interés en comprar empresas peruanas, puede entrar en contacto con el Perú para hablar sobre el precio de compra en un marco de negociación y también negociar cuánto pagará por ellas. Y parte del pago podría efectuarse en términos de deuda." Newman [**29] argumentó que los proyectos de privatización se realizaban "mayormente en base a negociación" y no por convocatoria a licitación, ya que el Perú tenía "pautas y márgenes" establecidos que le daban flexibilidad para valorizar la deuda aportada a una privatización. Sin embargo, Newman no fue capaz de identificar un solo caso en que el Perú hubiera negociado con un acreedor el valor de la deuda aportada a una transacción de privatización. Además, Newman no supo explicar cómo funcionaba el proceso de licitación y tampoco sabía que todos los activos privatizados eran vendidos por concurso público. Ciertamente, Newman admitió que jamás hizo una investigación sobre los procedimientos utilizados por el Perú para poner en marcha su programa de privatizaciones.

El doctor Jorge Peschiera (a quien en lo sucesivo se denominará "Peschiera") quien se desempeñó como jefe de negociación de la deuda peruana desde 1993 hasta 1997, ofreció una descripción verosímil del proceso de privatización. Para poner en marcha el proceso de privatización, el gobierno peruano estableció un comité ministerial encargada de supervisar dicho proceso y determinar cuáles eran las empresas que debía privatizarse. Posteriormente, se estableció un comité especial para cada empresa materia de la privatización. Cada uno de estos comités especiales realizó una convocatoria a licitación con el objeto de escoger un banco de inversión que actuara como su asesor. Las condiciones de la licitación fueron anunciadas públicamente [**30] y las ofertas fueron abiertas públicamente. La mayoría de los postores que recibieron la buena pro estaba constituida por instituciones internacionales de gran envergadura. Tras la selección del banco de inversión, cada comité especial y su banco de inversión determinaron la mejor forma de proceder y se preparó un plan de privatización. Este plan incluyó los criterios para la presentación de ofertas —por ejemplo, necesidades de capital mínimas, compromiso para la construcción de infraestructura y experiencia en el sector de que se tratara. Estos criterios fueron establecidos antes de la convocatoria a licitación y se anunciaron públicamente.

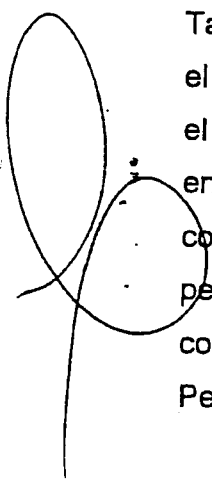


En consecuencia, contrariamente al argumento insostenible de Newman de que el Perú negociararía por separado con los acreedores en lo concerniente a los proyectos de privatización, Peschiera manifestó en su testimonial que el Perú convocó públicamente a

postores calificados para que hicieran propuestas, abrió las mismas públicamente y seleccionó la oferta más conveniente. Además, Peschiera señaló que no hubo ninguna negociación privada entre el Perú y los posibles compradores sobre los criterios de participación, así como tampoco la hubo con los ganadores de los concursos.

4. Elliot no tuvo la intención de participar en el Plan Brady del Perú

Newman, Kurtz y Singer sostuvieron que la participación en la reestructuración de la deuda peruana era una de las estrategias de Elliott. Sin embargo, [**31], Elliott conocía los términos de esta reestructuración antes de comprar la deuda peruana y rechazó oportunidades para participar en la misma.



Al comprar la deuda peruana, Elliott sabía que el Perú había anunciado [*340] los términos de su acuerdo de reestructuración. Tanto Singer como Newman testificaron que Elliott había calculado el "considerable descuento" sobre el valor nominal de la deuda que el Perú ofrecía en el marco de la reestructuración. Singer manifestó en su testimonial que este cálculo había sido efectuado "tan pronto como [Elliott] supo que tenía la posibilidad de comprar la deuda peruana" y conoció los términos del Plan Brady. Elliott también tuvo conocimiento de las negociaciones del Comité Asesor de Bancos del Perú antes de comprar los instrumentos de la deuda peruana.

Incluso antes de comprar la deuda peruana, Elliott había llegado a la conclusión de que iba a plantear un reclamo en el sentido de que la

deuda peruana estaba siendo subvaluada en el marco de la reestructuración. Newman manifestó en su testimonial que "guardaba escepticismo respecto a los términos del Plan Brady".

A decir verdad, Elliott rechazó todas y cada una de las oportunidades que se le presentaron para participar en la reestructuración de la deuda peruana. Newman reconoció que Elliott tuvo la oportunidad de comprometerse con la reestructuración de la deuda peruana, sin embargo se rehusó a hacerlo y Singer admitió que [**32] Elliott nunca trató de participar en dicha reestructuración.

5. Elliott no tuvo planes para negociar por separado con el Perú

Finalmente, los testigos de Elliott señalaron que otra de las estrategias de inversión era la negociación por separado con el Perú, al margen de las negociaciones mantenidas por este último con el CAB. Sin embargo, los argumentos en los que Elliott supuestamente basa su conclusión sobre la viabilidad de la estrategia carecen de credibilidad.

a. Elliott sabía cuáles eran los incentivos que tenía el Perú para no negociar por separado

En vista de que el CAB insistió en que todos los acreedores deberían recibir igual trato, el Perú anunció públicamente que negociarías las condiciones de reestructuración de su deuda sólo con el CAB y no sostendría negociaciones por separado con los

acreedores. Como parte de la *due diligence* (auditoría legal) realizada por Elliott con miras a la compra de la deuda peruana, Kurtz tuvo la oportunidad de leer las decisiones emitidas por el juzgado del caso Pravin Banker, incluido el fallo del 24 de agosto de 1995. En este fallo, el juzgado comentó que "los Demandados se han dado cuenta de que el Perú ha prometido ante el Comité Asesor de Bancos no otorgar a los acreedores que lo hayan enjuiciado un trato más ventajoso que a los acreedores sujetos a la Declaración de Suspensión".

Durante el proceso, Newman admitió que sabía que los países que se encuentran en proceso de negociar con un comité asesor de bancos la reestructuración [**33] de sus deudas garantizadas por el Estado se resisten a negociar separadamente con los acreedores. Específicamente con relación al Perú, Newman testificó durante el proceso que antes de que Elliott comprara la deuda peruana, sabía que el Perú se había resistido a celebrar negociaciones por separado con los acreedores en relación con los casos de Pravin Banker y Banco Cafetero.

b. El argumento de Elliott en el sentido de que el Perú negociaría por separado no tiene sustento

Como fundamento para argumentar que Elliott consideraba que podría negociar por separado con el Perú, Newman señaló que "el Perú es probablemente el deudor más oportunista de todos los Estados que he visto" y para probar esto, mencionó varios puntos:

(1) la conducta del gobierno de Alan García; (2) el hecho de que el Perú suspendiera en diferentes oportunidades el pago de los intereses sobre sus préstamos de capital de trabajo; (3) el programa de recompra del Banco de la Nación; (3)(sic) el programa de privatización peruano; (4) la liquidación por parte del Perú de un reclamo comprado por AIG; y (5) supuestos tratos colaterales celebrados por el Perú. En resumen, Elliott argumentó que la conducta "oportunista" del Perú lo llevó a creer que éste aceptaría celebrar negociaciones por separado.

1). Diferentes fechas de incumplimiento para diferentes [**34] acreedores

Newman señaló que era posible inferir que el Perú era oportunista por naturaleza si se observaba que, cuando este país comenzó a incumplir el pago de su deuda por capital de trabajo en el año 1988, no lo hizo simultáneamente con todos los préstamos de capital de trabajo. Más bien —señaló— lo hizo selectivamente en un lapso de cinco años entre 1988 y 1992.

Sin embargo, Peschiera manifestó en su testimonial que las fechas en que dejó de cumplirse el pago de la deuda por capital de trabajo no obedecieron a un tratamiento selectivo de los acreedores, sino que fueron determinadas en atención a las fechas en que los prestatarios del sector privado, destinatarios finales del dinero, suspendieron sus pagos a la banca estatal peruana que era la que había solicitado el préstamo de dichos fondos y a su vez los había

otorgado en préstamo [**341]. Dado que los prestatarios del sector privado comenzaron a experimentar dificultades financieras y se declararon en quiebra en fechas diferentes, las correspondientes fechas en que se suspendió el pago de la deuda fueron también diferentes. Adicionalmente, Peschiera explicó que los propios bancos estatales, como el Banco Popular, se declararon en quiebra en fechas diferentes.

2) El programa de recompra

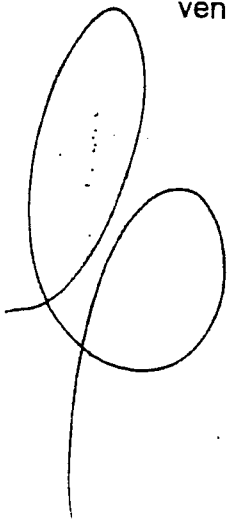
Newman también hizo mención al programa de recompra del Banco como prueba de que el Perú daba un trato diferente a sus acreedores y que, por lo tanto, sus esperanzas de negociar un arreglo por separado con este país eran realistas. [**35]

Las pruebas ofrecidas durante el proceso dejaron establecido que aproximadamente en julio de 1994 y en forma permanente hasta más o menos la fecha en que el Perú terminó las negociaciones sobre el Plan Brady, el Banco montó un programa para comprar, en el mercado secundario, la deuda peruana garantizada por el Estado (al que en lo sucesivo se denominará el "Programa de Recompra"). El Programa de Recompra fue puesto en marcha con autorización del Banco, pero fue dado a conocer y sometido a la aprobación de ciertos miembros del gobierno peruano.

Para realizar las compras, el Banco daba pautas a SBC respecto al tipo y monto de la deuda que debía comprarse y el precio de compra

máximo. Una vez que recibía las instrucciones del Banco, SBC se ceñía a las mismas en su tarea de captar vendedores en el mercado secundario. Cualquier tenedor de títulos de la deuda peruana podía venderlos a SBC siempre dentro de los límites establecidos en las instrucciones del Banco. Peschiera manifestó en su testimonial que el Banco jamás impartió instrucciones sobre a quiénes debía dirigirse SBC para comprar la deuda peruana y, hasta donde sabe, SBC jamás hizo distinciones entre los vendedores.

El Perú compró, con un descuento sustancial, \$1 735 mil millones en valor nominal del principal, lo que representaba aproximadamente el 41% del total impago de \$4,2 mil millones, en valor nominal. El valor total de la deuda peruana objeto de la recompra, sumando el principal y los intereses vencidos, [**36] ascendía a \$3,5 mil millones. El Programa de Recompra fue ejecutado con carácter confidencial, por lo que no fue dado a conocer a ninguno de los vendedores. n10



n10 Elliott asimismo sostiene que el Programa de Recompra llevó a que se subvaluara la deuda peruana en el marco del Plan Brady. Sin embargo, Peschiera manifestó en su testimonial que sabía que Jorge Camet, Ministro de Economía y Finanzas del Perú había informado a los funcionarios del FMI sobre el Programa de Recompra en el momento en que éste fue iniciado. Además, ya desde julio de 1995, representantes del CAB informaron al Perú que SBC estaba comprando grandes cantidades de deuda

peruana y que sospechaban que el Perú andaba detrás de estas compras.

A principios de 1996, el Programa de Recompra fue objeto de una amplia cobertura informativa en la prensa financiera, donde se indicó el monto comprado y el costo del programa, lo que fue de conocimiento de Elliott. Peschiera señaló en su testimonial que el Perú y el CAB en efecto tomaron nota de los montos comprados de conformidad con el Programa de Recompra para calcular el descuento que debía aplicarse a la deuda peruana en el marco del plan de reestructuración. En otras palabras, el Programa de Recompra fue tomado como referencia para establecer los términos en que se valorizaría la deuda peruana en la reestructuración. Ciertamente, ya en 1995, Elliott tuvo conocimiento de los informes de prensa donde se señalaba que el Perú o alguna entidad dentro de este país estaba recomprando la deuda peruana. El abogado de Elliott incluso hizo referencia al programa de recompra durante las negociaciones con SBC para la compra de la deuda.



[**37]

Si bien el Programa de Recompra puede demostrar que el Perú pudo aprovechar las favorables condiciones del mercado para recomprar su propia deuda con descuento sobre el valor nominal,

ello no es prueba del tipo de tratamiento individualizado que Elliott — según éste mismo sostiene— procuró obtener.

3) El programa de privatización

Newman citó asimismo el programa de privatización peruano como un ejemplo del trato diferente dado por el Perú a sus acreedores, argumentando que los inversionistas serios podían "proponer el tipo de deuda que utilizarían y el precio al cual ésta se rescataría." Newman afirmó que, a partir de 1993, "el Perú celebró negociaciones por separado con muchos, muchos, muchos tenedores de instrumentos de la deuda peruana, particularmente los tenedores de deuda por capital de trabajo, básicamente con el objeto de poner en marcha conversiones de deuda por capital, de acuerdo con las cuales, la deuda se convertía en inversiones en el capital de empresas peruanas."

Sin embargo, Newman admitió que jamás realizó una investigación de los términos y procedimientos para participar en el programa de privatización peruano. Por ejemplo, Newman no conocía que, de acuerdo con este programa, todos los activos se vendían por licitación pública. Peschiera indicó en su manifestación que tanto los términos del proceso de licitación como los resultados eran anunciados públicamente. Señaló, asimismo que, hasta donde sabía, no hubo ninguna [**38] negociación por separado entre el Perú y los compradores potenciales.

Newman tampoco sabía que la ley peruana establecía una fórmula para valorizar la deuda ofrecida bajo el programa de [**342] privatización. Peschiera testificó que, en 1993, el Perú promulgó una legislación en la que se especificaba cómo podía utilizarse la deuda en el proceso de privatización "para tratar de conceder a todos una oportunidad, la misma oportunidad."

4) Negociación con American International Group

Newman señaló además en su testimonial "tengo amigos en AIG...que dicen que han obtenido buenos resultados en sus negociaciones directas con el Perú, porque éste le debía dinero a AIG." Peschiera explicó, sin embargo, que el acuerdo de AIG con el Perú se refería al finiquito de un reclamo derivado de la expropiación de una empresa petrolera por el gobierno de Alan García, lo cual no tenía nada que ver con deuda garantizada por el Estado.

5) Tratos colaterales

En otro intento de sustentar la posición de Elliott en el sentido de que la celebración de negociaciones por separado con el Perú constituía una opción viable, Singer afirmó que Elliott sabía de numerosos "tratos colaterales" en los que el Perú había dado un trato más favorable a un acreedor con respecto a otros. Sin embargo, al ser interrogado por el juzgado, Singer fue incapaz de identificar un solo ejemplo en que el Perú hubiera negociado por separado con algún acreedor:

JUZGADO: ¿Puede [**39] decirme cuándo fue la primera vez que se enteró de alguna de las transacciones que usted califica de oportunistas y puede identificarla?

SINGER: No puedo identificarla y creo —bien, en el sentido de no pagar una clase de deuda y suspender el pago...

JUZGADO: Lo entiendo.

SINGER: Correcto

JUZGADO: Eso presumiblemente se sabe. Pero esto de la privatización y los tratos privados y demás, ¿no conoce algún caso específico...

SINGER: No

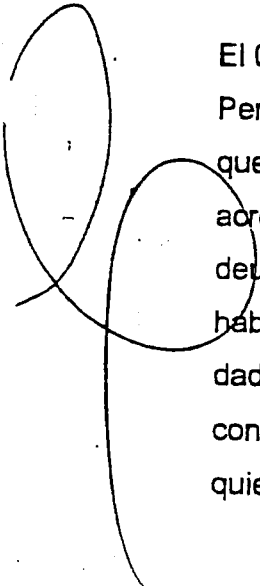
TRIBUNAL: ...y tampoco en este punto me puede decir cuándo lo oyó por primera vez, ¿no es así?

SINGER: Así es.

C. Las negociaciones de Elliott con el Perú tras las compras fueron un pretexto

Durante el proceso, Elliott presentó pruebas para demostrar que escribió varias cartas de intimación de pago dirigidas al Perú y trató de iniciar negociaciones con el Perú para resolver la controversia sin recurrir a la vía judicial. Sin embargo, estas medidas fueron un pretexto y nunca pusieron de manifiesto una posición negociadora bienintencionada.

Las pruebas ofrecidas en el proceso establecieron que, el 01 de mayo de 1996, tras la suscripción de los dos contratos de cesión, Elliot remitió notificaciones conjuntas de las cesiones al agente de conciliación del Perú, Morgan Guaranty, para que registrara [**40] su deuda y con ello Elliot pudiera obtener la parte proporcional que le correspondía en los pagos parciales de intereses que el Perú estaba a punto de efectuar en relación con la propuesta de reestructuración del Plan Brady y quedar calificado para participar en la reestructuración en sí.

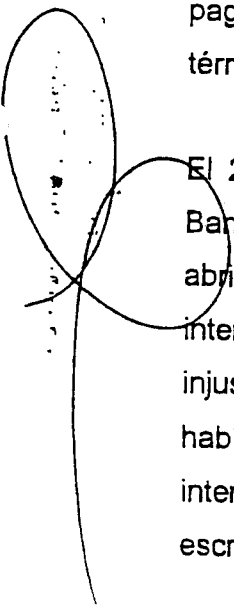


El 02 de mayo de 1996, Elliott remitió al Banco, al Banco Popular del Perú y a la República del Perú una carta firmada por Newman en la que les informaba que Elliott se había convertido en uno de sus acreedores y deseaba iniciar conversaciones sobre el pago de la deuda correspondiente. Además, el 17 de mayo de 1996, Newman habló por teléfono con Mark Cymrot, abogado del Perú, quien había dado respuesta a la carta con fecha 02 de mayo remitida por Elliot con una carta fechada el 09 de mayo de 1996. Michael Straus, quien para esa época había estado asesorando a Elliott respecto a

sus inversiones en deuda peruana, y Andrew Kurtz también estuvieron presentes durante la llamada en representación de Elliott.

Poco después, Elliott recibió del Director General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú cartas con fecha 17 de mayo de 1996, las cuales tenían como destinatarios a Elliott, Siwss Bank, ING y Morgan Guaranty. En ellas se indicaba que el Perú se rehusaba a reconocer a Elliott como acreedor legítimo dado que no era una "institución financiera" tal como se entendía este término en las Cartas Convenio de 1983.

Elliott también se enteró [**41], poco después de recibir estas cartas, de que el Perú estaba valiéndose de otros medios para interferir con los derechos de Elliott como acreedor, por ejemplo, al tratar de revertir la conciliación parcial de la deuda de Elliott efectuada por Morgan Guaranty e impedir que este último remitiera a Elliot los pagos parciales de intereses a los que Elliott tenía derecho en términos de las Cartas Convenio de 1983.



El 21 de mayo de 1996, Elliott escribió nuevamente al Banco, al Banco Popular del Perú y al Perú supuestamente con el objeto de abrir el diálogo. El 19 de junio de 1996, Elliott informó al Perú, por intermedio de su abogado, que la posición que había adoptado era injustificable [*343] e irracional desde el punto de vista comercial y había tenido el efecto de interferir la tramitación de los pagos de intereses adeudados a Elliott. El 25 de junio de 1996, Paul Singer escribió al Perú solicitando que "remediara sus incumplimientos."

El 11 de julio de 1996, el abogado de Elliott reiteró al Perú, por intermedio del abogado de éste, que el Perú no cumplía ningún papel en el proceso de cesión y no tenía derecho a vetar a Elliott como cesionario y acreedor legítimo ni a interferir el ejercicio de los derechos de Elliott sobre los pagos de intereses que se le adeudaban.

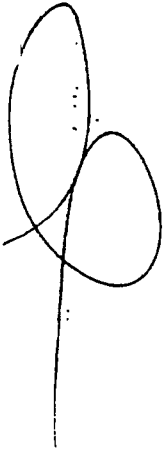
Finalmente, en setiembre de 1996, Elliott inició una reunión con los Demandados, sin resultado alguno. Poco después, Elliott entabló la presente demanda. [**42].

Según sostiene Elliott, la serie de cartas que éste remitió y las conversaciones que inició son prueba de la intención de negociar la liquidación de la deuda sin recurrir a la vía judicial. Sin embargo, ninguna de las pruebas presentadas demuestra la existencia de una posición negociadora más flexible que la exigencia del pago íntegro de la deuda, posición que, según debió haber sabido Elliott, el Perú rechazaría dadas las circunstancias de su negociación con el CAB respecto a la reestructuración contemplada en el Plan Brady.

En resumen, (1) el hecho de que Elliott admitiera que tenía como estrategia de inversión recibir el pago íntegro de la deuda o enjuiciar, independientemente del testimonio en contrario de Kurtz y Newman, se equipara a la intención de demandar judicialmente, porque Elliott sabía que, dadas las circunstancias, el Perú no pagaría el íntegro de

la deuda; (2) Elliott contrató a Newman y Straus, ambos con experiencia reciente en la interposición de litigios contra Estados, para que lo orientaran en sus inversiones en instrumentos de la deuda peruana; (3) Elliott dilató el cierre de sus operaciones con la deuda peruana esperando a que, en el caso Pravin Banker, el Segundo Circuito denegara la petición del Perú para que se suspendiera la ejecución de la sentencia durante la tramitación de la apelación; (4) las supuestas estrategias de inversión presentadas por Elliott como alternativas, o no fueron objeto de un análisis serio previamente a la decisión de compra de la deuda o bien no eran razonablemente acordes con las expectativas de rentabilidad de Elliott; y (5) las iniciativas que tuvo Elliott [**43] con el Perú para resolver la controversia sin que se llegara a los tribunales constituyeron un pretexto.

III. Sobreviene un decreto promulgado por el Perú para reemplazar al Banco como deudor



El Banco es una institución financiera autónoma con carácter de empresa estatal peruana. Se rige por sus propias políticas internas y los acuerdos del directorio, órgano que toma decisiones comerciales independientemente del gobierno.

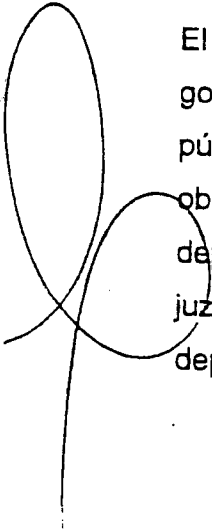
El Banco tiene como principales funciones administrar el tesoro público, centralizar la recaudación de impuestos y actuar como agente financiero del Perú. Ninguna de estas funciones es potestad exclusiva del Banco, sino que pueden ser ejecutadas por cualquier

entidad bancaria peruana. Por ejemplo, la recaudación de impuestos está a cargo de otros bancos peruanos.

El Banco prepara un presupuesto anual y no recibe fondos operativos del Perú.

Al igual que cualquier institución financiera peruana, el Banco está sujeto a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, la cual garantiza que las funciones del Banco se cumplan de conformidad con las leyes y reglamentos peruanos que rigen el sector bancario. El Banco está sujeto al mismo grado de supervisión que otras instituciones financieras peruanas.

El Banco está obligado a dar cumplimiento a las leyes y normas bancarias [**44] vigentes en el Perú. De no hacerlo, tanto el Banco como sus empleados pueden ser objeto de sanciones.



El Banco recibe depósitos de entidades gubernamentales como el gobierno central y las empresas estatales, así como de empleados públicos. Sin embargo, estas entidades no tienen en modo alguno la obligación de depositar sus fondos en el Banco. Además, una vez depositados los fondos en el Banco, éste puede utilizarlos como juzgue conveniente, lo que está condicionado al derecho de los depositantes de retirar su dinero.

Asimismo, el Banco presta dinero a entidades del gobierno central y de los gobiernos municipales y provinciales, las mismas que están obligadas a pagar los préstamos que se les ha otorgado.

De conformidad con el Decreto Supremo 112-86-EF, el Banco y el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú celebraron un contrato de préstamo por el cual el Perú reconoció formalmente sus obligaciones como garante de ciertos préstamos efectuados un tiempo atrás por el Banco a favor de entidades estatales, utilizando fondos obtenidos de bancos extranjeros. Estos préstamos estuvieron básicamente constituidos por endeudamiento por capital de trabajo a corto plazo, como la deuda materia de esta causa.

[*344] En abril de 1994, el Perú emitió el Decreto de Urgencia 09-94, con el objeto de reemplazar al Banco como deudor de los préstamos garantizados que fueron objeto del [**45] Decreto Supremo 112 y colocar en su lugar al Ministerio de Economía y Finanzas como deudor.

CONCLUSIONES DE DERECHO

I. El Perú y el Banco han incurrido en incumplimiento de sus contratos

A. El Banco es responsable en virtud del contrato

De conformidad con la legislación de Nueva York, para que se configure el incumplimiento de un contrato, el demandante debe alegar y probar los siguientes elementos: (i) prueba de la existencia del contrato; (ii) incumplimiento por la contraparte; y (iii) daños y perjuicios como resultado del incumplimiento. Véase el caso *Furia contra Furia*, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 116, segunda serie, págs. 694, 695; *Suplemento de Jurisprudencia de Nueva York*, vol. 498, segunda serie, págs. 12, 13 (Segundo Departamento, 1986). La no entrega de un pago de conformidad con un contrato constituye violación sustancial de la obligación. *ARP Films, Inc. contra Marvel Entertainment Group, Inc.*, *Compilación de Jurisprudencia Federal.*, vol. 952, segunda serie, págs. 643, 649 (Segundo Circuito, 1991). Por lo tanto, cuando un contrato exige sin ambigüedad al demandado efectuar pagos de conformidad con sus términos y el demandado no cumple con efectuarlos, debe pronunciarse sentencia a favor del demandante. Véase el caso *Daiichi Seihan USA contra Infinity USA., Inc.*, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 241, segunda serie, págs. 487, 488; *Suplemento de Jurisprudencia de Nueva York*, vol. 625, segunda serie, págs. 527, 528 (Primer Departamento, 1995). Estos principios se aplican sistemáticamente a favor de los acreedores que enjuician a Estados extranjeros por incumplimiento de contratos de préstamo. Véase, por ejemplo, el caso *Allied Bank Int'l contra Banco Crédito Agrícola de Cartago*, [**46], *Compilación de Jurisprudencia Federal*, vol. 757, segunda serie, pág. 516 (Segundo Circuito, 1985); *Pravin Banker Assocs., Ltd. contra Banco*

Popular del Perú, Compilación de Jurisprudencia Federal vol. 109, tercera serie, pág 850 (Segundo Circuito, 1997).

En este caso resulta indiscutible que (1) el Banco recibió un préstamo cuyo principal era de \$7 000 000 y adeuda intereses sobre el mismo conforme a lo establecido por las Cartas Convenio; (2) Elliott es cesionario de los derechos de varios bancos sobre estos montos adeudados por el Banco de conformidad con las Cartas Convenio; (3) el Banco no ha abonado a Elliott los montos cuyo pago ha vencido y es exigible a favor de éste en términos de las Cartas Convenio y por lo tanto ha incurrido en incumplimiento de las disposiciones de las Cartas Convenio; y (4), como consecuencia de ello, Elliott ha sufrido daños y perjuicios superiores a \$7 000 000.

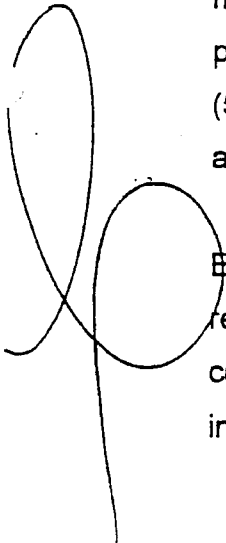
En vista de que el Banco no ha objetado los hechos esenciales respecto a su incumplimiento con el pago de estas deudas, entonces el Banco ha incurrido en violación de las disposiciones de las Cartas Convenio.

B. El Perú es responsable en virtud de la Garantía

Para hacer efectivo un cobro en términos de una garantía, un demandante debe establecer la existencia del préstamo, la garantía incondicional y el incumplimiento del garante con el pago previsto por los términos de la garantía. *Bank Leumi Trust Co. contra Rattet & Liebman, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 182, segunda serie, págs. 541 542; Suplemento de*

*Jurisprudencia de Nueva York, vol. 582, segunda serie, págs. 707, 708 (Primer Departamento, 1992); First Interstate Credit Alliance, Inc. contra Sokol, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 179, segunda serie, págs. 583, 584; Suplemento de Jurisprudencia de Nueva York, vol. 579, segunda serie, págs. 653, 654 (Primer Departamento, 1992). [**47]*


En este caso resulta indiscutible que (1) aún está pendiente de pago un monto de principal de \$20 682 699,04, más intereses, producto del préstamo recibido en términos de las Cartas Convenio; (2) según lo estipulado en la Garantía, el Perú garantizó el pago de los montos adeudados y exigibles en virtud de las Cartas Convenio a los diferentes prestamistas originales o sus cesionarios; (3) Elliott es cesionario de los derechos poseídos por varios prestamistas sobre las Cartas Convenio; (4) los prestatarios originales han incurrido en incumplimiento y el Perú no ha cumplido con pagar a Elliott los montos adeudados y exigibles en virtud de las Cartas Convenio y, por consiguiente, ha incurrido en incumplimiento de la Garantía; y (5) en consecuencia, Elliott ha sufrido daños y perjuicios superiores a \$20 682 699,04.



En vista de que el Perú no ha objetado los hechos esenciales relativos a su incumplimiento con el pago de estas deudas contempladas en la Garantía, entonces el Perú ha incurrido en incumplimiento del Contrato de Garantía.

II. Elliott ha incurrido en violación de la sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York

Los Demandados del Perú sostienen que, si bien la deuda es válida y se ha incurrido en incumplimiento de contrato, debe desestimarse la pretensión de Elliott por cuanto las cesiones configuran una violación de la sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York, que contempla como ilícita la compra de deuda "con la intención y el propósito de interponer una acción o proceso judicial [**48] con respecto a la misma." Por otro lado, Elliott sostiene que, como cuestión de hecho, no compró la deuda con la "intención y propósito" a los que se refiere la ley y, como cuestión de derecho, esta ley no tiene tanto alcance como para que haga inexigible su demanda contra el Perú.



[*345] La posición de Elliott es sólida como cuestión de política en el ámbito comercial. El Perú recibió en préstamo miles de millones de dólares de bancos comerciales a cambio de la obligación de pagar el principal más intereses. El Perú gastó los fondos recibidos en préstamo y ahora se rehusa a pagar a un cesionario de la deuda. De acuerdo con Elliott, si no se hace cumplir un trato celebrado entre partes complejas como el Perú y sus acreedores, se derrumbarían las expectativas razonables sobre la ley de contratos que es la *terra firma* que sustenta las transacciones de negocios contemporáneas. Además, el Perú no negoció para que se impusiera restricciones sobre los derechos de cesión de deuda que asisten a los prestamistas comerciales, y la imposición de ciertas restricciones en

este caso parece ser disonante con la bien cimentada política a favor de la libre enajenación de bienes. Visto desde esta perspectiva, la sección 489 parece articularse incómodamente con las actuales sensibilidades, un vestigio de las preocupaciones legales de la Inglaterra medieval respecto a la perversión del proceso judicial puesto en vigencia por la [**49] doctrina de *champerty* (mediación interesada de parte indebida en un litigio) del sistema jurídico anglo-norteamericano.

Sin embargo, el papel del juzgado en este caso no está en realizar evaluaciones de política, vale decir, establecer una escala de preferencias entre las doctrinas contractual, patrimonial y de *champerty*. Más bien, una ley promulgada por la legislatura del estado de Nueva York debe interpretarse a la luz de su texto, historia y precedentes. Como creación legislativa, la sección 489, promulgada nuevamente recién en 1965, debe entenderse según sus propios términos, independientemente de sus raíces. Si bien Elliott sugiere varias teorías por las que debería limitarse los alcances de la ley para dejar fuera de su esfera la transacción materia de este caso, tales teorías son fallidas pues carecen de sustento a nivel de texto, historia y precedentes pertinentes.

En un principio, las cuestiones anteriores establecen que los Demandados del Perú demostraron con pruebas claras y convincentes que Elliott compró la deuda con la intención de interponer una demanda con respecto a la misma. n11 Por pruebas claras y convincentes se entiende aquella cantidad de evidencia que

"genera en la mente de quien se encarga de juzgar las cuestiones de hecho una firme creencia o convicción sobre la veracidad de los alegatos que se procura fundamentar, pruebas tan claras, directas y convincentes y con tanto peso que permiten [al encargado de determinar los hechos] llegar a tener una clara convicción, sin vacilaciones, de la verdad [^{**50}] sobre los hechos precisos materia de consideración. *Cruzan contra Director del Departamento de Salud de Missouri, Compilación de Fallos de la Corte Suprema de los E.U.A., vol. 497, págs. 262, 285 n.11, Edición para Abogados, vol. 111, segunda serie, págs. 224, 110; Compilación de Jurisprudencia de la Corte Superior de los E.U.A., vol. 110, pág. 2841 (1990) (cita omitida). Concordancia, Reed contra el Estado, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 133, segunda serie, págs. 107, 111; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 518, segunda serie, págs. 645, 648 (Segundo Departamento, 1987) revisado en otros méritos, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 78, segunda serie, pág. 1; Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste, vol. 574, segunda serie, pág. 433; Suplemento de Jurisprudencia de Nueva York, vol. 571, segunda serie, pág. 195 (1991).* Los Demandados del Perú han cumplido la norma sobre tipo y carácter de las pruebas exigidas.

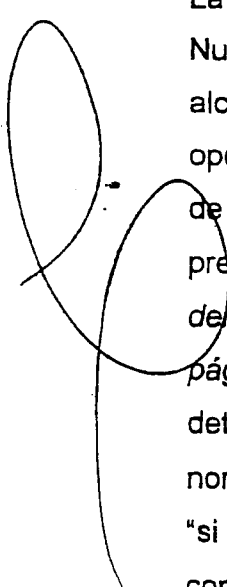
n11 Las partes están en desacuerdo respecto a si el tipo y carácter de las pruebas exigidas está dado por la preponderancia de lo claro y convincente. Dado que los Demandados del Perú han establecido la intención de

manera clara y convincente, no es necesario que el juzgado aborde esta cuestión.

Sin embargo, la intención de enjuiciar no es suficiente para configurar la violación de la sección 489, según la cual, la deuda debe comprarse "con la intención y el propósito de interponer una acción o proceso judicial con respecto a la misma". Sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York (el énfasis es nuestro). Tal como lo enfatizó el Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York en el caso *Moses contra McDivitt*, *Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 88, pág. 62 (1882) "la letra de esta sección es significativa e indica que la simple intención de entablar juicio respecto a un derecho de reclamo comprado no [**51] configura el delito; la compra debe efectuarse con el expreso propósito de entablar el juicio, lo que implica la exclusión de cualquier otro propósito." *Id.*, pág. 65. Véase también el caso *Fairchild Hiller Corp. contra McDonnell Douglas Corp.*, *Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 28, segunda serie, págs. 325, 329; *Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste*, vol. 270, segunda serie, págs. 691, 693; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 321, segunda serie, págs. 857, 860 (1971) (lo mismo).

Sin embargo, en los casos en que el juzgado determinó que se había violado la sección 489, el cesionario tuvo un propósito distinto al de entablar una demanda, por ejemplo, obtener el derecho de uso de tecnología patentada no sujeto al pago de regalías; véase el caso

Refac Int'l, Ltd. contra Lotus Dev. Corp., Fallos Relativos al Reglamento Procesal, vol. 131, págs. 56, 57 (Distrito Sur de Nueva York, 1990) (juez Mukasey). Además, el Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York ha observado que se incurriría en violación de la ley si, por ejemplo el "propósito" de la cesión fuera el de "obtener costas y costos," véase el caso *Moses, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 88, pág. 65*, o "abusar" de los deudores, véase el caso *Wetmore contra Hegeman, , Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 88, págs. 69, 73 (1882)*. En consecuencia la significación del requisito que establece que el cesionario debe tener "el propósito de interponer una acción judicial" debe inferirse a partir del texto de la ley y de sus precedentes e historia.



La jurisprudencia del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York ofrece poca orientación para la interpretación del alcance exacto de la ley. Este tribunal ha tenido que decidir en dos oportunidades sobre el significado de la frase [**52] legal "propósito de interponer una [**346] acción judicial". La primera ocasión se presentó en el caso *Moses contra McDivitt, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 88, pág. 62 (1882)*, en que el tribunal sometió a revisión, con el objeto de detectar errores, una instrucción dirigida al jurado relativa a una norma que antecedió a la sección 489. El juez instruyó al jurado que "si la intención [de Moses] al comprar [el bono] fue utilizarlo para conminar [a McDivitt] a realizar determinado acto, como ceder

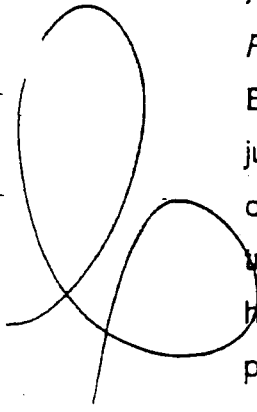
acciones por ejemplo, y si este último no cumplía sus deseos, entonces lo demandaría judicialmente, ello configuraría una violación de la ley." *Id.*, pág. 67. Los hechos aducidos en el proceso tendían a establecer que Moses había pagado \$2 000 para comprar un bono y una hipoteca de \$2 500 con el objeto de inducir o coaccionar a Mc Divitt, como condición para la ampliación del plazo de pago, a ceder a Moses ciertas acciones en una empresa de publicidad en la que éste tenía participación, con el objeto de controlar una elección de directores de la empresa. El tribunal sostuvo que este propósito "independientemente de que haya sido honesto o censurable, no era alcanzado por la prohibición establecida por la ley." *Id.*, pág. 67. La intención de coaccionar no configuraba una intención de enjuiciar, a la "que se recurriría únicamente para proteger [los derechos de Moses] en caso de que se frustrara el propósito primordial de la compra." *Id.*, págs. 67-68. [****53**] En consecuencia, el tribunal devolvió lo actuado a la instancia inferior para la realización de un nuevo proceso.

El tribunal que ventiló el caso Moses sostuvo que la compra de bonos por parte de un abogado no "se configura como ilícita si al momento de efectuarse la misma, el abogado, como siempre ocurre en el caso de este tipo de compras, tiene la intención de entablar una demanda, de ser esto necesario, para su respectiva cobranza. Para que se configure el delito, el propósito primordial de la compra debe ser quedar posibilitado para entablar un juicio y la intención de entablar el juicio no debe ser simplemente incidental o contingente." *Id.*, pág. 65 (el énfasis es nuestro).

Sin embargo, en este caso, Elliott tuvo la intención de cobrar el 100% de la deuda no mediante negociación, participación en un swap (permuta financiera) de deuda por capital, intercambio o sujeción al Plan Brady, sino por la vía judicial. A diferencia del caso Moses, la intención establecida por el Perú era el enjuiciamiento, y no se trataba de una intención contingente ni incidental.

Casi cien años después, el Tribunal de Última Instancia del estado nuevamente abordó el propósito materia de la prohibición en el caso *Fairchild Hiller Corp., contra McDonnell Douglas Corp., Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 28, segunda serie, págs. 325, 329; Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste, vol. 270, segunda serie, págs. 691, 693; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York; vol. 321, segunda serie, págs. 857, 860 (1971)*. En el caso Fairchild, el demandante adquirió los activos de explotación de Republic Aviation Corporation, fabricante de aeronaves (al que en lo sucesivo se denominará "Republic"). [**54] Un componente de los activos de explotación estaba constituido por los acuerdos pendientes de cumplimiento y los reclamos conexos. De conformidad con este contrato, el demandante adquirió un derecho de reclamo contra el demandado. Tras dos años de infructuosas negociaciones, el demandante interpuso una acción legal contra el demandado y éste presentó una petición para el pronunciamiento de una sentencia sumaria argumentando que la cesión configuraba una violación de la sección 489. El tribunal denegó la solicitud del demandado por

cuanto "la adquisición del reclamo constituía simplemente una parte incidental de una transacción comercial sustancial....." *Id.*, pág. 330, *Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste*, vol. 270, segunda serie, pág. 693; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 321, segunda serie, págs. 860-61. Por consiguiente, los hechos en el caso Fairchild se distinguen claramente de los hechos materia de la presente demanda, dado que las cesiones de Elliott no fueron parte incidental de una adquisición corporativa de mayor envergadura y Elliott no se enfrascó en dos años de negociaciones.



Ciertamente, la mayor parte de tribunales que ha interpretado la sección 489 ha decidido el caso determinando que la intención de enjuiciar fue simplemente contingente o incidental y no primordial. Por lo tanto, son pocos los casos en los que se ha abordado la cuestión legal de determinar si el tipo de cesión de deuda está contemplada dentro de la prohibición de la ley. En el caso *Elliott Assocs. contra la República de Panamá*, *Suplemento de Fallos Federales*, vol. 975, pág. 332 (1997), también entablado por [*55] Elliott para el cobro judicial de deuda garantizada por el Estado, el juez Denny Chin concedió la sentencia sumaria a Elliott y rechazó la defensa de Panamá sustentada en la sección 489. Sin embargo, el tribunal asumió que Elliott tuvo "la intención de enjuiciar si ello hubiera sido necesario para hacer efectivo el cobro de los préstamos", *id.*, pág. 340 (el énfasis es nuestro), pero concluyó de autos que Elliott tuvo posibilidades distintas al enjuiciamiento, incluida la transacción y negociación directa con Panamá. *Id.*, págs. 340-41. En consecuencia, lo que el tribunal sostuvo fue que los

hechos aducidos por Panamá no constituyeron una cuestión objetiva auténtica que pudiera derrumbar el argumento de Elliott sobre el carácter meramente contingente de la intención de enjuiciar que tuvo al realizar la compra de la deuda. Lo que el tribunal no sostuvo fue que si se configuraba la intención de enjuiciar, la ley no se aplicaría al tipo de transacción en juego, vale decir, una cesión entre partes complejas de la totalidad del derecho, la titularidad y el interés sobre una deuda garantizada por un Estado.

[**347] De manera similar, en el caso *Banque de Gestion Privee-SIB contra la República de Paraguay, Suplemento de Fallos Federales, vol. 787, pág. 53 (Distrito Sur de Nueva York, 1992)*, el juez Michael B. Mukasey concedió una sentencia sumaria al demandante ante el argumento de éste en el sentido de que Paraguay había incumplido la obligación contractual de pagar su deuda, y rechazó la defensa de Paraguay que se sustentaba en la sección 489. El tribunal opinó que el demandante no había [**56] configurado la intención de enjuiciar con anterioridad a la cesión de la deuda y que la intención de enjuiciar era simplemente incidental y contingente. *Id.*, págs. 56-58 (donde se cita el caso *Moses, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 88, pág. 65*): En consecuencia, ni en el caso de Panamá ni en el de Banque de Gestion Privee-SIB hubo la decisión de que, si se determinaba el carácter no contingente o no incidental de la intención, no se aplicaría la sección 489.

Elliott cita asimismo el caso *Drake contra Northwest Natural Gas Co., Compilación de Jurisprudencia del Tribunal de Equidad del*

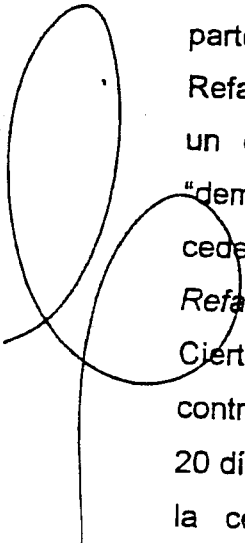
Estado de Delaware, vol. 39, pág. 391; Compilación de Fallos del Area del Atlántico., vol. 165, segunda serie, pág. 452 (Tribunal de Equidad del Estado de Delaware, 1960). En Drake, un abogado de Nueva York compró deuda corporativa en mora con un gran descuento en un remate y al poco tiempo entregó los pagarés a su cuñado, otro abogado, quien a su vez, sin perder más tiempo, escribió la siguiente carta a la empresa:

Uno de mis clientes ha adquirido y actualmente es propietario de pagarés librados por ustedes a la orden de Morgan, Stanley & Co. por un valor de \$209 000. He recibido instrucciones para proceder a exigir el pago de estos instrumentos. Antes de hacerlo, sería para mí un placer sentarme a discutir este asunto con ustedes y llegar a un arreglo conveniente para ambas partes.

Compilación de Fallos del Area del Atlántico., vol. 165, segunda serie, pág. 453. Siguió un juicio, la empresa fue liquidada y la demanda fue objetada por cuanto la carta "establecía claramente que la intención y el propósito del demandante en el [**57] momento de la compra fue el de entablar juicio para hacer efectivo el cobro de los pagarés, incurriendo en violación de [la ley]." *Id.*

Si bien el tribunal de Delaware cita los casos Moses y Baldwin cuando plantea que la ley "fue promulgada con el objeto de controlar una forma *champerty* (mediación interesada de parte indebida en juicio), figura contemplada por el derecho inglés, básicamente, la "incitación" a litigio por parte de abogados a través de la compra de

derechos ejercitables contra terceros por concepto del cumplimiento de una obligación, con el expreso propósito de hacerlos objeto de una demanda y cobrar costos y costas," *Compilación de Fallos del Area del Atlántico, vol. 165, segunda serie, págs. 454-455*, el tribunal determina, como conclusión de hecho, que "los requerimientos de pago [del abogado] acompañados con amenazas hasta la fecha de entablar la demanda ponen de manifiesto la táctica normal de un abogado que procura obtener una ganancia sobre la demanda de su cliente....." Id. En consecuencia, si bien el tribunal determinó que hubo la intención de enjuiciar si no se cumplían los requerimientos de pago, se apoyaron en la determinación de que se hicieron intentos de buena fe para resolver el asunto sin litigio.



Los casos principales citados por una y otra parte, en los que se ha sostenido la comisión de violaciones de la sección 489, se refieren a cesiones en que se habría incumplido el contrato de cesión: si la parte contractual no hubiera interpuesto el litigio. Por ejemplo, en *Refac*, el demandante recibió por cesión una patente en términos de un contrato que exigía expresamente que el cesionario [**58] "demandara a supuestos violadores de la patente en nombre" del cedente, quien se quedó con una participación de 95% en la patente. *Refac, Fallos Relativos al Reglamento Procesal vol. 131, pág. 57*. Ciertamente, se habría producido un "incumplimiento sustancial" del contrato de cesión si no se hubiera entablado el juicio a más tardar 20 días después de la cesión. Id. En consecuencia, está claro que la cesión fue celebrada con el objeto de "permitir que [el

demandante] iniciara acciones como demandante sustituto [del cedente]". *Id.*, pág. 58.

De manera similar en el pleito *American Optical Co. contra Curtiss*, *Fallos Relativos al Reglamento Procesal*, vol. 56, págs. 26, 31 (*Distrito Sur de Nueva York, 1971*), el tribunal sostuvo que un contrato que contiene expresamente la obligación de iniciar un juicio viola la sección 489. En ese caso, dos empleados de la Universidad de Michigan y uno de los alumnos de esta institución cedieron patentes de inventos que éstos habían creado durante su permanencia en la Universidad a favor de American Cystoscope Makers, Inc., a cambio de una participación en los beneficios económicos que American Cystoscope obtuviera con los inventos. *Id.*, pág. 27. Poco después, American Optical entabló una demanda sobre prioridad de invención contra las patentes de American Cystoscope. *Id.*, pág. 28. Durante el trámite de la demanda, la universidad se enteró sobre las patentes de sus empleados y alumno y trató de encontrar un medio para volver a poseer el control de las patentes. [**59] *Id.* Con este propósito, la universidad celebró un contrato con American Optical en virtud del cual la universidad cedía a American Optical sus derechos (si los había) sobre las patentes; American Optical acordó expresamente enjuiciar a los empleados, al ex alumno y a American Cystoscope con el objeto de conminarlos a ceder las patentes a favor de American Optical. American Optical se comprometió a financiar el litigio y ambas partes acordaron que si el resultado de este pleito les resultaba favorable, las patentes serían destinadas al público sin pago de regalías. *Id.*

[*348] El tribunal sostuvo que el contrato de cesión violaba la sección 489 por cuanto exigía específicamente que el cesionario entablara una demanda —vale decir, American Optical habría incurrido en incumplimiento de su contrato con la universidad si no hubiera procedido así—y que el único interés de American Optical en la demanda se derivaba del interés de la universidad. *Id.*, págs. 30-32. En consecuencia, el tribunal determinó que la Universidad, no el demandante, era la "parte con interés sustancial en el objeto del litigio", tal como se entiende este término en el artículo 17(a) del Reglamento Procesal Civil Federal.

El caso de *Ehrlich contra Rebco Ins. Exch., Ltd., Fallos del Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 225, segunda serie, pág. 75; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 649, segunda serie, pág. 672 (*Juzgado de Primera Instancia del Estado de Nueva York para el Condado de Nueva York, 1996*) se trató de una controversia entre Ehrlich, un abogado, y su cliente Rebco, sobre el pago de [**60] un monto anual de honorarios por servicios de abogado permanentes. *Id.*, pág. 76, *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 649, segunda serie, pág. 673. Rebco recibió por cesión de un estudio jurídico un derecho de reclamo contra Ehrlich para la devolución de un monto de honorarios por remisión; una vez ocurrido esto, Rebco reconvino. *Id.*, pág. 76, *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 649, segunda serie, págs. 673-74. Sin embargo, el interés de Rebco en la restitución de estos honorarios no era propia

de él mismo y el "propósito" establecido en el contrato de cesión consistía en que Rebco debía enjuiciar a Ehrlich con el objeto de "hacer" que pague el dinero adeudado no a Rebco, sino al estudio jurídico. Id. La reconvención fue pues desestimada por cuanto se basaba en un contrato violatorio de la sección 489. *Id.*, pág. 78; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 649, segunda serie, pág. 674.

Finalmente, en el caso *Franck H. Zindle, Inc., contra Fireman's Express, Inc.*, *Fallos del Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 258, pág. 636; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 17, segunda serie, pág. 594 (Primer Departamento, 1940), el tribunal ratificó la sentencia por la que el juzgado de primera instancia desestimaba los derechos de reclamo del demandante amparándose en una norma que antecedió a la sección 489. El demandante había adquirido estos derechos de reclamo en términos de una cesión efectuada por una compañía de seguros, cuyo contrato estipulaba expresamente que el demandante debía exigir el cumplimiento de los reclamos por la vía judicial y remitir la totalidad del monto cobrado a la compañía de seguros, deducida únicamente una comisión por servicios. *Zindle, Fallos del Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 258, pág. 637; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 17, segunda serie, pág. 594-95. El demandante, como tal "no era el verdadero propietario" de las pretensiones. *Id.*, vol. 637, pág. 17 [**61]; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, segunda serie, pág. 594.

Los otros casos citados por los Demandados del Perú no permiten determinar si la práctica objeto de reclamo es violatoria de la sección 489, sino que simplemente llevan a denegar una sentencia sumaria por cuanto las cuestiones de hecho siguen siendo válidas. Véase el caso *Knobel contra la sucesión de Eugene A. Hoffman, Inc.*; *Misc.*, vol. 105, segunda serie, pág. 333; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 432, segunda serie, pág. 66 (*Juzgado de Primera Instancia del Estado de Nueva York para el Condado de Nueva York*, 1980) ("Ante la interrogante de partida sobre la intención y el propósito primordial del contrato, las partes han planteado cuestiones de hecho que requieren ser vistas."); *FLLI Moretti Cereali, S.p.a. contra Continental Grain Co.*, *Compilación de Jurisprudencia Federal*, vol. 563; segunda serie, pág. 563 (*Segundo Circuito*, 1977) (caso en que se devuelve lo actuado a la instancia inferior porque el demandado fue despojado "de la oportunidad de ofrecer medios probatorios sobre el objeto comercial de la transacción"); *Sprung contra Jaffe*, *Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 3, segunda serie, págs. 539, 544; *Compilación de Fallos del Area Noreste*, vol. 147, segunda serie, págs. 6, 9; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 169; segunda serie, págs. 456, 460 (1957) ("Por consiguiente, está claro que se presenta una cuestión de hecho de buena fe respecto a la intención y el propósito que tuvo el demandante al adquirir del albacea, mediante cesión, un derecho ejercitable contra terceros respecto del cumplimiento de una obligación."); *Aubrey Equities, Inc. contra*

Escritura de los Señores F.L.L.I.
Escritura de la Pública Juramentada
1977-78

SMZH 73rd Associates; Fallos del Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 212, segunda serie, pág. 397; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 622, segunda serie, pág. 276 (Primer Departamento, 1995) (donde se dispone la actuación de más pruebas); *Empire Management Corp. contra Russo*, Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 81, segunda serie, págs. 817, 819 (Juzgado de Primera Instancia del Estado de Nueva York, 1989) (la violación de la norma es cuestión de hecho); Comisión para [**62] el caso *Polish Relief contra Banca Nationala A. Romaniei*, Misc., vol. 176, pág. 1064; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 27, segunda serie, pág. 377 (1941) ("La cuestión de hecho planteada tiene por objeto determinar si la cesión fue aceptada con el único propósito de entablar la acción con respecto a la misma.") cf. *El pueblo contra Berlin*, Misc., vol. 65, segunda serie, págs. 245, 250; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 317, segunda serie, págs. 191, 196 (Tribunal de Nassau, 1971) (caso en que se deniega una excepción a una acusación hasta la presentación de pruebas sobre la intención y el propósito con que se compraron las adjudicaciones de las sentencias, ya que el propósito de enjuiciar puede estar contemplado, mas no lo estaría el propósito de ejecutar las sentencias); *CIBC Bank and Trust Co. (Cayman) Ltd. contra Banco Central do Brasil*, Suplemento de Fallos Federales, vol. 886, págs. 1105, 111 (1995) (en el que se deniega la petición de desestimación de la demanda por cuanto la intención y el propósito de la cesión es materia de una indagación específicamente objetiva).

n12 Cabe observar dos casos adicionales citados por los Demandados del Perú. Perú cita el litigio *Koro Co., Inc., contra Bristol-Myers Co., Suplemento de Fallos Federales, vol. 568, pág. 280 (D.D.C., 1983)*. El fallo del caso Koro no tiene peso como precedente jurisprudencial en este tribunal, además, no es claro. Por una parte, el juzgado se basó en el testimonio de uno de los abogados encargados de organizar la transacción, el mismo que manifestó "que la cesión tuvo como único propósito permitir a Koro demandar por la vía judicial el cumplimiento de este reclamo fundamentado en el derecho antimonopólico." *Id., pág. 282*. A decir verdad, Koro no tenía más propósito como persona jurídica que entablar la demanda. *Id., págs. 287-88*. Además, el tribunal en su comentario señaló que la invalidación de la cesión era en parte necesaria por cuanto la posibilidad de que este reclamo cedido, sustentado en el derecho antimonopólico, generara una indemnización por daños y perjuicios triplicados, hacía que la cesión fuera particularmente indebida. Estos hechos específicos, diferentes a los del caso que nos ocupa, hicieron que el tribunal decidiera que la cesión violaba la sección 489.

Los demandados del Perú asimismo citan el caso *Bottenus contra Blackman, Misc., vol. 71, segunda serie, pág. 583; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 336, segunda serie, pág. 790 (Juzgado de Primera Instancia para el Condado de*

Nassau, 1972). Sin embargo, el Segundo Departamento revocó el fallo de ese caso por cuanto una compra realizada con el propósito de hacer cumplir el cobro decretado por la sentencia o hacer efectivo por la vía judicial el derecho de retención emanado de la misma, mediante ejecución por ejemplo, no constituye una práctica prohibida por la sección 489.

Bottenus contra Blackman, Fallos del Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 43, segunda serie, págs. 846, 847; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 351, segunda serie, págs. 421, 422 (Segundo Departamento, 1974) (donde se cita el caso Concord Landscapers, Inc. contra Pincus, Fallos del Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 41, segunda serie, pág. 759; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 341, segunda serie, pág. 538 (Segundo Departamento, 1973)).

[**63]

[*349] La historia legislativa de la sección 489 tiende a establecer que, sea cual fuere la conducta ilícita que la legislatura de Nueva York pretendió prohibir a las empresas, los orígenes de ésta se remontan a la misma conducta ilícita que se prohibió sólo a los abogados. El texto vigente ha sido antecedido por una serie de leyes que se originaron por lo menos de una norma legal promulgada en 1813, en la que se establecía que si un abogado compraba algún bono, pagaré u otro instrumento o lo recibía a título

de prenda o garantía por un préstamo de dinero, con el objeto de iniciar una demanda con respecto al mismo y en efecto promovía dicho proceso, debía ser hallado culpable de delito menor. Legislación Revisada de 1813, vol. I, pág. 417, sección 7. En 1818, se promulgó una ley más estricta, la cual establecía "que ningún abogado o asesor jurídico de ningún tribunal registrado en este estado deberá, ya sea directa o indirectamente, comprar.....pagarés." Ley del 21 de abril de 1818, cap. 259; Legislación de Nueva York de 1818, pág. 278 (el énfasis es nuestro). Una ley promulgada en 1820 con el objeto de ampliar la prohibición para que incluyera a los tribunales de justicia, introdujo la condición de que la compra debía tener como "propósito" interponer una acción legal. La ley de 1820 establecía que "ningún juez de paz o agente policial deberá, directa o indirectamente, comprar....bonos....o derechos de reclamo [**64] con el propósito de entablar una demanda con respecto a los mismos....." Véase el caso *Goodell contra el Pueblo, Compilación de Jurisprudencia Penal, Parker, vol. 5, págs. 206, 207-08 (1862)* (donde se cita la sección 161 de la legislación revisada, vol. 3, pág. 454) (el énfasis es nuestro). Por consiguiente, la sección 71 de la legislación revisada, vol. 2, pág. 288 se promulgó con el objeto de prohibir la compra, por parte de abogados, de derechos ejercitables contra terceros por concepto del cumplimiento de una obligación, cuando, entre otras cosas, "la intención y el propósito" fueran los de entablar una demanda con respecto a los mismos. De esta manera, se consolidó la frase que se mantuvo vigente a lo largo de las posteriores modificatorias y que aparece en la actual redacción de la sección 489.

Si bien las leyes iniciales estuvieron orientadas a los profesionales del área legal (vale decir, abogados, jueces de paz y procuradores), la prohibición se hizo extensiva a las sociedades ya desde 1907, oportunidad en que se modificó la sección 77 del Código Procesal Civil. Sin embargo, la ley no se aplicaba a todas las sociedades. La sección 77 establecía que la sección 74 del Código Procesal Civil que prohibía que un abogado, entre otras cosas, otorgara a personas una contraprestación de valor como incentivo para que le confiaran un reclamo de cualquier naturaleza con el propósito de interponer una acción legal con respecto al mismo, sería aplicable "a aquella sociedad dedicada a llevar casos judiciales y prestar asesoramiento sobre los mismos que practique algún acto que [**65] un abogado o asesor legal tenga prohibido hacer en tales circunstancias." Véase la Ley Modificatoria del Código Procesal Civil sobre Contratos *Champertous* (que implican mediación interesada de parte indebida en un juicio), cap. 700, Legislación de Nueva York año 1907, pág. 1588, sección 1.

Las prohibiciones que afectaban a las sociedades fueron objeto de modificatoria en 1934, cuando la legislatura neoyorquina reformuló las secciones 274 y 276, aunque el alcance de la ley permaneció limitado a las sociedades dedicadas a ciertos tipos de actividad. Véase la Ley Modificatoria de la Legislación Penal sobre Prohibición de la Práctica del Derecho por Parte de una Sociedad o Asociación Voluntaria y Prohibición de la Compra de Reclamos para Fundamentar la Interposición de una Acción Legal, cap. 534,

Legislación de Nueva York de 1934, pág. 419. La modificación de la sección 274 tuvo por objeto establecer que un abogado no puede "directa o indirectamente, comprar, adquirir por cesión o tener algún tipo de participación en la compra o adquisición por cesión de un bono, pagaré, letra de cambio, deuda en libros u otro derecho ejercitable contra terceros por concepto del cumplimiento de obligaciones, con la intención y propósito de entablar una acción legal con respecto al mismo." La modificación de la sección 276 tuvo por objeto establecer que la sección 274 es aplicable a "una persona, asociación o sociedad que se dedica, directa o indirectamente, al negocio de la cobranza y liquidación de reclamos o a cualquiera de sus funcionarios, directores, agentes o empleados que practique un acto [**66] que esté prohibido para un abogado o asesor legal en tales circunstancias...."

En 1939, el legislativo nuevamente modificó la sección 276. En virtud de esta modificatoria, la sección 276 fue reemplazada por una nueva redacción de la sección 275, la cual establecía lo siguiente:

Ninguna persona o asociación de personas dedicada directa o indirectamente al negocio de la cobranza y liquidación de reclamos y ninguna sociedad o asociación que directa o indirectamente, actuando por sí misma o a través o por intermedio de sus funcionarios, representantes o empleados, deberá solicitar, comprar, adquirir por cesión o participar de alguna forma [*350] en la compra o adquisición por cesión de un bono, pagaré, letra de cambio, deuda en libros u otro derecho ejercitable contra terceros por concepto del

cumplimiento de una obligación, o un reclamo o requerimiento, con la intención y el propósito de entablar una acción legal o proceso judicial con respecto al mismo.....

Ley del 09 de junio de 1939, cap. 822, sección 13, Legislación de Nueva York de 1939, págs. 2055 a 2058. Finalmente, cuando la Legislación Penal fue materia de revisión en el año 1965, la sección 275 fue promulgada nuevamente, convirtiéndose en la actual sección 489 de la Ley del Poder Judicial. Lo más significativo de esta última revisión ha sido la eliminación de la calificación encontrada en las leyes anteriores respecto al negocio de las sociedades contempladas en la ley, pasándose a prohibir la conducta a cualquier "sociedad o asociación". Esta secuencia histórica establece que la prohibición actualmente [**67] aplicable a sociedades y asociaciones respecto a la compra de deuda con la intención y propósito de interponer una acción legal se aplicó inicialmente sólo a los abogados.

La cuestión sobre qué conducta ilícita se prohíbe a los abogados en términos de las normas que antecedieron a la sección 489 puede resultar de utilidad, pero no está suficientemente explicada sólo con la referencia a la historia jurisprudencial y legislativa. Se requiere considerar hasta cierto punto la doctrina de *champerty* (mediación interesada de parte indebida en un juicio) y *maintenance* (intromisión en juicio ajeno mediante pago a una de las partes) que constituyen el origen de la sección 489. Véase el caso *Fairchild*, *Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de*

Nueva York, vol. 28, segunda serie, pág. 329; *Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste*, vol. 270, segunda serie, pág. 691; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 321, pág. 860 (el objetivo del legislativo era "prevenir el conflicto, la discordia y el abuso que pueden resultar si se permite a los abogados y sociedades que compran reclamos con el propósito de entablar acciones legales con respecto a los mismos....con lo cual se declara ilícita la práctica de *champerty* y *maintenance*"; cf. Ley Modificatoria del Código Procesal Civil, en materia de Contratos *Champertous* (que implican mediación interesada de parte indebida en un juicio), cap. 700, Legislación de Nueva York de 1907, pág. 1588 (el título hace referencia a la práctica de *champerty*).

El *champerty* y la doctrina conexas sobre *maintenance* tienen su origen por lo menos en el derecho inglés. Véase una descripción general en los trabajos de Percy H. Winfield, *The Present Law of Abuse of Legal Procedure* (La Ley Actual Sobre Abuso de Proceso Legal) (1921) [al que en lo sucesivo se denominará "Abuso de Proceso Legal" ^{**68}]; Edmond H. Bodkin, *The Law of Maintenance and Champerty* (La Ley de *Maintenance* y *Champerty*) (1935) [al que en lo sucesivo se denominará *Maintenance* y *Champerty*]; Max Rading, *Maintenance by Champerty (Maintenance por Efecto de Champerty)*, *Legislación de California Revisada*, vol. 24, pág. 48 (1936) [al que en lo sucesivo se denominará *Maintenance* por Efecto de *Champerty*]. n13 La historia revela la proscripción no sólo de una práctica, sino de varias prácticas que supuestamente conllevarían a un mismo mal, vale decir, la "interrupción del curso de

la justicia pública." *Thalhimer contra Brinckerhoff, Cow.*, vol. 3, págs. 623, 643 (1824). En el fondo, la razón por la que se suprimía la práctica de *champerty* y *maintenance* radicaba en la percepción de que "la propia justicia estaba en peligro". *Id.*, pág. 644. Véase también los Comentarios de William Blackston, 4 *135 (el delito "pervierte el proceso legal convirtiéndolo en una máquina de abuso"); los Comentarios de Kent, 4, 509 n.c (George Comstock ed., 11° edición, 1867). (Las leyes medievales en materia de *maintenance* y *champerty* se fundamentan en el "principio común a las leyes de todos los países bien gobernados, el cual establece que no debe fomentarse el litigio mediante la introducción de partes para que hagan valer derechos que otros no están dispuestos a hacer valer").

n13 Se ha establecido que los orígenes de la norma por la que se prohíbe la mediación en juicio ajeno se remontan incluso a las leyes de la Atenas y la Roma antiguas. Véase una descripción general en *Maintenance por Efecto de Champerty*. Radin cita como ejemplo la constitución de Septimus Severus y Carcalla, cuyos términos "sugieren con bastante contundencia la existencia de *champerty*. *Id.*, pág. 54 n.24 (donde hace notar la referencia al término *societas futuri emolumenti*, vale decir, una sociedad en el beneficio esperado.")

Las primeras aplicaciones de la doctrina se concentraron en "el poder de grandes hombres a quienes se les transfería pretensiones con el objeto de obtener apoyo y favor en juicios entablados para hacer valer tales pretensiones; las conspiraciones que de esta manera se forjaron; y el abuso que, en tales casos, resultó de la influencia de grandes hombres." Id., pág. 643. Véase también *Brown contra Bigne, Ore., vol. 21, pág. 260*; *Compilación de Jurisprudencia del Area Pacífico, vol. 28, págs. 11, 12 (Compilación de Fallos de Oregon, 1891)* ("Tan grande era la maldad de señores ricos y poderosos que compraban reclamos y que, por intermedio de sus altas e influyentes posiciones, infundían temor en los tribunales y con ello garantizaban sentencias injustas y sin fundamento, y abusaban de aquéllos contra quienes dirigían su rabia, que se hizo necesario, tempranamente en Inglaterra, promulgar leyes para impedir tales prácticas...." (citando *Slywright contra Pages, Eng. Rep., vol. 74, pág. 153 (1587)*)).

Lord Coleridge, en el caso *Bradlaugh contra Newdegate, Fallos del Tribunal Superior Inglés, vol. 11, págs. 2, 10 (1883)* definió el término "maintenance" como "algo contra la política y justicia sanas, algo que tiende a promover [**351] litigios innecesarios, algo que en sentido jurídico resulta inmoral y para cuya configuración es necesario que exista un motivo impropio en el mismo sentido." (citando el caso *Fischer contra Kamala Naicker, [**70], Eng. Rep., vol. 19, págs. 495, 501 (1860)*). n14 En el caso *Bradlaugh*, el tribunal fue favorable a una demanda sobre *maintenance* donde *Newdegate* había encontrado a un tercero, *Clarke*, para que entablara una acción legal

contra Bradlaugh. El tribunal concluyó que la pretensión pertenecía realmente a Newdegate, que Clarke había actuado como "testaferro" y no habría entablado el litigio si Newdegate no lo hubiera indemnizado contra todas las consecuencias. Id., pág. 14.

n14 En el caso Fischer, la cuestión central radicaba en determinar si la parte estaba "demandando en interés propio por la violación de un contrato celebrado con él mismo, o estaba representando los intereses de otra persona y demandando con respecto a un contrato que en un principio le había sido totalmente ajeno, únicamente en virtud de la cesión impugnada." Id., pág. 502. El tribunal decidió que sí podía exigirse el cumplimiento de lo cedido.

La práctica de *champerty*, considerada como una especie de *maintenance* consistía en "la intromisión ilícita en un juicio a cambio de un trato por el que se adquiría parte del derecho ejercitable respecto de la obligación que se pretendía hacer valer o bien algún beneficio obtenido por concepto de tal derecho." Id., pág. 2. Véase también *Maintenance y Champerty* [**71], pág. 39 (lo mismo).

Estas definiciones sirven muy poco para establecer una distinción entre las prácticas permitidas y las prohibidas. Véase Abuso del Proceso Legal, pág. 21 ("La práctica de *maintenance* constituye una intromisión oficiosa en un juicio. ¿Pero qué significa 'oficioso'? La ambigüedad del término probablemente ha salvado al concepto de *maintenance* de desaparecer totalmente del derecho moderno. La

mayor parte de los litigios medievales en torno a esta materia se centraban en su significado.”)

Sin embargo, en todos los casos, lo que se focaliza es el motivo impropio y la instigación de un litigio a cambio de un beneficio, sea financiero o de otra naturaleza. Dado que, tal como lo observó Oliver Wendell Holmes, “la vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia,” n15, entonces, las doctrinas de *champerty* y *maintenance* no admiten una teoría unificadora. Sin embargo, Bodkin resumió la revisión que hizo de la ley con la siguiente conclusión:

Quizás la mejor prueba de aplicación universal radica en determinar, en base a los hechos, si la transacción se trata simplemente de “la adquisición de un interés en el objeto materia de un litigio promovido de buena fe o si se trata de una transacción injusta o ilegítima que se estructura con el objeto de arruinar o litigar, con lo cual se trastoca la paz de las familias, y que se desarrolla a partir de un motivo corrupto o impropio en otro sentido.”

Id. (cita omitida). [**72]

n15 Oliver W. Holmes, Jr., *The Common Law 1* (El Sistema Jurídico Anglo-Norteamericano) (1881).

Lógicamente, hoy en día, el abuso de los procedimientos legales está regulado por la propia estructura de la democracia

constitucional y la ley. La constitución garantiza, por ejemplo, un poder judicial independiente y el Reglamento Procesal Civil Federal establece sanciones.

En este contexto, si bien el legislativo del estado de Nueva York adoptó partes de las doctrinas europeas de *champerty* y *maintenance*, el diferente contexto social y político hizo que los observadores cuestionaran su pertinencia. Así lo expresó, de manera sucinta, en 1824, el tribunal que ventiló el caso *Thalhimer*:

[A] el recurrir ante los tribunales públicos en busca de justicia generará injusticia sólo si la administración de justicia es débil o corrupta o si las leyes son extremadamente imperfectas. Cuando la administración de justicia es firme, pura e igual para todos, y cuando las leyes proporcionan una reparación suficiente para juicios infundados, es casi inconcebible que se originará una conducta ilícita a partir de la apertura de los tribunales de justicia a todos los litigantes o de contratos [**73] que dispongan la repartición de los frutos del juicio entre quien tiene la pretensión y quien ha aportado su asesoramiento, su gasto.....para entablar el juicio....."

Thalhimer, Cow., vol. 3, pág. 643.

Sin embargo, el hecho de que la sección 489 se origine en la legislación medieval en materia de *champerty* y *maintenance* sustenta la conclusión de que, si bien no están prohibidas todas las cesiones cuya intención es la de interponer un juicio con respecto a

lo cedido, sí se prohíben las cesiones aceptadas con el propósito, o motivo, de incitar el litigio y obtener un beneficio del mismo.

Elliott sugiere varias teorías para limitar el alcance de la ley, de manera que queden excluidas sus transacciones con SBC e ING. Basándose en los orígenes de la ley, según los cuales las prohibiciones eran aplicables a los abogados, Elliott argumenta que el único "propósito" [**352] prohibido por la sección 489 radica en adquirir un derecho de reclamo con el propósito de obtener costos y costas. Sin embargo, esta teoría, no se sustenta en la letra de la ley, ni en la historia o los precedentes. En primer lugar, ni la ley, ni las normas que la antecedieron, menciona el propósito de afrontar costos y costas. El propósito prohibido es más bien la interposición de una acción legal. Elliott tampoco hace referencia a la historia legislativa para sustentar su posición, sino que se apoya en consideraciones de derecho que carecen de valor formal como precedente jurisprudencial, en lugar de sostener que el objeto exclusivo de las primeras [**74] normas fue impedir un abuso que se estaba percibiendo en algunos abogados, quienes compraban derechos de reclamo que prácticamente carecían de valor y entablaban juicio con respecto a los mismos exclusiva o principalmente para recibir indemnización por costos y costas lo que, en aquella época, a diferencia de hoy, comprendía honorarios de abogado. Estos honorarios eran cobrados sistemáticamente por el abogado-parte demandante que había ganado el juicio al perdedor, vale decir, al demandado-deudor, sin importar cuán poco valiera realmente el reclamo original, aun cuando fuese obvio que en otras

Comunidad Autónoma de Estale

Comunidad Autónoma de Estale

Reg. 11.0

circunstancias no se hubiera entablado la demanda e incluso cuando se hubiera obtenido sólo una sentencia en rebeldía. Véase *Goodell, Compilación de Jurisprudencia Penal, Parker, vol. 5, pág. 207.*

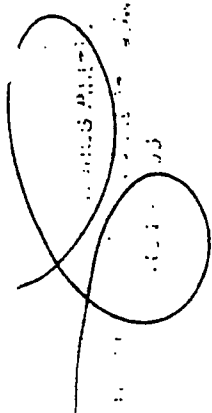
El caso más antiguo que Elliott cita para sustentar su teoría de los costos y costas afrontados es el juicio *Baldwin contra Latson, Barb. Ch., vol. 2. pág. 306 (Tribunal de Equidad del Estado de Nueva York, 1847)*. Baldwin era un abogado que adquirió por cesión un bono y una hipoteca que afectaban un edificio y cuyo pago se encontraba en mora. Pocos días después, Baldwin entabló un juicio para ejecutar la hipoteca recién comprada. *Id., pág. 306*. El demandado (al igual que los Demandados del Perú en el caso que nos ocupa) no objetaron la existencia de la deuda o la mora. En lugar de ello (también como los Demandados del Perú) el demandado del caso Baldwin alegó como única defensa que Baldwin había aceptado la cesión y entablado una demanda contraviniendo la ley, por cuanto [**75] lo había hecho supuestamente "con el propósito de ejecutar judicialmente la hipoteca." *Id.* En respuesta, Baldwin admitió que realmente había comprado "el bono y la hipoteca.....con el propósito de entablar un juicio hipotecario," pero argumentó que la ley no se le aplicaba simplemente porque al comprar la hipoteca e interponer el juicio, no actuó motivado por la adjudicación de "costos y costas" a su favor, sino por con el objeto de obtener la posesión del bien.

El Tribunal de Equidad, que desde 1848 es el de más alto rango en su especie a nivel de estados, se apoyó en el interés de Baldwin al preservar el derecho preexistente de éste sobre la propiedad

hipotecada. Id. (citó el caso *Van Rensselaer contra El Alguacil de Onondaga, Compilación de Jurisprudencia de Cowen, vol. 1, págs. 443, 458 (1823)* (en el que se sostiene que la ley de 1818: "nunca tuvo por objeto prohibir la compra de un derecho a reclamo, con el simple propósito de asegurar otro")). Este tribunal también señaló lo siguiente:

La ley tuvo por objeto impedir que los abogados compraran deudas u otros derechos ejercitables contra terceros por concepto del cumplimiento de una obligación, con el objeto de recibir una indemnización por costos y costas al entablar juicio con respecto a los mismos y nunca estuvo destinada a impedir la compra que tuviera el propósito honesto de proteger algún otro derecho importante del cesionario.

Id., pág. 308. El "otro derecho importante del cesionario" sometido a consideración del tribunal [**76] estaba dado por el derecho preexistente de Baldwin sobre la propiedad. En consecuencia, el tribunal no sostuvo directamente que la obtención de una indemnización por costos y costas es el único propósito previsto por la ley.



Elliott recurre a otros casos en que los tribunales han tomado las consideraciones de derecho establecidas en el caso Baldwin, en el sentido de que lo único que prohíbe la ley es la cesión con el propósito de recibir indemnización por costos y costas. Por ejemplo, Elliott cita el caso Moses en el que, tal como se analizó

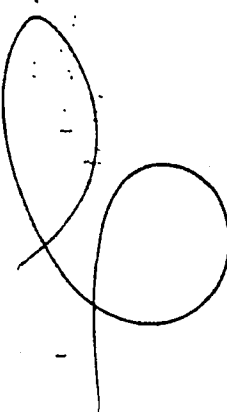
anteriormente, se anuló uno de los veredictos del jurado porque, según las instrucciones impartidas al mismo, se permitía condenar si la compra de la deuda había sido realizada con la intención de coaccionar, no enjuiciar. Lo significativo del caso Fairchild de 1971, en el que se consigna la más reciente interpretación de la ley por parte del Tribunal de Última Instancia, radica en que este tribunal analiza el propósito de la sección 489 sin siquiera mencionar el tema de los costos y costas incurridos y mucho menos lo limita a esta cuestión.

La fuente principal que, según Elliott, sostiene que la ley se limita a cesiones cuyo propósito sea la indemnización por costos y costas incurridos es el caso *Goodell contra El Pueblo, Compilación de Jurisprudencia Penal, Parker, vol. 5, pág. 206 (1862)*. Goodell entabló su demanda ante un tribunal de justicia, donde no hay indemnización por costos y costas, y no en un tribunal de actuaciones registradas, donde sí se adjudica este tipo de indemnización. *Id., pág. 211 (Juez Parker)*. Dado que no podía obtenerse indemnización por costos y costas, la acción judicial [**77] no estaba proscrita por la ley y, por lo tanto, no pudo alegarse un enjuiciamiento indebido. *Id.* El tribunal fue de la siguiente opinión:

A mi parecer, no cabe duda de que el propósito de la ley de 1818 y las que la antecedieron en esta materia fue el de llegar a una clase de hombres que hacen una práctica..... de la compra de pagarés de tan sólo 50 dólares y otros de mayor denominación y su cobro judicial.....y llevan a los demandados a pagar enormes cuentas de

costos y costas, incluso en ausencia de defensa. De aquí que esta ley fuera catalogada como norma para prevenir abusos y regular el pago de costos y costas. La ley estuvo dirigida a abogados...a cuyo favor se adjudicaban los costos y costas y quienes de esta manera abusaban de los deudores con juicios imprevistos e innecesarios.

Id., pág. 207 (Juez Campbell) (énfasis del original)n16.



n16 Otros tribunales también han argumentado la prohibición de la ley respecto a la obtención de indemnización por costos y costas, aunque el argumento de que esta conducta constituye la única prohibición no ha influido en el resultado de los respectivos procesos. Cf. *Wetmore contra Hegeman, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia de Nueva York, vol. 88, pág. 69, 73 (1882)* (la cesión de un juicio en trámite no constituye una violación por cuanto “el objeto de la ley fue impedir que los abogados compraran reclamos con el expreso propósito de entablar juicios con respecto a los mismos y de esta manera abusar de los deudores y obtener indemnización por costos y costas”); *Beers contra Washbond, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 86, págs. 582, 584; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 83, págs. 993, 994* (Tercer Departamento, 1903) (no se incurre en violación de una ley cuyo objeto es el de impedir el “abuso a través de un litigio innecesario que emane del derecho de un abogado para comprar un reclamo con el único propósito de

hacerlo cumplir judicialmente y obtener indemnización por costos y costas" cuando se permite que un abogado ceda un derecho obtenido a través de una violación de la ley);

[**78]

Sin embargo, con anterioridad al caso Goodell, los tribunales han admitido que la ley no estaba orientada exclusivamente a la compra de derechos de reclamo con el objeto de obtener una indemnización por costos y costas. Por ejemplo, en el juicio *Mann contra Fairchild, Barb.*, vol. 14, pág. 554 (1853), el tribunal observó que "la ley en cuestión tenía como principal objeto impedir el litigio al prohibir la compra de derechos ejercitables contra terceros por concepto de cumplimiento de obligaciones, a aquéllos cuyos intereses se verían particularmente beneficiados con la interposición de juicios con respecto a esos derechos y quienes, como consecuencia de su posición, podrían llevar sus procesos judiciales en términos no equitativos." n17. *Id.*, pág. 554. Véase también el caso *Ransom contra Cutting, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia de Nueva York*, vol. 188, págs. 447, 452; *Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste*, vol. 81, pág. 324 (1907) ("La sección 74 [una de las normas que antecedieron a la sección 489] tuvo como propósito impedir que un abogado fomentara, instigara o promoviera malestar y conflicto y con ello asegurara la propiedad o control de un reclamo de cualquier naturaleza con el propósito de entablar una acción legal con respecto al mismo.").

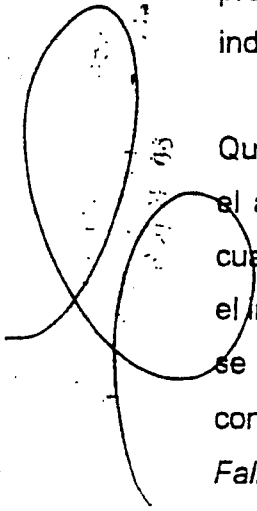
n17 En el caso Mann, el tribunal hizo una interpretación de la sección 71 de la Legislación Revisada, vol. 2, pág. 288, el que a la letra decía que "ningún abogado....deberá directa o indirectamente comprar....un bono u otro derecho ejercitable contra terceros por concepto del cumplimiento de una obligación, con la intención y el propósito de interponer una acción legal con respecto al mismo." *Barb.*, vol. 14, pág. 554 (cita). Sin embargo, el tribunal no precisó si los hechos actuados constituían el propósito prohibido, porque el propósito que se asumió estaba destinado a conceder la excepción.

[**79] Ciertamente, como se señala líneas arriba, los únicos casos citados por cada una de las partes en los que se ha determinado una violación de la sección 489 o las normas que lo antecedieron, no implicaron cesiones de reclamos triviales con el objeto de conseguir una indemnización por costos y costas, sino que se trató de cesiones en que se incurriría en incumplimiento del propio contrato si la parte interviniente no promovía el litigio. Véase los casos *Refac*, *Fallos Relativos al Reglamento Procesal*, vol. 131, pág. 58; *American Optical Co.*, *Fallos Relativos al Reglamento Procesal*, vol. 56, pág. 31; *Ehrlich*, *Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 225, segunda serie, pág. 78; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 649, segunda serie, pág. 674; *Zindle*, *Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 258, pág. 637; ; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 17, segunda serie, págs. 594-95.

Elliott asimismo sugiere que las únicas cesiones prohibidas a las sociedades están dadas por aquéllas en que la empresa se dedica a la práctica legal no autorizada de adquirir reclamos con la intención de entablar un juicio con respecto a los mismos actuando sin abogado. En este sentido, Elliott se apoya en la historia legislativa, observando que antes de que la actual redacción legal se promulgara en 1939 como sección 275, existía la sección 280 de la Legislación Penal, titulado "Las sociedades no deben practicar el derecho" y promulgado en 1909, según el cual "se considerará además ilícito que las sociedades soliciten por sí mismas, o por intermedio o a través de sus funcionarios, representantes o empleados, reclamos o demandas con el propósito de entablar una acción legal con respecto a los mismos." [**80]. Véase en la Ley Modificatoria de la Legislación Penal el título Sociedades que Ejercen el Derecho, cap. 483, sección 1, Legislación de Nueva York de 1909, pág. 1170. Elliot sostiene que la modificatoria de 1939 por la que se promulgó la nueva sección 275 y se amplió el alcance de la ley para que quedaran incluidas la sociedades sin limitación alguna en cuanto a la naturaleza de su giro, simplemente toma su redacción de la sección 280 y la inserta en la nueva sección 275 y por lo tanto está bajo el enfoque del ejercicio del derecho por parte de las sociedades.

Si bien la inclusión de la sociedades dentro de los alcances de la prohibición en términos de la sección 275 hizo que ésta sea eliminada de la sección 280 -véase la Ley del 09 de junio de 1939,

cap. 822, secciones 13, 15; Legislación de Nueva York de 1939, pág. 2055— no existen pruebas que demuestren que el texto original de la sección 280 estuvo orientado al propósito restringido que Elliott le atribuye. Al igual que ocurre con la teoría por la que Elliott propone que las normas que antecedieron a la sección 489 estuvieron dirigidas exclusivamente a cesiones a favor de abogados motivados por la obtención de una indemnización de costos y costas, esta otra propuesta no está sustentada ni por el texto de la ley ni por la jurisprudencia. [**354] El texto de la sección 280 previo a la modificatoria de 1939 no menciona el tema de costos y costas como el único propósito prohibido y Elliott tampoco cita ningún caso donde se sostenga expresamente esto. Además, la inclusión de las sociedades en la flamante sección 275 no menciona costos y costas y somete a las sociedades a la misma prohibición que anteriormente se aplicó [**81] sólo a las sociedades dedicadas al negocio de las cobranzas, con respecto a lo cual no existen pruebas de que la prohibición legal se aplicara exclusivamente al propósito de obtener indemnización por costos y cosas.



Quizás el planteamiento más sólido que Elliott presenta para limitar el alcance de la sección 489, radica en que la ley no es aplicable cuando el cedente transfiere íntegramente el derecho, la titularidad y el interés. Ello podría explicar por qué en los casos contemporáneos se determina que hay violación de la sección 489 cuando el litigio constituye el objeto materia del contrato de cesión. Véase *Refac*, *Fallos Relativos al Reglamento Procesal*, vol. 131, pág. 58; *American Optical Co.*, *Fallos Relativos al Reglamento Procesal*, vol. 56, pág.

31; Ehrlich, *Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 225, segunda serie, pág. 78; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 649, segunda serie, pág. 674; Zindle, *Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 258, pág. 637; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 17, segunda serie, págs. 594-95. En estos casos, el interés del cesionario dependía de la interposición del litigio, es parte de la contraprestación. Esta teoría también haría que la ley armonizara con las cesiones que implican *champerty*, las cuales parecían ser el centro de las leyes inglesas y el sistema jurídico anglo-norteamericano. Como se señala anteriormente, la práctica de *champerty* en Inglaterra, en la época en que se promulgaron las normas que antecedieron a la sección 489, se consideraba en términos generales como "la intromisión ilícita en un juicio a cambio de un trato por el que se adquiría parte del derecho ejercitable respecto de la obligación que se pretendía hacer valer o bien algún beneficio obtenido por concepto de tal derecho." (Abuso del Proceso, pág. 2). De acuerdo con esta [**82] teoría, es la conspiración entre cedente y cesionario para la interposición de un juicio lo que constituye materia de la prohibición.

Sin embargo, esta interpretación es refutada por la propia sugerencia de Elliott sobre la compra de reclamos para entablar juicios y obtener una indemnización por costos y costas. Si bien Elliott recurre a los precedentes para proponer que el único enfoque de la ley está dado por la compra de reclamos triviales con el objeto de obtener una indemnización desproporcionada por concepto de

costos y costas, ninguno de los casos citados exige que el cedente del reclamo sea parte de la conspiración y retenga cierto interés en el derecho materia de la cesión.

Además, el texto de la ley no ofrece sustento alguno cuando se propone que, para que sea aplicable la prohibición, es necesario que exista la retención de cierto interés por parte del cedente. La ley se refiere únicamente al propósito del cesionario, no al del cedente. Como se analizó líneas arriba, la dificultad radica en interpretar la sección 489 y aun cuando las doctrinas de *champerty* y *maintenance* hayan contemplado la retención de interés por parte del cedente, lo que cuenta hoy en día son las ampliaciones, restricciones y alteraciones de las que hayan sido objeto dichas doctrinas.

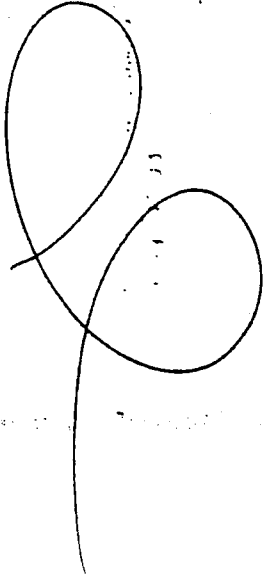
Los juzgados de instancia inferior de Nueva York han determinado que la compra de una deuda con la intención de entablar juicio no siempre constituye una violación de la sección 489. Si estos casos han sido decididos correctamente, se tiene entonces que están a favor del argumento [**83] según el cual, para que la intromisión en un juicio se configure como prohibida, ella debe de alguna manera "ocasionar conflicto" e instigar a la interposición de un litigio. El común denominador de los casos citados está dado por la compra de hipotecas en mora con el propósito de ejecutarlas por la vía judicial y los juzgados donde se ha ventilado estas transacciones han llegado a la conclusión de que la práctica es "legítima" en el sentido de que no es el tipo de vicio contra el cual se orienta la sección 489. Cf. *Brown, Compilación de Jurisprudencia del Area*

Uniones Asteticas
1921

Pacífico., vol. 28, pág. 13 ("La clave del delito consiste en la intromisión oficiosa en el pleito de otro y los contratos que no configuran la conducta ilícita que pretende prevenirse no deben considerarse alcanzados por la norma.").

El Primer y Segundo Departamento del Tribunal de Segunda Instancia han sostenido que "la práctica de comprar la cesión de una hipoteca con el propósito de ejecutarla judicialmente no constituye una violación de la sección 489. En el caso *Limpar Realty Corp. contra Uswiss Realty Holding, Inc.*, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 112, segunda serie, pág. 834; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 492, segunda serie, pág. 754 (Primer Departamento, 1985), el demandante compró la cesión de una hipoteca después de que el cedente había acelerado su vencimiento por incumplimiento del demandado. Además, el demandante inició la demanda dentro del mes siguiente a la cesión, sin que hubiera de por medio ninguna negociación o requerimiento de subsanación de la falta. Sin embargo, el tribunal sostuvo que no se había violado la sección 489 dado que [**84] el propósito del demandante había sido obtener la posesión de la propiedad, lo que se consideraba "un propósito comercial legítimo". *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 492, segunda serie, págs. 755-56. Véase también el caso *Wainco Funding contra Logiudice*, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 199, segunda serie, pág. 950; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 606, segunda serie, pág. 86 (Tercer Departamento, 1993) (lo

mismo). En estos casos, a diferencia del que nos ocupa, no hay nada que sugiera que, de no haber sido por la cesión, probablemente se habría evitado el litigio. n18



n18 Elliott cita el caso *Goldstein contra Thirlex Realty, Inc.* ventilado en el Juzgado de Primera Instancia de Nueva York (*Misc.*, vol. 91, segunda serie, pág. 851; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 398, segunda serie, pág. 791 [Juzgado de Primera Instancia para el Condado de Nueva York, 1977]). Aquí, los abogados compraron una hipoteca en mora, después de que el banco cedente remitió al demandado una carta en la que le indicaba que tenía la intención de iniciar un juicio hipotecario a menos que se pagara los atrasos y entabló el juicio sin exigir previamente el pago. *Goldstein, Misc.*, vol. 91, segunda serie, pág. 852; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 398, segunda serie, pág. 792. Los demandantes admitieron "que, al recibir la hipoteca por cesión, habían tenido el propósito de entablar un juicio hipotecario para tomar posesión de la propiedad." *Id.*, págs. 852-853; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 398, segunda serie, págs. 792-93. Sin embargo, el juzgado no consideró que se hubiera incurrido en la violación de la sección 488(sic) por cuanto la ley únicamente impide que "los abogados compren derechos ejercitables contra terceros por concepto del cumplimiento de obligaciones con el propósito de recibir una

indemnización por costos y costas," citando los casos Moses y Baldwin. Como se analizó líneas arriba, en los casos Moses y Baldwin no hubo ninguna decisión en tal sentido. Sin embargo, aunque la opinión presenta vicios, el resultado del caso Goldstein es similar al de los otros casos en los que se decidió que la compra de hipotecas en mora no constituye una violación de la sección 489.

Elliott cita asimismo el caso *Wightman contra Carlin*, *Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 113, pág. 24; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 98, pág. 1071 (Segundo Departamento, 1906). En el caso *Wightman*, el abogado del arrendador de un inmueble remitió una carta a un inquilino moroso exigiéndole el pago de la renta atrasada. Véase *id.*, pág. 26; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 98, pág. 1072. El arrendador cedió el reclamo al demandante quien entabló juicio en cuestión de días. El demandado alegó que se había cedido el reclamo de la renta únicamente con el propósito de procederse a la cobranza judicial. El Segundo Departamento falló en los siguientes términos:

Las pruebas ofrecidas no establecen los hechos necesarios que lleven a considerar que la prohibición legal se aplica al demandante, ya que está claro que no demuestran que la intención del demandante fue entablar la acción judicial con

el objeto de recibir indemnización de costos y costas o algún otro propósito, exceptuada la cobranza de su reclamo legítimo una vez que el demandado se hubo negado a pagar el mismo dentro del plazo establecido en la notificación original.

Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 113, págs. 27-28; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 98, págs. 1073-74 (el énfasis es nuestro). Por lo tanto, el tribunal no sostuvo directamente que sólo el propósito de incurrir en costos y costas violaría la ley y concluyó que la práctica de entablar juicio tras haber el cedente efectuado una intimación al pago no constituía el tipo de propósito prohibido por la ley.

[**85]

[**355] Esto nos lleva a la cuestión planteada respecto a si la práctica de Elliott de comprar deuda con la intención de enjuiciar después de que todos los demás acreedores habían desistido de sus pretensiones y habían llegado a un acuerdo de transacción con el Perú para la reestructuración de prácticamente toda la deuda comercial externa del país está prohibida por la sección 489, con lo cual se configuraría como una compra "con la intención y el propósito" de entablar una acción con respecto a dicha deuda. Si bien en ningún caso ventilado en Nueva York se sostiene directamente que tal práctica está prohibida, es indudable que se

encuentra dentro de los alcances del texto de la ley y la conducta ilícita que la ley pretendió remediar.

Los hechos determinados anteriormente establecen que Elliott compró la deuda con la intención de entablar juicio, por cuanto los testimonios ofrecidos por los testigos de Elliott respecto a estrategias de inversión alternativas adolecen de credibilidad. Estos hechos también establecen que, el 25 de octubre de 1990, el Perú suscribió un contrato con el CAB con el objeto de suspender el trámite de los juicios entablados por sus acreedores comerciales y entró en negociaciones para la reestructuración de la deuda. Los hechos asimismo establecen que, en diciembre de 1994, se desestimaron los litigios promovidos por todos los acreedores comerciales, exceptuado el interpuesto por Pravin Banker y que, el 27 de octubre de 1995, el Perú y el [**86] CAB anunciaron públicamente un acuerdo en principio destinado a establecer un plan de reestructuración de la deuda. Elliott compró la deuda materia de esta demanda después de que se hubo llegado al acuerdo en principio. Posteriormente, los acreedores suscribieron los Acuerdos de Intercambio y cerraron el trato.

En estas circunstancias, si no hubiera sido por la práctica de Elliott, no se habría promovido litigio alguno a instancias de ningún acreedor, exceptuado Pravin Banker, quien compró su deuda antes de que se llegara al acuerdo en principio. "El conflicto, la discordia y el abuso resultantes" (véase *Fairchild, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 28,

segunda serie, pág. 329; *Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste*, vol. 270, segunda serie, pág. 693; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 321, segunda serie, pág. 860) constituyen el tipo de conducta ilícita que se procuró evitar con la promulgación de la ley.

Este caso no es como los juicios hipotecarios Baldwin, Limpar o Wainco, ya que en ellos, no se alegó que el anterior acreedor había llegado a un acuerdo en principio para resolver la controversia. En consecuencia, la práctica de comprar la hipoteca y después ejecutarla judicialmente no devino en la instigación de un conflicto con el propósito de especular en un juicio, sino que se hizo valer un derecho sobre una controversia preexistente.

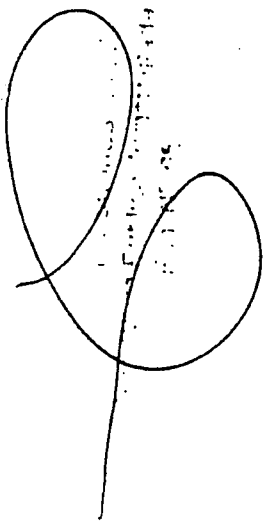
Sin embargo, tampoco se puede considerar que este caso coincide a la perfección con la práctica prohibida que se observa en los casos Baldwin, Moses, Goodell y [**87] otros, en que abogados compraron reclamos con el propósito de cobrar largas cuentas de costos y costas. En este caso, los honorarios de abogado, considerándose incluso la talla profesional de los asesores contratados por Elliott, son reducidos en comparación con la indemnización total reclamada y el beneficio previsto, si Elliott sale ganador. Tampoco este caso es similar a la práctica de contratar para enjuiciar, donde la no interposición de la acción judicial conllevaría a un incumplimiento [*356] de contrato condenable en los casos Refac, American Optical, Ehrlich y Zindle.

El hecho de no haberse establecido el encuadre de una práctica anteriormente proscrita no es fatal para la defensa de los Demandados del Perú. Como lo sostiene Elliott, la sección 489 es una ley penal que debe interpretarse de manera estricta. Sin embargo, el tribunal no puede limitar su alcance más allá de su texto y de una interpretación razonable de la intención del legislativo. Sin procurar dar una definición amplia a los alcances de la sección 489, el tribunal se ve en la obligación de concluir que el propósito que tuvo Elliott en este caso constituyó una violación de la ley. Elliott tuvo la intención de demandar al Perú antes de decidirse a comprar la deuda. Su propósito fue el de mantenerse al margen de los acreedores que habían aceptado la reestructuración establecida por el Plan Brady y valerse de la vía judicial para exigir el pago íntegro. Tenemos, pues, que el único o primordial propósito de Elliot fue entablar el juicio.

n19 Elliott se ampara en varios casos cuando propone que, la sección 489, al estar sustentada en la doctrina de *champerty*, es simplemente técnico y no goza de aceptación. Véase *Sedgwick contra Stanton, Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 14, págs. 289, 301 (1856)* (en el que se hace referencia a la "hostilidad" "que tan a menudo se manifestó en el pasado" "hacia los principios de la ley de *champerty*," una "norma técnica del derecho anglo-norteamericano"); *Crary contra Goodman, , Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 22, págs. 170, 177*

Casos de
Tribunal de
Reg. N° 03

(1860) ("La doctrina de *champerty*....es el vestigio de una política de la antigüedad."); *Saranac Land & Timber Co., contra Roberts, Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York, vol. 125, págs. 333, 345; Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 109, págs. 547, 551 (Tercer Departamento, 1908), ratificada, , Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 195, pág. 303; Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste, vol. 88, pág. 753 (1909) ("La defensa de la práctica de *champerty*es técnica, carece de méritos y ha gozado cada vez menos del favor de tribunales y legislaturas de Inglaterra y este país en un lapso superior a 100 años"). Sin embargo, estos casos no tienen que ver ni con la sección 489 ni las normas que la antecedieron. En el caso *Sedgwick*, el tribunal sostuvo que el ilícito materia de la demanda no estaba contemplado por ley alguna y que la doctrina de *champerty* del sistema jurídico anglo-norteamericano no es aplicable en Nueva York, salvo a través de una norma legal. *Sedgwick, , Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 14, pág. 291 (juez Hubbard); id., pág. 301 (juez Selden)*. Los juicios *Crary* y *Saranac* fueron interpuestos de conformidad con una ley sobre propiedad inmueble según la cual, "toda concesión de tierras será absolutamente nula si en el momento de la entrega correspondiente, las tierras estuvieran en poder efectivo de una persona cuyos derechos se sustenten en un título*

A large, stylized handwritten signature or scribble in black ink, located on the left side of the page. It consists of several overlapping loops and a long vertical tail.

adverso al del otorgante." Véase *Crary*, , *Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 22, pág. 175; véase también *Saranac Land & Timber Co.*, *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 109, pág. 556. Por lo tanto, ninguno de estos dos casos tiene que ver con la correcta interpretación de la sección 489.

[**88]

Contrariamente a lo que sostiene Elliott, esta decisión no conlleva al resultado perverso de que cualquier deudor puede impedir, con posterioridad a los hechos, la cesión de su deuda anunciando públicamente al mundo que no pagará a menos que sea enjuiciado. En tales circunstancias, dada la falta de un acuerdo en principio, estaríamos ante un caso como el *Limpar*, en que la controversia se encontraba en curso, y no ante los hechos aquí establecidos.

Los supuestos acuerdos contractuales no se harán cumplir en virtud de las leyes y la jurisprudencia de Nueva York por una variedad de razones. Como se analiza con mayor detalle líneas abajo, las partes no pueden renunciar por contrato a las consecuencias de una ley promulgada a favor de un interés público y no meramente privado. Las leyes del estado de Nueva York impiden la interposición de demandas y acciones por incumplimiento de contrato mientras no haya transcurrido cierto plazo. Véase la sección 213(2) de la CPLR (Ley y Reglamento de Procedimiento Civil) de Nueva York (en que se prohíbe la interposición de acciones por incumplimiento de

contrato por un período de seis años). Adicionalmente, los contratos no son pasibles de ejecución si son injustos. Véase el artículo 2-302(1) del Código Comercial Uniforme de Nueva York ("El tribunal que, como cuestión de derecho, determine que el contrato o una de sus cláusulas ha sido injusto en el momento de su celebración, podrá negarse a exigir el cumplimiento del contrato.....").

En este caso, la conducta de Elliott ha devenido en conflicto. Ciertamente, el Perú caracteriza la conducta de Elliott [**89] como piratería y atraco internacional. No está en el tribunal determinar si este conflicto constituye un uso indebido del poder judicial. Como se explicó anteriormente, en este caso se está interpretando una ley y no el sistema jurídico anglo-norteamericano, por lo tanto, son la intención y el texto de la legislación del estado los que determinan si la práctica es o no anticuada. Sostener otra posición implicaría no dar efecto a la ley o fijar límites sin pruebas suficientes que indiquen que ésta era la intención del legislativo neoyorquino, únicamente por una falta de concordancia entre políticas. El tribunal no puede hacer esto.

En consecuencia, los contratos de cesión de Elliott constituyen una violación de la sección 489 y, por lo tanto no puede exigirse su cumplimiento. n20

n20 Elliott sostiene asimismo que la sección 489 no ha sido violada porque (1) Elliott, en su condición de sociedad en comandita, no es una "asociación" tal como se entiende este

término en la ley; (2) la interpretación dada por el Perú a la ley haría que ésta contraviniera la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos de América; y (3) los Demandados del Perú carecen de fundamento por cuanto no fueron parte de los contratos de cesión. Después de haberse considerado con detenimiento estas cuestiones, se concluye que no tienen méritos.

[**90]

III. El Perú no renunció a su derecho de defenderse en virtud de la sección 489 de la Ley del Poder Judicial

Elliott sostiene que, aun cuando la sección 489 se aplicara a esta acción, el Perú [**357] otorgó una garantía irrevocable e incondicional respecto al pago previsto en las Cartas Convenio de 1983 y por lo tanto está impedido de oponer defensas frente a la responsabilidad que asumió en términos de la Garantía. En particular, la cláusula 3 de la Garantía establece que el Perú deberá pagar todo los montos "independientemente de las leyes, reglamentos o mandatos que estén vigentes en la actualidad o en el futuro en cualquier jurisdicción....." Además, dicha cláusula 3 dispone que la Garantía tendrá "carácter absoluto e incondicional independientemente de....cualquier otra circunstancia que normalmente podría constituir una defensa oponible por.....cualquier Deudor." Id. El texto de la renuncia es suficientemente amplio como

para hacerse extensiva a la defensa sustentada por el Demandado Perú en la sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York.

Sin embargo, el Perú argumenta que la renuncia no tiene eficacia por cuanto la sección 489 es una ley penal orientada al interés público y, por consiguiente, irrenunciable. De conformidad con la legislación de Nueva York, una parte contractual puede renunciar a una disposición legal e incluso constitucional promulgada en su beneficio o para su protección si está en juego un derecho privado [**91], mas no así el interés público. Por ejemplo, en el caso *Selzer contra Baker*, *Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 295, págs. 145, 149-50; *Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste*, vol. 65, segunda serie, págs. 752, 753-54 (1946), el tribunal decidió que una renuncia contractual al período de redención legal establecido en los casos de venta de bienes embargados por el fisco se encuadraba dentro de la "norma general por la que se establece que una parte puede renunciar a una disposición legal e incluso constitucional promulgada en su beneficio o para su protección, siempre que se trate exclusivamente de una cuestión de derechos privados y no implique consideraciones de política pública o índole moral." Véase también el caso *Elliott Assocs., L.P. contra la República del Panamá*, *LEXIS 11973*, *Tribunales Federales de Primera Instancia de los E.U.A.*, año 1996 *4, *WL 474173 - 1996*, *6-7 (Distrito Sur de Nueva York, 21 de agosto de 1996) (en que se permite la renuncia al derecho legal amparado en la Ley de Inmidades de Estados Extranjeros para el traslado de una acción al tribunal federal).

Por otro lado, aquel derecho conferido por la ley a favor de una persona de derecho privado pero que afecta el interés público es irrenunciable. Por ejemplo, en el caso *Yaksich contra Relocation Realty Service Corp.*, Misc., vol. 89, segunda serie, págs. 410, 412; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 391, segunda serie, págs. 822, 823 (*Juzgado de Primera Instancia del Estado para el Condado de Erie*, 1977), el juzgado determinó que las partes sujetas al derecho privado no podían renunciar a un requisito del código sanitario el cual establecía que las transferencias de títulos de propiedad sólo podían efectuarse o aceptarse siempre que previamente el Departamento de Salud inspeccionara y aprobara el sistema de alcantarillado del inmueble. [**92] La ley, al haber sido "diseñada para promover la salud y bienestar del público en general" era irrenunciable. *Id.*, pág. 412. Véase también el caso *John J. Kassner & Co., Inc. contra la Ciudad de Nueva York*, , *Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 46, segunda serie, págs. 544, 551; *Compilación de Fallos del Area Noreste*, vol. 389, segunda serie, págs. 99, 103; *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 415, segunda serie, págs. 785, 789 (1979) (la ley que fija términos de prescripción se fundamenta en la política pública y es irrenunciable mientras no haya acumulación de pretensiones, aunque, una vez ocurrida ésta, puede ser pasible de renuncia en ciertas circunstancias).

La cuestión aquí radica en determinar si el derecho que posee el Perú de alegar que este tribunal no puede exigir el cumplimiento de

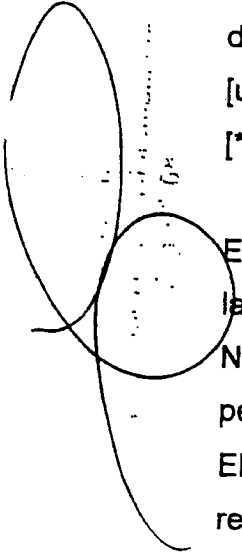
la deuda por cuanto Elliot ha incurrido en violación de la sección 489 es un derecho de carácter puramente privado que afecta sólo a partes de derecho privado o si se trata de un derecho privado que afecta al interés público y por lo tanto es irrenunciable. La sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York establece en su parte pertinente lo siguiente:

Ninguna sociedad o asociación, actuando directa o indirectamente....deberá solicitar, comprar o adquirir por cesiónalgún bono, pagaré, letra de cambio, deuda en libros u otro derecho ejercitable contra terceros por concepto de una obligación, o un reclamo o requerimiento, con la intención y el propósito de entablar una acción o proceso judicial con respecto al mismo.

Sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York. La sección 489 es una ley de derecho penal y su violación constituye un delito menor sancionable con "una multa [**93] no mayor a cinco mil dólares." Id.

Si bien la ley no confiere un derecho de acción de carácter privado, es factible oponer su violación como defensa en una demanda por incumplimiento de contrato. "La ley establece perfectamente que un contrato celebrado contravinéndose la legislación penal es nulo e inexigible " y por consiguiente, es posible oponer la violación de la sección 489 como defensa en una acción por incumplimiento de contrato. Véase los casos *Zindle*, *Tribunal de Segunda Instancia del Estado de Nueva York*, vol. 258, págs. 636, 636-37; *Suplemento de*

Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 17, segunda serie, págs. 594, 595-95 (donde se determina que hay violación de la sección 489, se deja sin efecto el contrato de cesión y se desestima la demanda (citándose el caso *Morgan Munitions Supply Co., contra Studebaker Corp. of Am., Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 226, pág. 94; Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste, vol. 123, pág. 146 (1919)* ("Ninguna persona puede inmiscuirse en una acción legal para hacer valer sus derechos si ello la obliga a infringir la ley.")); *Refac, Fallos Relativos al Reglamento Procesal, vol. 131, pág. 58; cf. Sprung, , Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 3, segunda serie, pág. 544; Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste, vol. 147, segunda serie, pág. 9, Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York, vol. 169, segunda serie, pág. 460* (aunque denegó la sentencia sumaria, el tribunal observa que "si durante el proceso se determina que el demandante en efecto violó la sección 274 de la Legislación Penal [una norma que antecedió a la sección 489], debe desestimarse [*358] su demanda" (citándose el caso *Morgan Munitions*)).



El propio motivo por el que las cesiones serían nulas en términos de la sección 489, vale decir, la contravención de la política pública de Nueva York y su carácter [**94] inexigible, hace que esta sección pertenezca indefectiblemente al grupo de leyes irrenunciables. Elliott no cita ningún caso para demostrar lo contrario: que es posible renunciar a las consecuencias de la violación de una ley penal en términos de un contrato entre partes de derecho privado. En efecto,

al plantear que la claridad y contundencia de la carga de la prueba debe ser lo prioritario, Elliott observa que se trata de una ley penal sobre "conducta inmoral." Además, como se explica arriba, la sección 489 está orientada a evitar la "interrupción del curso de la justicia pública," *Tallhimer, Cow., vol. 3, pág. 643*, lo cual es cuestión de interés público y no meramente privado.

IV. El decreto del Perú no exime al Banco de su responsabilidad contractual

La siguiente cuestión que debe abordarse radica en determinar si el Banco se halla eximido de responsabilidad por la imposibilidad de dar cumplimiento a sus obligaciones. Los Demandados del Perú argumentan que el Banco debe ser dispensado de responsabilidad por cuanto le fue imposible dar cumplimiento a las Cartas Convenio de 1983 debido a una resolución gubernamental posterior según la cual el Banco fue supuestamente retirado de la posición de deudor establecida en las Cartas Convenio de 1983. Debido a que por decreto gubernamental, el Banco quedó impedido de dar cumplimiento a su contrato, los Demandados del Perú sostienen que la [**95] doctrina de imposibilidad de incumplimiento exime al Banco de la responsabilidad derivada de su falta de cumplimiento.

Elliott, por otro lado, sostiene que el decreto del Perú no es presumiblemente válido en Nueva York por que la doctrina de actos de gobierno es inaplicable y, por consiguiente, la ley extranjera no tiene efecto sobre los derechos contractuales relativos a bienes

100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200

ubicados en Nueva York cuando el contrato se rige por las leyes de esta jurisdicción.

De acuerdo con la doctrina de actos de gobierno, los tribunales de este país no investigarán la validez de los actos de un Estado extranjero, independientemente de cuán incompatibles sean tales actos (como las expropiaciones) con la legislación y políticas de los Estados Unidos de América. Véase, por ejemplo, el caso *Banco Nacional de Cuba contra Sabbatino*, *Compilación de Fallos de la Corte Suprema de los E.U.A.*, vol. 376, págs. 398, 401; *Edición para abogados*, vol. 11, segunda serie, pág. 804; *Juzgado de Primera Instancia del Estado*, vol. 84, pág. 923 (1964). Sin embargo, esta doctrina es aplicable "sólo si la deuda [objeto del decreto extranjero] está ubicada dentro de los límites del Estado extranjero." Véase el caso *Pravin*, *Suplemento de Fallos Federales*, vol. 895, págs. 660, 664n.4 (en el que se analiza a su vez el caso *Allied Bank Int'l contra Banco Crédito Agrícola De Cartago*, *Compilación de Jurisprudencia Federal*, vol. 757, segunda serie, pág. 516 (Segundo Circuito, 1985)) (el énfasis aparece en el original), ratificado en *Compilación de Jurisprudencia Federal*, vol. 109, tercera serie, pág. 850 (Segundo Circuito, 1997). No faculta a ningún tribunal de los Estados Unidos de América a dar efecto a actos [**96] o leyes de un Estado extranjero que tienen por objeto surtir efecto fuera de los límites de dicho Estado. Véase id.; *Allied Bank*, *Compilación de Jurisprudencia Federal*, vol. 757, segunda serie, pág. 521. A raíz del caso *Pravin Banker*, este juzgado ya ha observado que la ubicación de las obligaciones creadas por las Cartas Convenio de 1983 es Nueva

10/10/97
12:11:10

York, no el Perú. *Pravin, Suplemento de Fallos Federales, vol. 895, pág. 664 n.4* (donde se señala en la nota que "en el caso Allied, la deuda estaba ubicada en Nueva York y no en el país extranjero" y se concluye que "la deuda del Banco Popular en cuestión [en el caso Pravin Banker] está ubicada en Nueva York").

Sin embargo, esta cuestión no necesita ser abordada por el juzgado, ya que aun cuando no se hubiera argumentado la doctrina de actos de gobierno, los Demandados del Perú no han establecido suficientemente en autos que la obligación contractual se extinguiría aun cuando el decreto del Perú realmente tuviera efecto sobre las obligaciones de las Cartas Convenio de 1983 en Nueva York. Los Demandados del Perú citan el caso *L.N. Jckson & Co., contra el Gobierno Real de Noruega, Compilación de Jurisprudencia Federal, vol. 177, segunda serie, págs. 694, 697 (Segundo Circuito, 1949)*, cuando sostienen que una obligación contractual se considera automáticamente "extinguida...cuando su cumplimiento es posteriormente prohibido por un mandato [gubernamental]." Tal argumento se planteó en el contexto sui generis de la Segunda Guerra Mundial y "exoneró [a las partes] que atendieron a las demandas del gobierno[**97] [de los Estados Unidos de América] en época de guerra." *Id., pág. 701* (donde se cita el caso *Mawhinney contra Millbrook woolen Mills, Inc., Compilación de Fallos del Tribunal de Última Instancia del Estado de Nueva York, vol. 231, págs. 290, 298-301, Compilación de Jurisprudencia del Area Noreste, vol. 132, pág. 93 (1921)* (en el contexto de la Primera Guerra Mundial, el tribunal dictaminó que cuando "se aplican las

leyes del Congreso y el trabajo del gobierno ha dilatado la suscripción de otros contratos, esta dilatación está legalmente dispensada; constituye una defensa en una acción legal por incumplimiento de contrato”).

El propietario extranjero de una nave celebró un contrato con un comprador de copra para transportar este insumo desde África hacia los Estados Unidos. Sin embargo, antes de que el propietario [**359] de la nave pudiera cumplir su obligación, se produjo el ataque a Pearl Harbor y los Estados Unidos declaró la guerra al Japón. El subdirector de la División de Embarques de emergencia de la Comisión Marítima ordenó que el propietario de la nave reemplazara la copra con un cargamento de lana, y el demandante interpuso una acción por incumplimiento de contrato. El juzgado estableció que las circunstancias, en ausencia de falta clara y unilateral, excusaron el cumplimiento, id., pág. 699, haciendo notar, entre otras cosas, que era de conocimiento general en el sector marítimo que se avecinaba una guerra y que existía un precedente en que el obligado había sido dispensado de cumplimiento en circunstancias similares. Id. Véase también el caso *Hamilton Rubber Mfg. Co. contra Greater New York Carpet House, Inc.*, [**98], *Suplemento de Jurisprudencia del Estado de Nueva York*, vol. 47, segunda serie, págs. 210, 211 (Juzgado de Primera Instancia del Estado, 1994) (cumplimiento imposible por orden, mandato y reglamento del Consejo de producción en Guerra), sentencia confirmada, *Tribunal de Segunda Instancia del Estado*, vol. 269, pág.

ninguna ley promulgada por un gobierno extranjero por la cual se imposibilitara el cumplimiento de la parte contratante [**99].

Los Demandados del Perú también citan el caso *Organización JD Ltda. contra los Estados Unidos de América*, *Compilación de Jurisprudencia Federal*, vol. 18, tercera serie, pág. 91 (Segundo Circuito, 1994) (denegación de traslado a instancia superior, *Compilación de Fallos de la Corte Suprema de los E.U.A.*, vol. 512, pág. 1207; *Edición para abogados*, vol. 129, segunda serie, pág. 813; *Compilación de Jurisprudencia de la Corte Suprema de los E.U.A.*, vol. 114, pág. 2679 (1994). En 1990, el gobierno embargó un gran número de transferencias electrónicas de fondos supuestamente atribuidos al tráfico ilícito de drogas. *Id.*, pág. 93. Los destinatarios de los fondos entablaron una demanda contra los bancos involucrados en la transferencia, alegando, entre otras cosas, incumplimiento de contrato. El juzgado decidió que el mandato judicial de embargo de los fondos "hacía imposible el cumplimiento de cualquier contrato de carácter exigible." *Id.*, pág. 95. La intervención de un juzgado federal de primera instancia de los E.U.A. a través de un mandato de embargo de fondos no es similar al decreto promulgado por el gobierno peruano con el objeto de liberar al Banco del cumplimiento de sus deudas.

Aun cuando, como sostienen los Demandados del Perú, los tribunales de Nueva York han adoptado la sección 261 de *Jurisprudencia sobre Contratos Comentada* (segunda versión), no se

00637

ha establecido la defensa sobre imposibilidad de cumplimiento. Dicha sección señala lo siguiente:

Cuando, tras la celebración de un contrato, el cumplimiento por una de las partes resulta imposible, sin que medie falta de ésta, por la ocurrencia de un evento cuya no ocurrencia [**100] constituyó un supuesto básico al celebrarse el contrato, la parte en cuestión queda liberada del cumplimiento, a menos que el texto o las circunstancias indiquen lo contrario.

Los Demandados del Perú sostienen que, en este caso, el Banco recibió la prohibición de efectuar pagos del servicio de la deuda externa en virtud del Decreto de Urgencia No. 09-94. De acuerdo con este decreto, el Perú se subrogó en lugar del Banco como deudor de los préstamos otorgados por la banca extranjera. El cumplimiento de este decreto era obligatorio —tanto el Banco como sus empleados estaban sujetos a sanciones si no lo acataban.

Sin embargo, los Demandados del Perú no han establecido, que el decreto de urgencia constituyera un evento cuya no ocurrencia fue un supuesto básico para la celebración del contrato. El argumento de que las Cartas Convenio de 1983 no expresan nada sobre la adjudicación al Banco del riesgo de una acción gubernamental sobreviniente y que la redacción del decreto indica que éste es una "medida extraordinaria", "resultan insuficientes para establecer, como deberían, que al celebrarse los contratos, no estuvo contemplada la posibilidad de que el Perú intervendría en las

obligaciones de endeudamiento extranjero del Banco. En consecuencia, [*360] el Banco no puede evadir su responsabilidad aduciendo imposibilidad de cumplimiento. n21

n21 Dado que el juzgado ha decidido que el Banco no puede esgrimir imposibilidad de incumplimiento como defensa, no es necesario considerar el argumento de Elliott respecto a que debe desestimarse la defensa porque los Demandados del Perú no cumplieron hacer certificar sus documentos probatorios sobre legislación extranjera, tal como lo exige la sección 44 del Reglamento Federal de Procedimiento Judicial y la sección 902 del Reglamento Federal Procesal en Materia de Pruebas.

[**101]

CONCLUSION

Por las razones expuestas anteriormente, el juzgado falla desestimando la demanda, adjudicando indemnización por costos y costas a favor de los Demandados del Perú.

DISPÓNGASE.

Nueva York, estado de Nueva York, 06 de agosto de 1998
Robert W. Sweet, Juzgado Federal de Primera Instancia de los
E.U.A.

ELLIOTT ASSOCIATES, L.P., Plaintiff, v. THE REPUBLIC OF PERU, Defendant, ELLIOTT ASSOCIATES, L.P., Plaintiff, v. BANCO DE LA NACION, Defendant.

96 Civ. 7917 (RWS), 96 Civ. 7916 (RWS)

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

12 F. Supp. 2d 328; 1998 U.S. Dist. LEXIS 12253

August 6, 1998, Decided

August 7, 1998, Filed

SUBSEQUENT HISTORY: [**1] Counsel Amended August 19, 1998.

DISPOSITION: Judgment entered dismissing complaint with costs and disbursements to Peru Defendants.

CORE TERMS: sovereign, champerty, lawsuit, restructuring, negotiation, privatization, guaranty, purchasing, default, working capital, emerging, assignee, purpose of bringing, mortgage, assignor, lender, breached, outstanding, bid, predecessor, parent, principal amount, full payment, collection, indirectly, negotiated, syndicated, negotiate, publicly, decree

COUNSEL: For PLAINTIFF: OTTO G. OBERMAIER, ESQ., BRIAN S. ROSEN, ESQ., ELI GOTTESDIENER, ESQ., STEVEN M. SHEBAR, ESQ., PAUL M. TARR, ESQ., ROSS MORRISON, ESQ., Of Counsel, WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP, New York, NY.

For PLAINTIFF: MICHAEL STRAUS, ESQ., Of Counsel, BAINBRIDGE & STRAUS, Birmingham, AL.

For DEFENDANTS: MARK A. CYMROT, ESQ., R. LPH G. BLASEY, III, ESQ., PEDER A. GARSKE, ESQ., PAUL O. GAGNIER, ESQ., Of Counsel, BAKER & HOSTETLER, Washington, DC.

JUDGES: ROBERT W. SWEET, U.S.D.J.

OPINION BY: ROBERT W. SWEET

OPINION: [*331] OPINION

Sweet, D.J.

Elliott Associates, L.P. ("Elliott") brought these ac-

tions to recover monies due and owing on foreign debt instruments it acquired by way of assignment in the secondary capital markets. Defendants The Republic of Peru ("Peru") and Banco de la Nacion ("Banco") (collectively, the "Peru Defendants") concede the validity of the debt but deny that Elliott is a valid holder. They contend that the assignments, by two third-party banks, are void because Elliott committed "champerty" in purchasing the debt in violation of Section 489 of the New York Judiciary Law. Banco additionally [**2] contends that it cannot be liable on the debt assigned to Elliott, even if the assignments are valid, due to an internal 1994 Peruvian law which purported to transfer Banco's foreign debt obligations to Peru, thus allegedly relieving Banco of any liability.

Upon the trial before the Court and all the prior proceedings and the findings of fact and conclusions of law which follow, judgment will be entered in favor of the Peru Defendants.

Parties

Elliott is a Delaware limited partnership authorized to do business in the State of New York with its principal place of business in New York, New York.

Banco is a foreign financial institution organized under the laws of Peru with its principal place of business in Lima, Peru.

Peru is a foreign state as defined in 28 U.S.C. § 1603(a).

Prior Proceedings

The prior proceedings in this controversy are set forth in the previous opinions of this Court, familiarity with which is assumed. See *Elliott Assocs., L.P. v. Republic*

of Peru, 176 F.R.D. 93 (S.D.N.Y. 1997); *Elliott Assocs., L.P. v. Republic of Peru*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 11185, 96 Civ. 7916, 1997 WL 436493 (S.D.N.Y. Aug. 1, 1997); *Elliott Assocs., L.P. v. Republic of Peru*, [**3] 96 J.F. Supp. 83 (S.D.N.Y. 1997); *Elliott Assocs., L.P. v. Republic of Peru*, 948 F. Supp. 1203 (S.D.N.Y. 1996). Elliott commenced these actions on October 18, 1996 in the Supreme Court of the State of New York, County of New York, seeking money judgments based upon allegations of Banco's default under certain written loan agreements and Peru's default under a written guaranty securing certain loan agreements. Peru and Banco removed these actions to this Court on October 21, 1996. The Court denied Elliott's [*332] motion for an order of attachment on December 12, 1996 and for summary judgment on April 28, 1997. Some fourteen Orders and Opinions were entered relating to discovery and scheduling. A bench trial was held beginning on March 10, 1998, and ending on March 25, 1998. Post-trial submissions were received, and closing arguments were heard on May 26, 1998, at which time the action was considered fully submitted.

Findings of Fact

I. Elliott's Purchase of Peruvian Debt

Elliott purchased, in a series of five trades from January 31, 1996, to March 1, 1996, all right, title and interest, from Swiss Bank Corporation ("SBC") and ING Bank, N.V. ("ING"), \$ 20,682,699.04 [**4] in principal amount, together with all accrued and unpaid interest, of the working capital obligations of Banco de la Nacion and Banco Popular del Peru under certain letter agreements (the "Letter Agreements"). The Letter Agreements were guaranteed by Peru in a written Guaranty on May 31, 1983 (the "Guaranty"). Elliott paid SBC and ING a combined total of \$ 11,431,202.08,

ⁿ¹ The working capital debt consists of direct loans between a single lender and a sovereignty entity, typically smaller in amount than syndicated debt, and typically documented simply by a letter agreement. Syndicated bank debt, by contrast, is debt syndicated by a lead bank which maintains books and records for all holders. Working capital debt is more cumbersome to trade than syndicated debt because, among other things, it does not have an agent bank, as does syndicated debt, which is responsible for maintaining the books and records of the ownership of the loan and the amounts outstanding. With working capital debt, there being no agent bank, the buyer essentially has to rely upon the seller to convey good title to a valid obligation which remains outstand-

ing. For these reasons, working capital debt typically trades at a four to six percent discount from syndicated debt.

[**5]

The trades were as follows: (1) On January 31 1996, \$ 5,000,000 in principal amount was traded for \$ 2,589,500.00 by SBC; (2) on February 6, 1996, \$ 2,000,000 in principal amount was traded for \$ 1,090,000 by ING; (3) on February 14, 1996, \$ 5,000,000 in principal amount was traded for \$ 3,250,000 by SBC; (4) on February 14, 1996, \$ 5,000,000 in principal amount was traded for \$ 2,589,500 by SBC; and (5) on March 1, 1996, \$ 3,682,679.55 in principal amount was traded for \$ 1,907,259.83 by SBC.

Elliott closed its assignment agreement with ING on March 29, 1996, and provided a fully executed copy of the agreement to ING until April 15, 1996. Elliott closed its SBC purchases on April 19, 1996, and provided a fully executed copy of the assignment agreement to SBC on May 1, 1996.

The Letter Agreements and the Guaranty, both of which are governed by New York law, are valid outstanding obligations of Banco and Peru. The Letter Agreements and the Guaranty entitle the holder to, among other things, repayment of all principal, plus interest as provided in the Letter Agreements. The Letter Agreements and the Guaranty also entitle the holder to recover attorneys' fees, costs and disbursements [**6] incurred to enforce the Letter Agreements and the Guaranty.

Of the total \$ 20,682,699.04 in principal obligations Elliott acquired, Banco is the Obligor of \$ 7,000,000 in principal. Banco Popular is the Obligor for the remaining \$ 13,682,699.04 in principal. Peru, however, guaranteed to repay the entire amount.

Banco and Peru have not paid any of the outstanding amounts due and owing under the Letter Agreements or the Guaranty. Banco and Peru are therefore in default of their obligations under those instruments.

II. Elliott's Intent And Purpose In Purchasing The Peruvian Debt Was To Bring An Action

Elliott purchased the Peruvian debt with the intent and purpose to sue. This purpose and intent can be determined from Elliott's investment strategy, the resumes of the individuals assembled for the Peruvian debt project, Elliott's delay in closing the Peruvian debt trades until after litigation risks were clarified by the Second Circuit in the Pravin Banker matter, the absence of credibility

to Elliott's alternatives, and Elliott's conduct subsequent to the purchases.

[*333] A. Elliott's Emerging Market Debt Advisors Were Experienced In Purchasing Sovereign Debt And Suing [**7] Upon It

Elliott set up an investment team for the purchase of emerging market debt, consisting principally of Jay Newman ("Newman"), Andrew Kurtz ("Kurtz"), a senior analyst and portfolio manager at Elliott, Paul Singer ("Singer"), Elliott's founder and chief executive, and Ralph Dellacamera ("Dellacamera"), Elliott's head trader. Additionally, the team retained Michael Straus as outside counsel.

Prior to its first meeting with Newman, Elliott had never invested in emerging market debt. Elliott is an investment fund which, at the time the sovereign debt team was assembled, specialized in the purchase of distressed assets which it believed the market had undervalued. These included debtor-companies in bankruptcy, companies recently emergent from bankruptcy, or companies which had yet to enter formal bankruptcy.

Singer, Kurtz and Dellacamera had no experience in emerging market debt. Elliott therefore relied on Newman's expertise and recommendations in purchasing emerging market debt.

Jay Newman, who had formerly practiced law, entered the sovereign debt investment area in 1983 during the Latin American debt crisis when he began working for Lehman Brothers. In 1987 or 1988, [**8] Newman became Lehman Brothers' managing director for Third World debt, responsible for developing Lehman Brothers' trading and investment business in that area.

In 1989, Newman joined Dillon Reed, where he continued trading and brokering emerging market debt and managed a third world debt investment fund. One year later he moved to Morgan Stanley, again to work on emerging market debt investments.

In 1993, Newman left Morgan Stanley to establish the Percheron Fund, an offshore investment fund that focused on emerging market debt. Newman managed the Percheron Fund until 1995. Also in 1993, Newman solicited investors for Water Street Bank & Trust Limited ("Water Street"), another offshore fund that invested in emerging market debt. At approximately the same time, Newman introduced Water Street's investors to Michael Straus, who he had first met in 1992 or 1993, when Straus was representing Banque de Gestion Privée-SIB in its sovereign debt lawsuit against the Republic of Paraguay. Newman knew of Straus because of his work

as trial counsel to clients involved in sovereign debt lawsuits, as Straus has been involved in at least thirteen other debt lawsuits against sovereigns in the United [**9] States. n2

n2 Straus has recently invested directly in emerging market debt sued a sovereign on his own behalf. In 1996, Straus and Newman formed Red Mountain Finance Company ("Red Mountain"), an Alabama corporation which thereafter purchased sovereign debt of the Democratic Republic of Congo (former Republic of Zaire). In December 1997, Red Mountain filed a debt lawsuit in this Court against the Congo.

Straus assisted Newman in the solicitation of investors for Water Street and later became trial counsel to Water Street for its sovereign debt lawsuits.

Newman and Straus advised Water Street on its purchases of the sovereign debt of Poland, Ecuador, Ivory Coast, Panama, and Congo. Water Street thereafter filed lawsuits against each of those sovereigns seeking full payment of the debt purchased by Water Street. Straus served as trial counsel to Water Street for each of those lawsuits. Neither Newman nor Straus, however, made the ultimate decisions for Water Street regarding whether to purchase emerging market [**10] debt, or whether to sue the sovereign governments to collect. In May 1995, the Water Street investors decided to liquidate the fund, and Newman "assisted extensively in [the] liquidation of Water Street."

Straus had become familiar with the elements of champerty. Allegations of champerty were charged against Straus' clients in *Banque de Gestion Privée-SIB v. La Republica de Paraguay*, 787 F. Supp. 53 (S.D.N.Y.); *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Republic of Congo*, 94 Civ. 1894 (SS) (S.D.N.Y.); and *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Republic of Poland*, 95 Civ. 0042 (LAP) (S.D.N.Y.). In [**334] addition, Straus was familiar with *CIBC Bank and Trust Company (Cayman) Ltd. v. Banco Central Do Brasil*, 886 F. Supp. 1105 (S.D.N.Y.), where the defendant raised champerty.

B. Elliott's Emerging Market Debt Investments

During the winding down of Water Street and Percheron, Newman "wanted to stay involved in the business of third world debt." Therefore, when he approached Elliott in August or September 1995, Newman "was looking basically for a relationship with an investment fund so that [he] could continue working in the area." By October 1995, Newman was retained as an advisor [**11] to Elliott and began to make recommen-

dations on the purchase of emerging market debt in the secondary market.

According to Straus, in December 1995, Newman introduced him to Elliott for the purpose of retaining him for emerging market debt matters. Straus was retained by Elliott as counsel of record in this case and in Elliott's sovereign debt lawsuit against the Republic of Panama.

1. The Panamanian Debt Purchases

Newman first recommended that Elliott purchase the sovereign debt of the Republic of Panama, the same debt on which Water Street had brought suit. ⁿ³ At the time of Elliott's purchase of Panamanian debt, Panama was in the process of finalizing its debt restructuring. Newman and Singer were aware that Panama had announced the terms of its restructuring, and Newman advised Elliott as to the status of Panama's restructuring negotiations.

ⁿ³ The suit was subsequently dismissed due to Water Street's failure to comply with the Court's order to disclose its principals. See *Water St. Bank & Trust Ltd. v. The Republic of Panama*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 1444, 94 Civ. 2609, 1995 WL 51160 (S.D.N.Y. Feb. 8, 1995).

[**12]

Elliott purchased \$ 28,750,907.05 face value of Panamanian debt obligations for \$ 17,579,685.56 through trades with SBC, ING, First National Bank of Chicago, and Citibank, NK, and Newman negotiated the assignment agreements.

Elliott declined to participate in Panama's restructuring, and in July 1996, brought suit against Panama seeking full payment on the debt it had purchased. Straus was trial counsel for Elliott in that lawsuit.

2. The Peruvian Debt Purchases

Newman next recommended that Elliott purchase Peruvian sovereign debt. According to Singer, Newman was instrumental in recommending Peruvian debt to Elliott, "and that's why we bought the debt."

Like Panama, Peru was in the process of finalizing its restructuring when Elliott purchased its debt. In March 1983, Peru determined that it had insufficient foreign exchange reserves to service its foreign debt, and entered negotiations with the Bank Advisory Committee for Peru ("BAC"), a committee consisting of representatives of Peru's major commercial creditors.

The negotiations yielded a series of refinancing agreements, including letter agreements dated March 7, 1983, and May 31, 1983 (collectively the "1983 Letter" [**13]

Agreements"), between Peruvian banks and state-owned companies and their foreign creditors, and guaranteed by the Government of Peru.

After further negotiations stalled in 1984, Peru imposed restrictions on payment of external debt. As a result, Peru fell into arrears on its debts to various multinational organizations, foreign nations, and foreign commercial lenders.

On March 10, 1989, United States Treasury Secretary Nicholas Brady revised United States policy on international debt. The new policy, known as the "Brady Plan," urged lenders, on a voluntary basis, to forgive some of the debt owed to them by less developed countries, restructure what debt remained outstanding, and continue to provide these countries with additional loans.

Beginning in March 1990, Peru's commercial lenders filed various lawsuits in five countries. On October 25, 1990, Peru signed an agreement with the BAC to stay the pending lawsuits in order to enter into negotiations to restructure Peru's sovereign debt. About one year later, in September 1991, Peru and the IMF entered into an agreement to restructure the Peruvian economy.

[*335] In 1993, Peru's sovereign debt was approximately \$ 25 billion, which was [**14] owed to multinational institutions such as the IMF, the World Bank, and the Inter-American Development Bank; other countries; commercial banks; and suppliers.

In December 1994, all of the creditors who had sued Peru, with the exception of Pravin Banker Associates Ltd. ("Pravin Banker"), dismissed their lawsuits in consideration for Peru's November 1992 Tolling Declaration.

On October 27, 1995, Peru and the BAC publicly announced an agreement in principle for a debt restructuring plan designed in accordance with the Brady Plan. The agreement covered \$ 4.4 billion face amount of debt, virtually all of the external commercial debt owed by Peru and Peruvian public and private-sector debtors, including the debt involved in these lawsuits. It was only after the agreement in principle was reached, in January 1996, that Elliott began to accumulate the debt at issue in this action.

The Term Sheet for Peru's restructuring was negotiated between January and June 1996 and was issued on June 5, 1996. Creditors were required to present commitments to participate in the restructuring by July 31, 1996. Of the approximately 180 creditors eligible to take part in Peru's restructuring, only Elliott [**15] and Pravin Banker refused to participate.

On November 8, 1996, Peru and its creditors executed

an Exchange Agreement implementing Peru's restructuring ("Brady Agreement"), which closed on March 7, 1997.

3. Elliott Intended To Bring An Action

a. From its inception in October 1995, Elliott's sovereign debt strategy focused on filing lawsuits

As concisely put by Elliott's president, Paul Singer: "Peru would either . . . pay us in full or be sued." Under the circumstances as they existed in January 1996, when Elliott began its assembly of Peruvian debt, the only credible way that Elliott could achieve its goal of full payment was by bringing an action.

Singer, Elliott's president, admitted that demanding full payment and suing Peru was one of Elliott's investment strategies at the time it purchased Peruvian debt, although he claimed this alternative was a last resort because of the typically poor investment return achieved through litigation, thus contradicting both Newman and Kurtz' testimony that filing suit or seeking full payment was not considered as a strategy.

b. Newman and Straus have a long history of suing sovereigns

Newman, upon whom Elliott [**16] relied in deciding to invest in the Peruvian debt, and Straus, with whom Elliott met in December 1995, before they began investing in the debt, are both experienced with the investment strategy of purchasing emerging market debt and suing thereon. Their involvement with Elliott is highly probative of Elliott's intent in purchasing the debt.

During Newman and Straus' association with Water Street, Water Street filed at least six debt lawsuits in this Court against sovereigns. n4 Straus also advised Water Street on its purchases of Ecuadorian, Panamanian, and Polish sovereign debt, and Water Street later filed lawsuits against each of those countries in London. In addition to being counsel of record to Elliott in this case, Straus has been involved as counsel in at least six other sovereign debt lawsuits against emerging market countries. n5 In December 1997, Straus' company, Red Mountain [*336] Finance, brought suit against the Congo after purchasing that country's discounted sovereign debt on the secondary market. n6

n4 *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Republic of Ivory Coast*, 94 Civ. 2376 (S.D.N.Y.); *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Republic of Congo*, 94 Civ. 1894 (SS) (S.D.N.Y.); *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Polish People's Republic*, 94 Civ. 2428 (LAP) (S.D.N.Y.); *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Republic of Poland*, 95 Civ. 0042

(LAP) (S.D.N.Y.); *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Republic of Panama*, 94 Civ. 2609 (MGC) (S.D.N.Y.); and *Water St. Bank & Trust Ltd. v. Banco Central del Ecuador*, 95 Civ. 5253 (JES) (S.D.N.Y.).

[**17]

n5 *Banque de Gestion Privée SIB v. Republica of Paraguay*, 787 F. Supp. 53, 91 Civ. 7952 (MBM) (S.D.N.Y.); *Weston Compagnie de Finance et D'Investissement, S.A. v. La Republica del Ecuador*, 93 Civ. 2698 (S.D.N.Y.); *LNC Investments, Inc. v. The Republic of Zaire*, 96 Civ. 5281 (S.D.N.Y.); *Elliott Associates, L.P. v. The Republic of Panama*, 96 Civ. 5514 (DC) (S.D.N.Y.); *Elliott Associates, L.P. v. The Republic of Panama*, No. 603615/96 (N.Y. Sup. Ct.); and *Allied Bank Int'l v. Banco Credito Agricola de Cartago*, 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985). With the exception of *Allied*, Straus represented the plaintiff in each of these cases.

n6 Peru introduced other evidence purporting to show Elliott's intent and purpose to sue which the Court does not credit. For example, the Court does not credit the inference sought to be drawn by Peru that Elliott's due diligence with respect to the Peruvian debt assignments demonstrated an intent to sue. As Elliott contends, its conduct was consistent with prudent business practice to ensure that the debt purchased can be enforced.

c. Elliott delayed closing [**18] its purchases of Peruvian debt until the Second Circuit had clarified the litigation risks

Elliott intentionally delayed the closing of the assignments until after April 12, 1996, when the Second Circuit denied Peru's request for an order to stay enforcement of a judgment without requiring the defendants to post a bond for the amount of the judgment, thereby clarifying Elliott's litigation risks. See *Pravin Banker Associates Ltd. v. Banco Popular Del Peru*, Order No. 96-7183 (2d Cir. Apr. 12, 1996).

1. The Elliott-SBC Assignment Agreement

The Elliott-SBC assignment agreement, covering four trades - January 31, February 13 (two separate trades), and March 1, 1996 - is dated April 19, 1996. Ricardo Leiva, the SBC employee responsible for closing these trades, testified that he expected that the trade would close within the industry-standard 21 calendar or 15 business days. n7 Leiva testified that SBC's normal practice was to complete assignments within 15 business days even when subsequent trades occurred with the same counterparty during that 15 day period. The

new trades would normally be added to the transaction and all purchases would close within 15 business [**19] days.

n7 The trade confirmation issued by SBC set 21 calendar days.

Elliott, however, rejected the Emerging Markets Traders Association ("EMTA") standard assignment agreement, n8 and instead requested that SBC use the same assignment agreement used for Elliott's earlier purchase of Panamanian debt from SBC. n9 Leiva revised the earlier agreement to incorporate the terms of the Peruvian transaction and, on February 7, 1996, forwarded it to Elliott for execution.

n8 Generally, but not always, SBC used the EMTA standard form, which had been developed to simplify and standardize the closing process for sovereign debt transactions.

n9 The Panamanian debt was syndicated debt whereas the Peruvian debt was working capital debt.

Although Elliott had previously approved and executed the form of the assignment agreement in connection with its [**20] purchase of Panamanian debt, Elliott responded to SBC's draft on February 21, 1996 by requesting numerous changes and seeking additional documentation. Leiva testified that he was surprised at the level of changes to the assignment agreement proposed by Elliott.

On March 21, 1996, almost two months after its first trade with Elliott, SBC received additional revisions to the assignment agreement from Elliott, in which Elliott requested from SBC (a) a representation that the debt being purchased was still outstanding, (b) a representation that the Tolling Agreement and Guaranty were still in force, and (c) copies of the underlying loan agreements.

Elliott's lawyer informed SBC on March 21, 1996 that Elliott would not agree to a provision in the purchase of Peruvian debt requiring Elliott's consent to Peru's January 1994 privatization program, and sent additional changes to the assignment agreement on March 22, 1996.

On April 4, 1996, SBC sent Elliott a document labeled "final draft of assignment agreement," and enclosed copies of original letter agreements with Chase and Crocker Banks, some of the documentation demanded by Elliott.

On April 12, 1996, Mr. Leiva reported to Sarah Fels [**21] of the SBC legal department that a number of substantial issues were still outstanding [**337] in connection with the Elliott transaction.

ING Bank received hard copies of the assignment agreement executed by an authorized representative of Elliott, Singer, on April 15, 1996, three days after the Second Circuit's decision in *Pravin Banker*, and approximately two and a half months after the trade date.

Shortly thereafter, on April 19, 1996, Elliott's purchase of Peruvian debt from SBC closed, although Newman did not forward to SBC executed hard copies of the assignment agreement for the Peru debt until May 1, 1996.

The SBC trades closed two months and nineteen days after the date of the first trade. Considering the standard practice of closing within 15 business days of a second trade, the assignments customarily would have closed by March 22, 1996. Rather, they closed approximately four weeks later.

Leiva estimated that the Elliott-SBC trade took longer to close than any of the approximately 300 sovereign debt trades he has been involved with during his three and a half years as a closer at SBC. Leiva also testified that he has never experienced the same level of problems in the sale [**22] of working capital debt as he encountered on the Elliott-SBC transaction.

2. The ING Assignment Agreement

On February 9, 1996, ING sent to Elliott a proposed assignment agreement, which was based on the assignment agreement previously executed by Elliott for its purchase of Panamanian debt from ING. Because that agreement had been acceptable to Elliott for its purchase of Panamanian debt, ING's closer for the transaction, Margaret Forhand, testified that she anticipated that it would be acceptable for Elliott's purchase of Peruvian debt.

Elliott responded to ING's draft assignment agreement on February 21, 1996, by sending to ING comments and changes to the proposed agreement. Before calling Newman and being told that Elliott's comments had been sent, Forhand had heard nothing for a week after forwarding the draft assignment agreement.

On March 1, 1996, Forhand forwarded a revised version of the ING assignment agreement incorporating Elliott's changes with a few slight modifications, which she expected that the transaction would be finalized at that time.

Elliott responded to ING's March 1, 1996, facsimile

by requesting additional changes and insisting that ING provide [**23] the last date on which interest had been paid on the debt. Forehand testified that it was not customary in the market for a purchaser to require a last payment date.

ING's legal department drafted a letter sent to Elliott stating that the transaction had to close by a specific date or the deal would be canceled. In addition, the letter stated that Elliott had "unreasonably delayed settlement of the transaction and asked for certain provisions relating to the assignment of the assets that are not reflective of customary market practice and to which we cannot agree or comply." After being confronted with ING's ultimatum, Newman telephoned Forehand and said Elliott would close the ING transaction on March 29, 1996.

On March 28, 1996, Newman sent by facsimile executed signature pages of the assignment agreement to ING. They were signed by Dellacamera, purportedly on behalf of Elliott. However, Dellacamera was not authorized to bind Elliott to the ING assignment agreement. In general, he had no authority to sign contracts on behalf of Elliott. Dellacamera was only authorized if Singer had executed a specific written authorization. No written authorization was executed for Dellacamera [**24] with respect to the ING agreement. Elliott admitted that it sent the signed agreement only after being threatened by ING with cancellation of the transaction. The following day, March 29, 1996, Elliott wired ING its payment.

Forehand testified she knew of no reason why the transaction with Elliott could not have closed within the standard 21 calendar day period. In fact, because Elliott failed to close promptly, ING imposed financial penalties on Elliott. Forehand testified that she [**338] has handled hundreds of sovereign debt transactions for ING, and that the level of changes to the ING agreement requested by Elliott was not customary.

3. Elliott Failed To Explain Any Alternative Reason For The Delays

Even though Newman was responsible for negotiating the assignment agreement with SBC on behalf of Elliott, he testified at his deposition that he did not know why the transaction took from January 31, 1996 to April 19, 1996 to close. At trial, however, Newman proffered a list of purported reasons for the delay. First, Newman blamed SBC, claiming there was "a lot of back and forth over their representation" as to the amount of accrued interest, a "language problem" between [**25] Elliott's attorney and the SBC closer, and a failure by SBC to supply underlying documentation of the debt.

Newman also cited the concern of Elliott's attorney,

Larry Hul, about "dotting every 'i' and crossing every 't' because these were direct loans" rather than syndicated loans. Newman asserted that Elliott's practice was to be "obsessive" about the "necessity and accuracy of documentation in connection with purchases involving its investments." He further claimed that "the policy of the house is to be very, very careful and thorough," and that Elliott's lawyers were "under those instructions" in connection with the SBC and ING purchases.

Finally, Newman claimed the closing delay occurred because Elliott had made "six or eight different purchases" and wanted to "wrap all these up into a single document" rather than enter into "six or eight different assignment agreements."

Elliott made five trades for the Peruvian debt, the last of which was concluded on March 1, 1996. The complexity of the assignments for working capital debt does not explain why the agreements did not close until six weeks later on April 15, 1996. The timing of the closings to occur after the Second Circuit's [**26] April 12, 1996, denial of Peru's stay application is more than mere coincidence, and evinces a deliberate strategy to maintain the option of unwinding the trades if the litigation risks seemed too great.

B. Elliott Did Not Seriously Consider Alternatives To Bringing An Action

Elliott at trial advanced various alternatives to bringing an action in an effort to recharacterize its intent at the time Elliott decided to purchase the Peruvian debt. They included:

- (1) holding and reselling the debt.
- (2) participating in Peru's privatization program;
- (3) participating in Peru's restructuring, including negotiating to improve the terms of the restructuring for all of Peru's creditors; and
- (4) negotiating separately with Peru to obtain a better deal than the Brady terms.

The evidence adduced at trial, however, clearly and convincingly demonstrated that none of these alternatives was realistically considered by Elliott when it purchased Peruvian debt. From the start, Elliott intended to sue and the testimony to the contrary was not credible.

1. Elliott Did Not Plan to Hold And Resell Peruvian Debt

Newman, Kurtz, and Singer all testified that [**27] one of Elliott's investment strategies was to hold and re-

sell its Peruvian debt. Singer claimed that this strategy was Elliott's "first resort." The evidence presented at trial, however, demonstrates that Elliott never intended to resell its Peruvian debt.

Singer admitted that Elliott never attempted to resell the Peruvian debt it purchased from SBC and ING. Although before Elliott brought this action SBC offered to repurchase the debt from Elliott at a "mutually acceptable price," Elliott rejected SBC's proposal without discussing a price. Singer stated bluntly that reselling the debt to SBC "wasn't an option, and I didn't even know at that time what a mutually acceptable price was." SBC repeated its offer twice, and each time Elliott refused to resell the debt.

[*339] Similarly, on May 30, 1996, ING offered to assign Elliott's interest in the debt purchased from it to a purchaser of Elliott's choice so that Elliott would obtain the economic benefit of its purchase of Peruvian debt. On May 31, 1996, Newman rejected ING's offer. Newman admitted that Elliott never even investigated potential purchasers.

Indeed, Elliott's only offer to sell its Peru debt (at the full amount of principal [*28] and interest) was in November 1996, after Elliott had filed suit against Peru.

3. Elliott Did Not Plan To Invest In Peru's Privatization Program

Another of Elliott's claimed "investment strategies" was to participate in Peru's privatization program. However, Elliott could not have achieved its full payment goal thereby, and was unfamiliar with the privatization program.

Elliott's primary goal in investing in Peruvian debt was to be paid in full: "Peru would either . . . pay us in full or be sued." Under Peru's privatization program, however, only the principal amount of contributed debt was valued and a potential buyer was required to relinquish its claim to receive interest on that principal amount. Accordingly, full payment, including interest, was not possible through participation in a privatization.

Moreover, Elliott's testimony that Peru would negotiate a private debt-for-equity swap was not credible and uninformed. Newman testified that "if you had interest in buying Peruvian companies, you could approach Peru to talk about the purchase price on a negotiated basis, and negotiate also how you would pay. And part of the payment could be in terms of debt." Newman [*29] claimed that privatization projects were undertaken "mostly on a negotiated basis" rather than by competitive bid because Peru had "guidelines and ranges" that allowed it flexibility in valuing debt contributed to a privatization.

However, Newman could not identify a single instance in which Peru negotiated with a creditor over the value of debt contributed in a privatization transaction. Furthermore, Newman could not explain how the bidding process worked. Nor did he know that all privatized properties were sold by open bid. Indeed, Newman admitted that he never researched the procedures used by Peru in implementing its privatization program.

Dr. Jorge Peschiera ("Peschiera"), Peru's Chief Debt Negotiator from 1993 to 1997, credibly described the privatization process. To implement the privatization program, the Peruvian government established a ministerial committee to oversee privatization and to determine which companies to privatize. Thereafter, a special committee was established for each company that would be privatized. The special committee solicited bids to choose an investment bank to act as an advisor to the special committee. The terms of the bidding were publicly known [*30] and the bids were opened publicly. The majority of the successful bidders were large international institutions. Following the selection of an investment bank, the special committee and the investment bank would determine the best way to proceed and a privatization plan would be prepared. Included in the plan were the criteria for submitting bids - for example, minimum capital requirements, commitment to build infrastructure, experience in the relevant industry. These criteria were established in advance of soliciting any bids and were publicly announced.

Accordingly, contrary to Newman's unsubstantiated claim that Peru would negotiate separately with creditors as concerned privatization projects, Peschiera testified that Peru publicly solicited bids from eligible bidders, opened the bids publicly, and selected the best bid. Peschiera testified that there were no private negotiations between Peru and potential buyers over either the participation criteria or with successful bidders.

4. Elliott Did Not Intend To Participate In Peru's Brady Plan

Newman, Kurtz, and Singer contended that participation in Peru's restructuring was one of Elliott's investment strategies. However, [*31] Elliott knew the terms of Peru's restructuring before it purchased Peruvian debt, and Elliott rejected opportunities to participate in Peru's restructuring.

Elliott was aware at the time it purchased the Peruvian debt that Peru had announced [*340] the terms of its restructuring agreement. Both Singer and Newman testified that Elliott had calculated the "sizable discount" from face value being offered by Peru under the terms of its restructuring. At his deposition, Singer testified

that this calculation had been made "as soon as [Elliott] learned of the possibility of purchasing Peruvian debt" and the Brady terms. Elliott was also aware of the Peru bank advisory committee negotiations prior to Elliott's purchase of Peruvian debt.

Even before purchasing Peruvian debt, Elliott had concluded that it was going to claim that the terms of Peru's restructuring undervalued Peruvian debt. Newman testified that he "was skeptical of the terms of the Brady."

Indeed, Elliott rejected each and every opportunity to participate in Peru's restructuring. Newman conceded that Elliott was given the opportunity to submit a commitment to Peru's restructuring but refused to do so, and Singer admitted that [**32] Elliott never even attempted to participate in Peru's restructuring.

5. Elliott Did Not Plan To Negotiate Separately With Peru

Finally, Elliott witnesses claimed that another investment strategy was to negotiate separately with Peru outside Peru's negotiations with the BAC. The purported basis for Elliott's conclusion that this strategy was viable, however, lacks credibility.

a. Elliott knew Peru's incentives to not engage in separate negotiations

Because of the BAC's insistence that all creditors be treated equally, Peru publicly announced that it would negotiate the terms of its debt restructuring only with the BAC and that it would not conduct separate negotiations with individual creditors. As part of Elliott's due diligence in purchasing Peruvian debt, Kurtz read the Pravin Banker decisions, including the Court's August 24, 1995 decision. In that decision, the Court commented that "Defendants note that Peru has committed the Bank Advisory Committee not to give creditors who led suit an advantage over creditors abiding by the Tolling Declaration."

At trial Newman admitted that he knew that countries in the process of negotiating restructurings [**33] of their sovereign debt with bank advisory committees resist separate negotiations with individual creditors. As stated specifically to Peru, Newman testified at trial that he was aware before Elliott's purchase of Peruvian debt that Peru had resisted separate negotiations with creditors in connection with the Pravin Banker and Banco Cafetero lawsuits.

Elliott's claim that Peru would negotiate separately supported

As grounds for his claim that Elliott believed that

Peru would negotiate separately with Elliott, Newman asserted that "Peru is probably the most opportunistic debtor . . . of all the sovereigns I have seen." As support for this allegation, Newman cited several points: (1) the conduct of the Garcia administration; (2) the fact that Peru stopped paying interest on working capital loans at different times; (3) the Banco de la Nacion buyback program; (3) Peru's privatization program; (4) Peru's settlement of a claim brought by AIG; and (5) alleged side deals made by Peru. In sum, Elliott contended that Peru's "opportunistic" conduct led Elliott to believe that Peru would engage in separate negotiations.

1) Different Default Dates For Different [**34] Creditors

Newman asserted that Peru's opportunistic character could be discerned from the observation that when Peru began defaulting on working capital debt in 1988, it did not default on all working capital loans at the same time. Instead, he asserted, Peru defaulted on the debt selectively over a five year period from 1988 through 1992.

Peschiera testified, however, that the default dates for working capital debt were not based on selective treatment of creditors. Instead, the dates were determined by when the private borrowers who were the ultimate recipients of the monies stopped making payments to the Peruvian state-owned banks who had borrowed and re-lent the [*341] funds. Because the private borrowers began having financial difficulties and went into bankruptcy at different times, the corresponding default dates also varied. In addition, Peschiera explained that the state banks themselves, such as Banco Popular, went into bankruptcy at different times.

- 2) The Buyback Program

Newman also pointed to Banco's buyback program as evidence that Peru treated creditors differently, and therefore their hope for a separate negotiated settlement with Peru was realistic. [**35]

Evidence adduced at trial established that beginning in approximately July 1994, and continuing until around the time Peru concluded its Brady negotiations, Banco set up a program to purchase Peruvian sovereign debt on the secondary market (the "Buyback Program"). The Buyback Program was undertaken under the authority of Banco, although members of the Peruvian government were advised of and approved the program.

To execute purchases, Banco issued guidelines to SBC as to the type and amount of debt to purchase and the maximum purchase price. Upon receiving Banco's instructions, SBC solicited sellers in the secondary market

within the confines of those instructions. Any holder of Peruvian debt could sell that debt to SBC within the confines of Banco's instructions. Peschiera testified that Banco never gave instructions regarding from whom SBC should purchase Peruvian debt and, to his knowledge, SBC never distinguished among sellers.

Peru bought back at a substantial discount \$ 1.735 billion in face value of principal, which was approximately 41% of the total \$ 4.2 billion in face value then outstanding. The total value of the debt Peru repurchased, in principal amount plus accrued [**36] interest, was \$ 3.5 billion. The Buyback Program was conducted confidentially, and thus it did not identify itself to any of the sellers. n10

n10 Elliott also contends that the Buyback Program resulted in an undervaluation of Peru's debt in the Brady plan. However, Peschiera testified that he was aware that Jorge Carnet, Peru's Minister of Economy and Finance, informed IMF officials of the Buyback Program at its inception. Moreover, as early as July 1995, representatives of the BAC informed Peru that SBC was purchasing large amounts of Peruvian debt and that they suspected that Peru was behind the purchases.

By early 1996, the Buyback Program was widely reported in the financial press, including the amount purchased and the cost of the program, and was known to Elliott. Peschiera testified that Peru and the BAC in fact took account of amounts purchased pursuant to the Buyback Program in calculating the discount that was applied to Peruvian debt under the restructuring plan. In other words, the terms of the restructuring took account of the Buyback Program and valued Peruvian debt accordingly. Indeed, Elliott was aware of press reports by 1995 that Peru or some entity in Peru was repurchasing Peruvian debt. Elliott's attorney even referenced the repurchase program during the debt purchase negotiations with SBC.

[**37]

--Although the Buyback Program may establish that Peru was able to exploit favorable market conditions to repurchase its own debt at a discount from the face value, it provides no evidence of the type of individual treatment Elliott contends it sought.

3) Privatization Program

Newman also cited Peru's privatization program as an example of Peru's disparate treatment of creditors, claiming that serious investors could "propose the type

of debt they would use and the price at which it was redeemed." Newman asserted that starting in 1993, "Peru negotiated separately with many, many, many holders of Peruvian debt, particularly holders of working capital, to basically implement debt equity conversions, pursuant to which the debt was converted into equity investments in Peruvian companies."

However, Newman admitted that he never investigated the terms and procedures for participating in Peru's privatization program. Newman did not know, for example, that under the program all of the properties were sold by open bid. Peschiera testified that both the terms of the bidding process and the results were publicly announced. Peschiera testified that, to his knowledge, there were no [**38] separate negotiations between Peru and potential purchasers.

Newman also did not know that Peruvian law provided a formula as to how debt would be valued when offered under the privatization [**342] program. Peschiera testified that Peru enacted legislation in 1993 that specified how debt could be used in the privatization process "to try to give everybody a chance, the same chance."

4) American International Group Negotiation

Newman further testified that "friends of mine at AIG . . . said that they had success in direct negotiations with Peru because AIG was owed money by Peru." Peschiera explained, however, that the AIG agreement with Peru resolved a claim arising from the Garcia Government's expropriation of an oil company, having nothing to do with sovereign debt.

5) Side Deals

In a further attempt to support Elliott's claim that separate negotiations with Peru was a viable option, Singer asserted that Elliott knew of numerous "side deals" in which Peru had favored one creditor over another. Under questioning from the Court, however, Singer was unable to identify a single instance in which Peru negotiated separately with any creditor.

THE COURT: Can you [**39] tell me when you first learned of any of what you characterized as opportunistic transactions, and can you identify any such?

SINGER: I can't identify any such, and I believe -- well, in the sense that not paying one class of debt and ceasing to pay --

THE COURT: That I understand.

SINGER: Right.

THE COURT: That's a matter of record, one presumes. But this business of the privatization and private deal and so on, you don't know of any specific one -

SINGER: No.

THE COURT: - nor at this point can you tell me when you first heard that, can you?

SINGER: That's correct.

C. Elliott's Negotiations With Peru After Its Purchases Were A Pretext

Elliott adduced evidence at the trial that it wrote several demand letters to Peru and attempted to open negotiations with Peru to resolve the dispute without litigation. These steps, however, were pretextual and never demonstrated a good faith negotiating position.

The evidence adduced at trial established that on May 1, 1996, following the execution of each of the two assignment agreements, Elliott sent joint notices of the assignments to Peru's reconciliation agent, Morgan Guaranty, to register [**40] its debt in order to obtain Elliott's pro rata share of the partial interest payments Peru was preparing to make in connection with its proposed Brady restructuring, and to become eligible to participate in the restructuring itself.

On May 2, 1996, Elliott sent a letter, signed by Newman, to Banco, Banco Popular del Peru, and the Republic of Peru informing them that Elliott was now one of their creditors and that Elliott wished to initiate discussions regarding repayment. Newman also spoke by telephone on May 17, 1996, with Mark Cymrot, counsel for Peru, who had responded to Elliott's May 2nd letter in a letter dated May 9, 1996. Michael Straus, who had by this time been advising Elliott with respect to its Peruvian investments, and Andrew Kurtz were also on the call for Elliott.

Shortly thereafter, Elliott received letters from Peru's Director General of Public Credit of the Ministry of Finance and Economy, addressed to Elliott, Swiss Bank, ING and Morgan Guaranty, dated May 17, 1996, stating that Peru refused to recognize Elliott as a lawful creditor on the grounds that it was not a "financial institution" within the meaning of the 1983 Letter Agreements.

Elliott also learned, [**41] shortly after receiving these letters, that Peru was otherwise interfering with Elliott's rights as a creditor, for example, by attempting to reverse Morgan Guaranty's partial reconciliation of Elliott's debt and prevent Morgan Guaranty from sending Elliott the partial interest payments to which Elliott was entitled under the 1983 Letter Agreements.

On May 21, 1996, Elliott again wrote Banco, Banco Popular del Peru and the Peru purportedly to open a dialogue. On June 19, 1996, Elliott informed Peru, through its counsel, that the position it had taken was unjustified [*343] and commercially unreasonable and had the affect of interfering with processing of interest payments Elliott was due. On June 25, 1996, Paul Singer wrote Peru demanding that it "cure its defaults."

On July 11, 1996, counsel for Elliott again reiterated to Peru, through counsel, that Peru had no role in the assignment process, no right to veto Elliott as a legitimate assignee and creditor, and no right to interfere with Elliott's rights to the interest payments it was due.

Finally, in September 1996, Elliott initiated a meeting with the Defendants, which was unproductive. Shortly thereafter Elliott filed the instant action. [**42]

Elliott contends that a series of letters they sent, and discussions they initiated, demonstrate an intent to negotiate a settlement of the debt without bringing an action. None of the evidence introduced, however, demonstrates a negotiating position short of demanding full payment -- a position Elliott must have known Peru would reject under the circumstances of its negotiation of the Brady plan restructuring with the BAC.

In sum, (1) Elliott's admission that their investment strategy was to be paid in full or sue, Kurtz and Newman's contrary testimony notwithstanding, equated to an intent to sue because they knew Peru would not, under the circumstances, pay in full; (2) Elliott hired Newman and Straus to guide their investments in Peruvian debt, both of whom had recent experience suing Sovereigns; and (3) Elliott delayed the closing of its Peruvian debt trades until after the Second Circuit denied Peru's motion for a stay pending appeal in the Pravin Banker litigation; (4) Elliott's purported alternative investment strategies either were not seriously considered prior to deciding to purchase the debt, or were not reasonable given its profit expectations; and (5) Elliott's overtures [**43] to Peru to settle the dispute short of litigation were a pretext.

III. Peru's Supervening Decree Replacing the Bank as Obligor

Banco is an autonomous financial institution that is a Peruvian state enterprise. Banco is governed by its own internal policies and Board of Directors that makes business decisions independent of the government.

The primary functions of Banco are to manage the public treasury, to centralize the collection of taxes and to act as a financial agent for Peru. None of these functions is reserved to Banco, but can be carried out by any

Peruvian banking institution. For example, the collection of taxes is carried out by other Peruvian banks.

Banco prepares a yearly budget. Banco does not receive any operating funds from Peru.

Like any Peruvian financial institution, Banco is subject to the supervisory authority of the Superintendencia de Banca y Seguros, which ensures that any banking functions of Banco are carried out in accordance with Peruvian laws and regulations governing the banking industry. Banco is subject to the same supervisory authority as other Peruvian financial institutions.

Banco is obligated to comply with Peruvian laws and banking [**44] regulations. Failure to do so could result in the imposition of sanctions against the bank and its employees.

Banco receives deposits from governmental entities such as the central government and state-owned companies, as well as from public employees. However, these entities are under no obligation to deposit their funds with Banco. Moreover, once deposited with Banco, the bank can use those monies as it sees fit subject to the depositors' right to withdraw their funds.

Banco also lends money to entities of the central government and municipal and provincial governments. Those entities are required to re-pay any money lent to them.

Pursuant to Supreme Decree 112-86-EF, Banco and the Peruvian Ministry of Economy and Finance entered into a loan agreement through which Peru formally recognized its obligations as guarantor of certain loans previously made by Banco to state-owned entities with funds obtained from foreign banks. Those loans consisted primarily of short-term working capital loans such as the debt at issue in this case.

[*344] In April 1994, Peru issued Urgent Decree (4. This decree purported to replace Banco as the debtor on the underlying loans that were the subject of [**45] Supreme Decree 112 and substitute the Ministry of Economy and Finance as the obligor.

CONCLUSIONS OF LAW

I. Peru and Banco Have Breached Their Contracts

A. Banco Is Liable Under the Contract

Under New York law, to establish a breach of contract a plaintiff must plead and prove the following elements: (i) proof of the existence of the contract; (ii) breach by the other party; and (iii) damages suffered as a result of the breach. See *Furia v. Furia*, 116 A.D.2d 694, 695, 498 N.Y.S.2d 12, 13 (2d Dep't 1986). Failure to ten-

der payment pursuant to a contract is a material breach. *ARP Films, Inc. v. Marvel Entertainment Group, Inc.*, 952 F.2d 643, 649 (2d Cir. 1991). Therefore, where a contract unambiguously requires the defendant to make payments pursuant to its terms, and the defendant fails to make said payments, judgment must issue in favor of the plaintiff. See *Daiichi Seihan USA v. Infinity USA, Inc.*, 214 A.D.2d 487, 488, 625 N.Y.S.2d 527, 528 (1st Dep't 1995). These principles are routinely applied in favor of creditors suing foreign states on defaulted loan agreements. See, e.g., *Allied Bank Int'l v. Banco Credito Agricola de Carriago*, [**46] 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985); *Pravin Banker Assocs., Ltd. v. Banco Popular del Peru*, 109 F.3d 850 (2d Cir. 1997).

Here, it is undisputed that (1) Banco borrowed \$ 7,000,000 in principal, and owes interest thereon, pursuant to the Letter Agreements; (2) Elliott is the assignee of various banks' interests in and to these amounts owed by Banco under the Letter Agreements; (3) Banco has failed to pay to Elliott the amounts due and owing to it under the Letter Agreements and has therefore breached the Letter Agreements; and (4) Elliott has suffered damages in excess of \$ 7,000,000 as a result thereof.

Because Banco has not disputed the basic facts with respect to its failure to pay these debts, Banco has breached the Letter Agreements.

B. Peru Is Liable Under the Guaranty

To recover under a guaranty, a plaintiff must establish the existence of the loan, the unconditional guaranty, and the guarantor's failure to pay in accordance with the guaranty's terms. *Bank Leumi Trust Co. v. Ratter & Liebman*, 182 A.D.2d 541, 542, 582 N.Y.S.2d 707, 708 (1st Dep't 1992); *First Interstate Credit Alliance, Inc. v. Sokol*, 179 A.D.2d 583, 584, 579 N.Y.S.2d 653, 654 (1st Dep't 1992). [**47]

Here, it is undisputed that (1) there remains outstanding \$ 20,682,699.04 in principal, plus interest, borrowed under the Letter Agreements; (2) in the Guaranty, Peru guaranteed repayment to the various original lenders or their assignees of any such amounts due and owing under the Letter Agreements; (3) Elliott is the assignee of various lenders' interests in and to the Letter Agreements; (4) the original borrowers are in default and Peru has failed to pay to Elliott the amounts due and owing under the Letter Agreements and has therefore breached the Guaranty; and (5) Elliott has suffered damages in excess of \$ 20,682,699.04 as a result thereof.

Because Peru has not disputed the basic facts with respect to its failure to pay these debts under the Guaranty, Peru has breached the Guaranty Agreement.

II. Elliott Has Violated Section 489 of the New York Judiciary Law

The Peru Defendants contend that, although the debt is valid and the agreement has been breached, Elliott's claim must be dismissed because the assignments violate New York Judicial Law § 489, which makes unlawful the purchase of debt "with the intent and for the purpose of bringing an action or proceeding [**48] thereon." Elliott, on the other hand, contends that as a factual matter it did not purchase the debt with the requisite "intent and purpose," and as a legal matter the statute does not sweep as far as to render unenforceable their claim against Peru.

[*345] Elliott's position is strong as a matter of policy in the world of commerce. Peru borrowed billions of dollars from commercial banks in exchange for the obligation to repay the principal with interest. Peru spent the borrowed funds, and now refuses to repay an assignee of the debt. Failure to enforce a bargain between sophisticated parties such as Peru and their lenders would, according to Elliott, undermine reasonable expectations about contract law, the *terra firma* upon which contemporary business transactions are based. Moreover, restrictions on the rights of commercial lenders to assign the debt were not negotiated for by Peru, and imposing some restriction here seems at odds with the strong policy in favor of the free alienability of property. Cast in this light, § 489 seems to fit uncomfortably with current sensibilities -- a relic of Medieval English legal concerns about the perversion of judicial process given effect by the [**49] common law doctrine of champerty.

Yet, the Court's role here is not to make policy assessments -- to rank its preferences among contract, property, and champerty doctrines. Instead, a statute enacted by the New York State legislature must be interpreted in the light of its text, history, and precedent. As a statutory creation, § 489 -- re-enacted by the New York legislature as recently as 1965 -- must be understood on its own terms, whatever its roots. Although Elliott suggests several theories by which the statute should be limited to exclude the instant transaction, the theories fail for lack of support in the text, history, and relevant precedent.

At the outset, the findings above establish that the Peru Defendants proved by clear and convincing evidence that Elliott purchased the debt with the intent to sue thereon. Clear and convincing evidence has been defined as that quantum of proof which "produce[s] in the mind of the trier of fact a firm belief or conviction as to the truth of the allegations sought to be established, evidence so clear, direct and weighty and convincing as to enable [the factfinder] to come to a clear conviction, without

hesitancy, of the truth [**50] of the precise facts in issue." *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261, 285 n.11, 111 L. Ed. 2d 224, 110 S. Ct. 2841 (1990) (citation omitted). Accord *Reed v. State*, 133 A.D.2d 107, 111, 518 N.Y.S.2d 645, 648 (2d Dep't 1987), rev'd on other grounds, 78 N.Y.2d 1, 574 N.E.2d 433, 571 N.Y.S.2d 195 (1991). The Peru Defendants have met this standard.

n11 The parties dispute whether the proper standard of proof is a preponderance or clear and convincing. Since the Peru Defendants have established intent clearly and convincingly, the Court need not reach this issue.

The intent to sue, however, is not sufficient to violate § 489, which requires that the debt be purchased "with the intent and for the purpose of bringing an action or proceeding thereon." N.Y. Jud. Law § 489 (emphasis added). As the Court of Appeals emphasized in *Moses v. McDivin*, 88 N.Y. 62 (1882), "this language is significant and indicates that a mere intent to bring a suit on a claim purchased does not [**51] constitute the offense; the purchase must be made for the very purpose of bringing such suit, and this implies an exclusion of any other purpose." *Id.* at 65. See also *Fairchild Hiller Corp. v. McDonnell Douglas Corp.*, 28 N.Y.2d 325, 329, 270 N.E.2d 691, 693, 321 N.Y.S.2d 857, 860 (1971) (same).

Yet in the cases where courts find a § 489 violation, the assignee had a purpose other than to bring an action -- e.g., to gain royalty-free use of patented technology, see *Refac Int'l, Ltd. v. Lotus Dev. Corp.*, 131 F.R.D. 56, 57 (S.D.N.Y. 1990) (Mukasey, J.). Moreover, the Court of Appeals has noted that the statute would be violated, for example, if the "purpose" of the assignment was to "obtain costs," see *Moses*, 88 N.Y. at 65, or to "oppress" debtors, see *Wemore v. Hegeman*, 88 N.Y. 69, 73 (1882). Accordingly, the significance of the requirement that the assignee have "the purpose of bringing an action" must be gleaned from text of the statute, as well as its precedent and history.

New York Court of Appeals precedent provides little guidance for construing the statute's proper scope. The Court of Appeals has confronted the issue of the meaning of the statutory [**52] phrase "purpose of bringing an [*346] action" twice. The first occasion was in the case of *Moses v. McDivin*, 88 N.Y. 62 (1882), where the court reviewed for error a jury instruction for a predecessor of § 489. The judge instructed the jury that "if [Moses'] intention in buying [the bond] was to use it to

compel [McDivitt] to do a particular thing, as to assign stock for instance, and if he would not comply with his wishes to sue it, that would be a violation of the statute." *Id.* at 67. The facts adduced at trial tended to establish that Moses had paid \$ 2,000 to purchase a \$ 2,500 bond and mortgage for the purpose of inducing or coercing McDivitt, as a condition of extending the time of payment, to assign to him certain stock in a publishing company in which he was interested in order to control an election of directors of the company. The court held that this purpose, "whether honest or reprehensible, was not within the prohibition of the statute." *Id.* at 67. The intent to coerce did not amount to an intent to sue, which "was to be resorted to only for the protection of [Moses' rights] in case the primary purpose of the purchase should be frustrated." *Id.* at 67-68. [**53] Accordingly, the court remanded the case for a new trial.

The Moses court held that a purchase of bonds by an attorney is not "made illegal by the existence of the intent on his part at the time of the purchase, which must always exist in the case of such purchases, to bring suit upon them if necessary for their collection. To constitute the offense the primary purpose of the purchase must be to enable him to bring a suit, and the intent to bring a suit must not be merely incidental and contingent." *Id.* at 65 (emphasis added).

Here, however, Elliott intended to collect 100% of the debt not by negotiating, participating in a debt-for-equity swap, trading, or going along with the Brady plan, but rather by suing. Unlike Moses, the intent Peru established was the intent to sue, and that intent was not contingent or incidental.

The Court of Appeals again addressed the prohibited purpose almost 100 years later in *Fairchild Hiller Corp. v. McDonnell Douglas Corp.*, 28 N.Y.2d 325, 329, 270 N.E.2d 691, 693, 321 N.Y.S.2d 857, 860 (1971). In *Fairchild*, the plaintiff acquired the operating assets of aircraft manufacturer, Republic Aviation Corporation ("Republic"). [**54] One component of the operating assets was Republic's outstanding contracts and any related claims. Pursuant to this agreement, plaintiff acquired a claim against the defendant. After two years of unsuccessful negotiations, plaintiff brought an action against defendant, and defendant moved for summary judgment on the grounds that the assignment violated § 489. The court denied defendant's summary judgment motion because "the acquisition of the claim was simply an incidental part of a substantial commercial transaction." *Id.* at 330, 270 N.E.2d at 693, 321 N.Y.S.2d at 860-61. The facts in *Fairchild*, therefore, are easily distinguished from the instant case, where Elliott's assignments were not an incidental part of a major corpo-

rate acquisition, and Elliott did not engage in two years of negotiations.

Indeed most of the courts interpreting § 489 have decided the case by finding that intent to sue was merely contingent or incidental, and not primary. Therefore, few cases have addressed the legal issue of whether the type of assignment of debt here is within the scope of the statute. In *Elliott Assocs. v. Republic of Panama*, 975 F. Supp. 332 (1997), another case brought [**55] by Elliott suing on sovereign debt, the Honorable Denny Chin granted summary judgment to Elliott and rejected Panama's § 489 defense. The court, however, assumed that Elliott had "the intent to sue if necessary to collect on the loans," *id.* at 340 (emphasis added), but concluded that on the record presented Elliott had possibilities other than litigation, including trading and direct negotiation with Panama. *Id.* at 340-41. Accordingly, the court held that the facts adduced by Panama did not raise a genuine issue of material fact regarding Elliott's contention that its intent to sue when it purchased the debt was merely contingent. The court did not hold that if the intent to sue was found, that the statute would not apply to the type of transaction at issue — an assignment among sophisticated parties of all right, title and interest in sovereign debt.

[*347] Similarly, in *Banque de Gestion Privee-SIB v. Republic of Paraguay*, 787 F. Supp. 53 (S.D.N.Y. 1992), the Honorable Michael B. Mukasey granted summary judgment to the plaintiff on its claim that Paraguay breached its contract to pay on its debt, and rejected Paraguay's § 489 defense. The court held that plaintiff had [**56] not formed the intent to sue prior to the debt assignment, and that the intent to sue was merely incidental and contingent. *Id.* at 56-58 (quoting *Moses*, 88 N.Y. at 65). Accordingly, neither Panama nor Banque de Gestion Privee-SIB decided that, if an intent that was not contingent or incidental was found, that § 489 would not apply.

Elliott also cites *Drake v. Northwest Natural Gas Co.*, 39 Del. Ch. 391, 165 A.2d 452 (Del. Ch. 1960). In *Drake*, a New York lawyer purchased defaulted corporate debt at a deep discount at an auction and promptly turned the notes over to his brother-in-law, another attorney, who in turn promptly wrote the following letter to the company:

A client of mine has acquired and now owns notes made by you in the sum of about \$ 209,000 to Morgan, Stanley & Co. I am under instructions to proceed to enforce payment of the said notes. Before doing so, I should be pleased to sit down to discuss the matter with you at our mutual convenience.

165 A.2d at 453. Suit followed, the company went into liquidation, and the claim was objected to on the grounds that the letter "clearly establishes claimant's intent and purpose at the [**57] time of his purchase to have been to bring suit on such notes in violation of [the statute]." *Id.*

Although the Delaware court cites *Moses and Baldwin* for the proposition that the statute "was enacted for the purpose of controlling a form of common law champerty, namely the 'stirring up' of litigation by attorneys through the purchase of choses in action for the very purpose of suing thereon and collecting costs," 165 A.2d at 454-55, the court reaches the factual conclusion that "[the lawyer's] demands for payment coupled with threats up to the time of bringing suit disclose the normal tactics of a lawyer seeking to realize on a client's aim . . ." *Id.* Accordingly, while the court found an intent to sue if the demands were not met, they relied on the finding that bona fide attempts to resolve the matter without litigation were made.

The primary cases cited by either party where violations of § 489 have been upheld involve assignments where the assignment contract would be breached if the contracting party did not institute litigation. For example, in *Refac*, the plaintiff took an assignment of a patent under a contract that expressly required the assignee [**58] "to sue alleged patent infringers on behalf" of the assignor, who retained a 95% interest in the patent. *Refac*, 131 F.R.D. at 57. Indeed, it would have been a "material breach" of the assignment agreement if suit was not brought within 20 days of the assignment. *Id.* Accordingly, the assignment was clearly made in order "to enable [plaintiff] to commence actions as [the assignor's] surrogate plaintiff." *Id.* at 58.

Similarly, in *American Optical Co. v. Curtiss*, 56 F.R.D. 26, 31 (S.D.N.Y. 1971), the court held that a contract with the express requirement that a lawsuit be initiated violates § 489. There, two employees of the University of Michigan and one of its undergraduates assigned patents on inventions they developed while at the University to American Cystoscope Makers, Inc., in exchange for a share of any financial benefits realized by American Cystoscope from the inventions. *Id.* at 27. Shortly thereafter, American Optical brought an interference claim against the American Cystoscope patents. *Id.* at 28. While that suit was pending, the University found out about its employees' and student's patents and sought to recapture control over the patents. [**59] *Id.* In order to do so, the University entered into a contract with American Optical in which the University assigned its rights (if any) to the patents to American Optical;

American Optical expressly agreed to sue the employees, the former student and American Cystoscope to compel them to assign the patents to American Optical; American Optical agreed to finance the lawsuit; and both parties agreed that if the lawsuit were successful the patents would be dedicated to the public on a royalty-free basis. *Id.*

[*348] The Court held that the assignment contract violated § 489 on the grounds that it specifically required the assignee to bring suit — i.e., American Optical would have breached its contract with the University if it failed to do so — and that American Optical's only interest in the claim was derivative of the University's. *Id.* at 30-32. The Court thus found that the University, not the plaintiff, was the "real party in interest" within the meaning of Fed. R. Civ. P. 17(a).

The case of *Ehrlich v. Rebco Ins. Exch., Ltd.*, 225 A.D.2d 75, 649 N.Y.S.2d 672 (Sup. Ct. N.Y. Co. 1996), was a dispute between an attorney, Ehrlich, and his client, Rebco, over payment of [**60] an annual retainer fee. *Id.* at 76, 649 N.Y.S.2d at 673. Rebco took an assignment from a law firm of a claim against Ehrlich for return of a referral fee, upon which Rebco filed a counterclaim. *Id.* at 76, 649 N.Y.S.2d at 673-74. However, Rebco had no independent interest in the referral fee and the stated "purpose" in the assignment contract was that Rebco should sue Ehrlich in order to "cause" him to pay money owed not to Rebco, but to the law firm. *Id.* The counterclaim was thus dismissed because it was based on an agreement violating § 489. *Id.* at 78, 649 N.Y.S.2d at 674.

Finally, in *Frank H. Zindle, Inc. v. Friedman's Express, Inc.*, 258 A.D. 636, 17 N.Y.S.2d 594 (1st Dep't 1940), the Court upheld the trial court's dismissal of claims under a predecessor to § 489. The claims had been assigned to the plaintiff by an insurance company, under an assignment agreement that expressly provided that the plaintiff would prosecute the claims in court and remit the entire amount collected to the insurance company, less only a service fee. *Zindle*, 258 A.D. at 637, 17 N.Y.S.2d at 594-95. As such, the plaintiff "was not the true owner" of the claims. *Id.* at 637, 17 [**61] N.Y.S.2d at 594.

Other cases cited by the Peru Defendants do not decide the issue of whether the practice complained of violates § 489, but merely deny summary judgment on the grounds that factual issues remain. See *Knobel v. Estate of Eugene A. Hoffman, Inc.*, 105 Misc. 2d 333, 432 N.Y.S.2d 66 (Sup. Ct. N.Y. Co. 1980) ("To the threshold question of the intent and primary purpose of the agreement, the parties have raised factual issues which require a hearing."); *FLI Moretti Cereali, S.p.a. v.*

Continental Grain Co., 563 F.2d 563 (2d Cir. 1977) (remanding case because defendant was deprived "of the opportunity to present evidence of the business purpose of the transaction"); *Sprung v. Jaffe*, 3 N.Y.2d 539, 544, 147 N.E.2d 6, 9, 169 N.Y.S.2d 456, 460 (1957) ("Clearly, then, a bona fide issue of fact is presented as to the intent and purpose of the plaintiff in taking an assignment of the chose in action from the executor."); *Aubrey Equities, Inc. v. SMZH 73rd Associates*, 212 A.D.2d 397, 622 N.Y.S.2d 276 (1st Dep't 1995) (ordering further discovery); *Empire Management Corp. v. Russo*, 81 N.Y.S.2d 817, 819 (Sup. Ct. 1948) (violation is issue of fact); *Commission for Polish Relief v. Banca Nationala A Romaniei*, 176 Misc. 1064, 27 N.Y.S.2d 377 (1941) ("Question of fact is raised as to whether the assignment was taken for the sole purpose of bringing the action thereon."); cf. *People v. Berlin*, 65 Misc. 2d 245, 250, 317 N.Y.S.2d 191, 196 (Nassau Ct. 1971) (denying demurrer to indictment until evidence introduced regarding intent and purpose for which judgments were purchased since purpose to bring lawsuits may be covered whereas purpose to execute upon judgment would not); *CIBC Bank and Trust Co. (Cayman) Ltd. v. Banco Central do Brasil*, 886 F. Supp. 1105, 1111 (1995) (denying motion to dismiss because intent and purpose of assignment is fact-specific inquiry). n12

n12 Two additional cases cited by the Peru Defendants must be noted. Peru cites *Koro Co., Inc. v. Bristol-Myers Co.*, 568 F. Supp. 280 (D.D.C. 1983). Koro is not binding authority on this court, and its holding is not clear. In part, the court relied upon the testimony of one of the attorneys who structured the transaction "that the sole purpose for the assignment was to enable Koro to bring an action on this antitrust claim." *Id.* at 282. Indeed, Koro had no corporate purpose other than to bring the suit. *Id.* at 287-88. Moreover, the court commented that voiding the assignment was in part necessary because the treble damages potential of the assigned antitrust claim made the assignment particularly inappropriate. On these specific facts, which are unlike those in the instant case, the court held that the assignment violated § 489.

The Peru Defendants also cite *Bottenus v. Blackman*, 71 Misc. 2d 583, 336 N.Y.S.2d 790 (Sup. Ct. Nass. Co. 1972). However, the Second Department reversed that decision on the grounds that a purchase for the purpose of enforcing the judgment's collection or pursuing its lien, as for example, by execution is not a prohibited practice under § 489.

Bottenus v. Blackman, 43 A.D.2d 846, 847, 351 N.Y.S.2d 421, 422 (2d Dep't 1974) (citing *Concord Landscapers, Inc. v. Pincus*, 41 A.D.2d 759, 341 N.Y.S.2d 538 (2d Dep't 1973)).

[**63]

[*349] The legislative history of § 489 tends to establish that whatever mischief the New York legislature intended to prohibit to corporations can be traced to the same mischief originally proscribed only to attorneys. The current text can be traced through a series of statutes to at least as early as an 1813 statute, which provided that if any attorney should purchase or receive, by way of pledge or security for money lent, any bond, note or other writing, with intent to commence a suit thereon, and should commence such suit accordingly, he should be deemed guilty of a misdemeanor. 1 R.L. of 1813, p. 417, § 7. In 1818 a more stringent statute was enacted, providing "that no attorney or counselor-at-law of any court of record in this State, shall, directly or indirectly, buy . . . any promissory note." Act of April 21, 1818, ch. 259, 1818 N.Y. Laws 278 (emphasis added). A 1920 statute, enacted to extend the prohibition to the courts of justice, introduced the requirement that the purchase must be for the "purpose" of bringing an action. The 1920 statute provided that "no justice of the peace or constable shall, directly or indirectly, buy . . . any bond . . . or cause of action, [**64] for the purpose of commencing any suit thereon" See *Goodell v. The People*, 5 Parker Cr. R. 206, 207-08 (1862) (citing 3 R.S. 454, § 161) (emphasis added). Thereafter, 2 R.S. 288, § 71, was enacted to prohibit the purchase by attorneys of choses in action, among other things, "with the intent and for the purpose" of bringing a suit thereon, thereby settling on the phrase that persisted through several further amendments to the present text of § 489.

Although the initial statutes were directed at legal practitioners (i.e., attorneys, justices of the peace, and solicitors), the prohibition was extended to corporations at least as early as 1907, when § 77 of the Code of Civil Procedure was amended. The statute, however, did not apply to all corporations. Section 77 provided that § 74 of the Code of Civil Procedure, which prohibited an attorney from, among other things, giving a valuable consideration to any person as an inducement to placing in his hands a demand of any kind for the purpose of bringing an action thereon, would apply "to a corporation engaged in the business of conducting litigation and providing counsel therefor, who or which does an act which [**65] an attorney or counselor is therein forbidden to do." See Act to Amend the Code of Civil Procedure, In Relation To Champertous Agreements, ch.

700, 1907 N.Y. Laws 1588, § 1.

The prohibitions on corporations were modified in 1934, when the New York legislature amended §§ 274 and 276, although the statute's compass remained limited to corporations engaged in certain businesses. See Act To Amend The Penal Law, In Relation To Prohibiting The Practice Of Law By A Corporation Or Voluntary Association And Prohibiting Buying Demands On Which To Bring An Action, ch. 534, 1934 N.Y. Laws 419. Section 274 was amended to provide that an attorney may not "directly or indirectly, buy, take an assignment of or be in any manner interested in buying or taking an assignment of a bond, promissory note, bill of exchange, book debt or other thing in action, with the intent and for the purpose of bringing an action thereon." Section 276 was modified to provide that section 274 applies to "a person, co-partnership or corporation engaged directly or indirectly in the business of collection and adjustment of claims or any officer, director, agent or employee thereof, who or which does an act which [**66] an attorney or counselor is therein forbidden to do"

In 1939, the legislature again modified § 276. The amendment replaced § 276 with new § 275, providing that:

No person or co-partnership, engaged directly or indirectly in the business of collection and adjustment of claims, and no corporation or association, directly or indirectly, itself or by or through its officers, agents or employees, shall solicit, buy or take an assignment of, or be in any manner [**350] interested in buying or taking an assignment of a bond, promissory note, bill of exchange, book debt, or other thing in action, or any claim or demand, with the intent and for the purpose of bringing an action or proceeding thereon

of June 9, 1939, ch. 822, § 13, 1939 N.Y. Laws 2055, at 2058. Finally, when the Penal Law was revised in 1965, § 275 was re-enacted into the Judiciary Law as current § 489. Significantly, this most recent revision eliminated the qualification found in previous statutes regarding the business of the corporation covered by the statute, and instead prohibited the conduct in any "corporation or association." This sequence establishes that the prohibition currently [**67] applied to corporations and associations against the purchase of with the intent and purpose of bringing an action was first applied only to attorneys.

The question of what vice § 489's predecessors provided to attorneys might well be helpful, but is inadequately explained by reference to precedent and leg-

islative history. Some consideration of the doctrine of champerty and maintenance, in which § 489 is rooted, is required. See *Fairchild*, 28 N.Y.2d at 329, 270 N.E.2d 691 at 693, 321 N.Y.S.2d at 860 (the legislative concern was "to prevent the resulting strife, discord and harassment which could result from permitting attorneys and corporations to purchase claims for the purpose of bringing actions thereon . . . declaring the practice of champerty and maintenance to be illegal"); cf. Act to Amend the Code of Civil Procedure, In Relation To Champertous Agreements, ch. 700, 1907 N.Y. Laws 1588 (title referring to champerty).

Champerty, and the related doctrine of maintenance, has been traced at least as far back as early English law. See generally, Percy H. Winfield, *The Present Law Of Abuse of Legal Procedure* (1921) [hereinafter, *Abuse of Legal Procedure* [**68]]; Edmond H. Bodkin, *The Law of Maintenance and Champerty* (1935) [hereinafter *Maintenance and Champerty*]; Max Radin, *Maintenance by Champerty*, 24 Cal. L. Rev. 48 (1936) [hereinafter *Maintenance by Champerty*]. n13 The history reveals not one proscribed practice, but rather several practices thought to result in a common evil - the "interrupt[ion of] the course of public justice." *Thalhimer v. Brinckerhoff*, 3 Cow. 623, 643 (1824). At bottom, the reason for suppressing champerty and maintenance was an apprehension that "justice itself, was endangered." *Id.*, at 644. See also 4 William Blackstone, *Commentaries* *135 (the offense "perverts the process of law into an engine of oppression"); 4 Kent's *Commentaries* 509 n.c (George Comstock ed., 11th ed. 1867) (Medieval maintenance and champerty statutes are founded upon the "principle common to the laws of all well-governed countries that no encouragement should be given to litigation by the introduction of parties to enforce those rights which others are not disposed to enforce").

n13 The prohibition of meddling with another's lawsuit has been traced back even further to the laws of ancient Athens and Rome. See generally *Maintenance by Champerty*. Radin cites, for example, the constitution of Septimius Severus and Caracalla, which uses terms "which are strongly suggestive of champerty. *Id.* at 54 n.24 (noting reference to the term *societas futuri emolumentum*, i.e. a partnership in the expected profit.).

[**69]

Early applications of the doctrine addressed "the power of great men, to whom rights of action were

transferred, in order to obtain support and favor in suits brought to assert those rights; the confederacies which were thus forged; and the oppression which followed from the influence of great men, in such cases." *Id.* at 643. See also *Brown v. Bigne*, 21 *Ore.* 260, 28 P. 11, 12 (*Or.* 1891) ("So great was the evil of rich and powerful barons buying up claims, and, by means of their exalted and influential positions, overawing the courts, and thus securing unjust and unmerited judgments, and oppressing those against whom their anger was directed, that it became necessary, in an early day in England, to enact statutes to prevent such practices" (citing *Shywright v. Pages*, 74 *Eng. Rep.* 153 (1587))).

"Maintenance" was defined by Lord Coleridge in the English case of *Bradlaugh v. Newdegate*, 11 *Q.B.D.* 2, 10 (1883), as "something against good policy and justice, something tending to promote unnecessary [*351] litigation, something that in a legal sense is immoral, and to the constitution of which a bad motive in the same sense is necessary." (quoting *Fischer v. Kamala Naicker*, [*70] 19 *Eng. Rep.* 495, 501 (1860)). n14 In *Bradlaugh*, the court sustained a maintenance claim, where *Newdegate* had found a third-party, *Clarke*, to bring an action against *Bradlaugh*. The court concluded that the action was in truth *Newdegate's*, that *Clarke* was a "straw" man, and would not have brought the action if *Newdegate* had not indemnified him against all consequences. *Id.* at 4.

n14 In *Fischer*, the central question was whether the party was "suing in respect of his own interest for a violation of a contract made with himself, or was he representing another man's interest, and suing on a contract to which he had been originally a stranger, in virtue only of the objectionable assignment." *Id.* at 502. The court held that the assignment was enforceable.

Champerty, considered to be a species of maintenance, was "the unlawful maintenance of a suit in consideration of some bargain to have part of the thing in dispute, or some profit out of it." *Id.* at 2. See also *Maintenance and Champerty* [*71] at 39 (same).

These definitions provide scant help in sorting permitted practices from those which are prohibited. See *Abuse of Legal Procedure*, at 21 ("Maintenance is officious meddling in a suit. But what is 'officious'? The vagueness of this term has probably saved maintenance from total disappearance from modern law. Most of the medieval litigation on the topic centered on its meaning.").

Throughout the cases, however, is a focus on improper motive and a stirring up of litigation for gain, whether financial or otherwise. Since, as Oliver Wendell Holmes observed, "the life of the law has not been logic: it has been experience," n15 the doctrines of champerty and maintenance defy a unifying theory. However, *Bodkin* summed up his review of the law by concluding:

Perhaps the best test for universal application is whether on the facts the transaction is merely "the acquisition of an interest in the subject matter of litigation bona fide entered into, or whether it is an unfair or illegitimate transaction got up for the purpose of spoil or litigation, disturbing the peace of families and carried on from a corrupt or other improper motive."

Id. (citation omitted). [*72]

n15 Oliver W. Holmes, Jr., *The Common Law* 1 (1881).

Today, of course, abuse of process is regulated by the very structure of constitutional democracy, as well as by statute. The constitution guarantees an independent judiciary, for example, and the Federal Rules of Civil Procedure provide for sanctions.

In this context, although the New York state legislature adopted portions of the European champerty and maintenance doctrines, the different social and political context caused observers to question its relevance. As succinctly put in 1824 by the *Thalhimer* court:

[A] resort to the public tribunals for justice, should produce injustice, can be true, only where the administration of justice is weak or corrupt, or where the laws are very imperfect. Where the administration of justice is firm, pure, and equal to all, and where the laws give adequate redress for groundless suits, it is not easy to conceive, that mischief can arise from opening the courts of justice to all suitors, or from contracts [*73] by which the fruits of a suit may be divided between him who has the right of action, and him who has contributed advice, expense . . . to institute the suit

Thalhimer, 3 *Cow.* at 643.

Nevertheless, § 489's roots in the Medieval law of champerty and maintenance provides support for the conclusion that, while not all assignments with the intent to bring suit thereon are barred, assignments taken for the purpose, or motive, of stirring up litigation and

profiting thereby are prohibited.

Elliott suggests several theories for limiting the statute's scope to exclude its transactions with SBC and ING. Building on the statute's origins on prohibitions to attorneys, Elliott contends that the only "purpose" [*352] prohibited by § 489 is to take a claim with the purpose of obtaining costs. This theory, however, is not supported by the text, history, or precedent. First, neither the statute, nor any of its predecessors, mentions a cost-incurring purpose. Rather, the purpose prohibited is to bring an action. Nor does Elliott cite any legislative history in support of this proposition. Rather, Elliott relies on dicta, rather than holding, that the exclusive concern of the early [*74] statutes had been to curb a perceived abuse by certain lawyers who bought up virtually worthless claims and then sued on them solely or primarily to earn costs, which at that time, unlike today, included attorney's fees. Such fees were recoverable by the prevailing attorney-party plaintiff from the obligor defendant-debtor as a matter of course, no matter how little the underlying claim was actually worth, even if it was clear that the case would not otherwise have been brought, and even if judgment was obtained solely by a default. See *Goodell*, 5 *Parker Cr. R.* at 207.

The earliest case Elliott cites to build its cost-incurring theory is *Baldwin v. Latson*, 2 *Barb. Ch.* 306 (*N.Y. Ch.* 1847). Baldwin was a lawyer who took an assignment of a bond and mortgage on a building already in default and who then, a few days later, filed suit to foreclose the mortgage just purchased. *Id.* at 306. The defendant (like the Peru Defendants in this case) did not contest the existence of the debt or the default. Instead (again like the Peru Defendants) the defendant in Baldwin asserted as his sole defense that Baldwin had taken the assignment and filed suit in violation of the statute because [*75] "he had allegedly done so 'for the purpose of foreclosing the mortgage.'" *Id.* In reply, Baldwin admitted that he indeed had purchased "the bond and mortgage . . . for the purpose of foreclosure," but contended that the statute simply did not apply because in purchasing the mortgage and bringing suit, he had not been motivated to obtain "costs" but rather to obtain possession.

The Court of Chancery, the highest state court of equity before 1848, relied upon Baldwin's interest in preserving a preexisting claimed interest in the mortgaged premises. *Id.* (citing *Van Rensselaer v. The Sheriff of Onondaga*, 1 *Cowen's Rep.* 443, 458 (1823) (holding that the 1818 law "never meant to forbid the purchase of one demand, for the mere purpose of securing another")). The court also stated that:

the object of the statute was to prevent attorneys and

solicitors from purchasing debts, or other things in action, for the purpose of obtaining costs by a prosecution thereof, and was never intended to prevent the purchase for the honest purpose of protecting some other important right of the assignee.

Id. at 308. The "other important right of the assignee" referred to the court, [*76] however, was Baldwin's pre-existing interest in the property. Accordingly, the court did not squarely hold that cost-seeking alone is the purpose of the statute.

Elliott cites other cases wherein courts have recited Baldwin's dicta that the only proscribed purpose of the statute is assignment for the purpose of incurring costs. For example, Elliott cites *Moses*, which, as discussed above, vacated a jury verdict because the jury instructions permitted conviction for a purchase of debt with the intent to coerce, not to sue. Significantly, in the 1971 *Fairchild* case, which is the Court of Appeal's most recent interpretation of the statute, the court discusses the purpose of § 489 without even mentioning cost-incurring, much less limiting the statute's scope thereto.

The primary authority Elliott cites that holds that the statute is limited to assignments with a cost incurring purpose is *Goodell v. The People*, 5 *Parker Cr. R.* 206 (1862). *Goodell* brought his suit in the court of justice, where costs were not obtainable, rather than the court of record, where they could be awarded. *Id.* at 211 (Parker, J.). Accordingly, since costs could not be recovered, the action [*77] was not the evil proscribed by the statute, and therefore prosecution could not be sustained. *Id.* The court reasoned:

That the law of 1818, and previous laws on this subject, were intended to reach a class of men who make a practice . . . of buying small notes of fifty dollars and upwards, and then prosecuting them . . . and make the defendants pay large bills of costs, even when the suit was undefended, there [*353] can be, I think, no doubt. Hence, it was entitled an act to prevent abuses, and to regulate costs. The law was aimed at attorneys . . . who were the parties receiving the costs, and who thus often oppressed debtors by unexpected and unnecessary prosecutions.

Id. at 207 (Campbell, J.) (emphasis in original). n16

n16 Other courts have also recited the cost-obtaining prohibition of the statute, although a holding that such conduct is the sole prohibition was not necessary to their outcomes. Cf. *Wemore v.*

Hegeman, 88 N.Y. 69, 73 (1882) (assignment of a pending suit not a violation since "the aim of the statute was to prevent attorneys from purchasing claims for the express purpose of instituting suits thereon and thus oppressing debtors and making costs"); *Beers v. Washbond*, 86 A.D. 582, 584, 83 N.Y.S. 993, 994 (3d Dep't 1903) (statutory intent to prevent "oppression by unnecessary litigation which would follow from the right of an attorney to purchase a claim for the sole purpose of enforcing it in the courts and getting costs therefrom" is not violated by permitting attorney to assign title obtained in violation of statute).

[**78]

Before Goodell, however, courts recognized that the statute was not solely directed at purchase of claims to obtain costs. For example, in *Mann v. Fairchild*, 14 Barb. 554 (1853), the court observed that "the main object of the statute in question was to prevent litigation by prohibiting the purchase of choses in action by those whose pecuniary interest might be peculiarly advanced by instituting suits upon them. and who, in consequence of their position, might conduct their suits upon unequal terms." n17 *Id.* at 554. See also *Ransom v. Cuming*, 188 N.Y. 447, 452, 81 N.E. 324 (1907) ("The purpose of section 74 [a predecessor of § 489] is to prevent an attorney from encouraging, instigating or promoting ill feeling and strife, and thereby securing the ownership or control of a demand of any kind for the purpose of bringing an action thereon.").

n17 In *Mann*, the court construed 2 R.S. 288, § 71, which, as discussed above, provided that "no attorney . . . shall directly or indirectly buy . . . any bond . . . or other thing in action, with the intent, and for the purpose, of bringing any suit thereon." 4 Barb. at 554 (citing). The court did not, however, decide whether the facts presented constituted the requisite purpose, because the purpose was assumed for purposes of the demurrer.

**79]

Indeed, as discussed above, the only cases cited by either party where courts upheld a violation of § 489 or its predecessors involved not assignments of trivial claims with the purpose to obtain costs, but rather assignments where the very contract would be breached if the contracting party did not institute litigation. See *Refac*, 131 F.R.D. at 58. *American Optical Co.*, 56 F.R.D. at 31, *Ehrlich*, 225 A.D.2d at 78. 649 N.Y.S.2d at 674; *Zindle*,

258 A.D. at 637, 17 N.Y.S.2d at 594-95.

Elliott also suggests that the only assignments prohibited to corporations are where the corporation engages in the unauthorized practice of law through the device of taking claims with the intent to sue on them pro se, without involving counsel. Elliott chiefly relies on legislative history, noting that before the current statutory language was enacted in 1939 as § 275, there existed § 280 of the Penal Law, entitled "Corporations not to practice law," which was enacted in 1909 and provided that "it shall be unlawful further for any corporation to solicit itself or by or through its officers, agents or employees any claim or demand for the purpose of bringing an action thereon." [**80] See An Act to Amend the Penal Law, In Relation To Corporations Practicing Law, ch. 483, § 1, 1909 N.Y. Laws 1170. Elliott contends that the 1939 amendment which enacted new § 275 and expanded the statute's scope to corporations without any limitation as to the nature of their business merely excises this language from § 280 and grafts it onto the new § 275, and therefore is encumbered by the same focus on corporations practicing law.

While the addition of the prohibition to corporations in § 275 did result in its removal from § 280, see Act of June 9, 1939, ch. 822, §§ 13, 15, 1939 N.Y. Laws 2055, there is no evidence that the original language in § 280 was directed at the limited purpose Elliott attributes to it. As with Elliott's theory that § 489's predecessors were concerned solely with assignments to attorneys with a cost-incurring motive, the theory is not supported by the text or precedent. [**354] Pre-1939 § 280's text does not mention costs as the only prohibited purpose, nor does Elliott cite any case expressly holding so. Moreover, the inclusion of corporations in new § 275 does not mention costs, and subjects corporations to the same prohibition previously only [**81] applied to corporations in the collections business, for which there is no evidence that a cost-incurring motive was the exclusive statutory prohibition.

Elliott's strongest suggestion for limiting the scope of § 489, perhaps, is that the statute does not apply where all right, title, and interest are conveyed by the assignor. This might explain the modern cases finding a § 489 violation where the lawsuit is the subject matter of the assignment agreement. See *Refac*, 131 F.R.D. at 58. *American Optical Co.*, 56 F.R.D. at 31, *Ehrlich*, 225 A.D.2d at 78. 649 N.Y.S.2d at 674; *Zindle*, 258 A.D. at 637, 17 N.Y.S.2d at 594-95. In those cases, the assignee's interest was dependent on bringing suit — it is part of the consideration. This theory would also bring the statute in line with the champertous assignments that seemed to be the focus of the English statutes and com-

mon law. As discussed above, champerty in England at the time § 489's predecessors were enacted was generally considered to be "the unlawful maintenance of a suit in consideration of some bargain to have part of the thing in dispute, or some profit out of it." Abuse of Process at 2. According to this (**82) theory, it is the conspiracy between the assignor and the assignee to bring an action that is forbidden.

Yet, Elliott's own suggestion that the purchase of claims to bring suits and obtain costs refutes this construction. Although Elliott cites cases to support its proposition that the sole concern of the statute is the buying of trivial claims to obtain disproportionate costs, no case requires that the assignor of the claim be part of the conspiracy and retain some interest in the assigned right.

Furthermore, there is no textual support for the proposition that the retention of any interest by the assignor is necessary to fall within the statutory compass. The statute refers only to the assignee's purpose, not the assignor's. As previously discussed, the challenge here is to interpret § 489, and thus even if champerty and maintenance required a retained interest by the assignor, the expansions, restrictions and alterations of those doctrines that are reflected in the statute are what is relevant today.

Lower New York courts have found that a purchase of a debt with the intent to sue does not always violate § 489. If these cases are decided correctly, they stand for the proposition (**83) that the prohibited meddling in a lawsuit must in some way "cause strife" and stir up litigation. The main line of cases cited involve the purchase of defaulted mortgages for the purpose of foreclosure, and the courts considering these transactions have concluded that the practice involved is "legitimate" in the sense that it is not the type of evil § 489 is directed against. Cf. *Brown*, 28 P. at 13 ("The gist of the offense consists in the officious intermeddling in another suit, and contracts not within the mischief to be guarded against should not be held to come within the rule.").

The First and Third Departments of the Appellate Division have held that "the practice of purchasing the assignment of a mortgage with the purpose to foreclose does not violate § 489. In *Limpar Realty Corp. v. Uswits Realty Holding, Inc.*, 112 A.D.2d 834, 492 N.Y.S.2d 734 (1st Dep't 1985), the plaintiff purchased assignment of a mortgage after the assignor had accelerated it upon the defendant's default. Furthermore, the plaintiff commenced suit within one month of the assignment without any negotiation or demand for a cure. The court held, however, that § 489 was not violated since the (**84) plaintiff's purpose was to gain possession

of the property, which was "a legitimate business purpose." 492 N.Y.S.2d at 755-56. See also *Whinco Funding v. Logiudice*, 199 A.D.2d 950, 606 N.Y.S.2d 86 (3d Dep't 1993) (same). In these cases, unlike here, there is no suggestion that but for the assignment litigation would likely have been averted. n18

n18 Elliott cites the New York Supreme Court case of *Goldstein v. Thirlex Realty, Inc.*, 91 Misc. 2d 851, 398 N.Y.S.2d 791 (Sup. Ct. N.Y. Co. 1977). Attorneys purchased a mortgage in default, after the assignor bank wrote the defendant that it intended to commence foreclosure proceedings unless the arrearages were paid, and brought suit without first demanding payment. *Goldstein*, 91 Misc. 2d at 852, 398 N.Y.S.2d at 792. The plaintiffs admitted "that their purpose in taking [the] assignment of the mortgage was to foreclose on the property." *Id.* at 852-53, 398 N.Y.S.2d at 792-93. Nevertheless, the court found no violation of § 488 on the grounds that the statute only precludes "attorneys from purchasing things in actions for the purpose of obtaining costs," citing *Moses and Baldwin*. As previously discussed, neither *Moses* nor *Baldwin* so held. However, although the reasoning is faulted, the outcome in *Goldstein* is consistent with other cases holding that the purchase of defaulted mortgages does not violate § 489.

Elliott also cites *Wightman v. Carlin*, 113 A.D. 24, 98 N.Y.S. 1071 (2d Dep't 1906). In *Wightman*, a landlord's attorney wrote to a tenant who was in default of his rent payments demanding payment. See *id.* at 26, 98 N.Y.S. at 1072. The landlord assigned the claim to the plaintiff, who filed suit within a few days. The defendant alleged that the rent claim had been assigned solely for purposes of instituting a collection suit. The Second Department held:

The evidence would fail to establish the necessary facts to bring him within the prohibition of the statute, for it clearly does not show that his object was the bringing of the action for the purpose of costs, or for any other purpose, except the collection of this legitimate claim after the defendant had neglected to pay the same within the time limited in the original notification.

113 A.D. at 27-28, 98 N.Y.S. at 1073-74 (emphasis added). The court therefore did not squarely hold that only cost-incurring purpose would violate the statute, and concluded that the practice of suing af-

ter a demand was made by the assignor was not the type of purpose prohibited by the statute.

[**85]

[*355] This brings us the question presented, which is whether Elliott's practice of purchasing debt with the intent to sue after all other debtholders had withdrawn their lawsuits and had reached a settlement agreement with Peru to restructure virtually all of the country's external commercial debt is a prohibited practice under § 489, thereby constituting a purchase "with the intent and for the purpose" of bringing an action thereon. Although no New York case squarely holds that this practice is prohibited, it is undoubtedly within the language of the statute and the mischief the statute was intended to remedy.

The facts found above establish that Elliott bought the debt with the intent to sue, as the testimony introduced by Elliott's witnesses regarding alternative investment strategies lacked credibility. The facts also establish that on October 25, 1990, Peru signed an agreement with the BAC to stay the lawsuits filed by its commercial lenders, and entered into negotiations to restructure the debt. The facts also establish that in December 1994 the pending lawsuits by all commercial lenders were dismissed, with the exception of Pravin Banker, and on October 27, 1995, Peru and the (**86) BAC publicly announced an agreement in principle for a debt restructuring plan. Elliott purchased the debt at issue here after the agreement in principle was reached. Thereafter, the debtholders executed the Exchange Agreement and closed the deal.

On these facts, but for Elliott's practice, no litigation would have ensued from any party other than Pravin Banker, who purchased their debt before the agreement in principle was reached. "The resulting strife, discord and harassment," see *Fairchild*, 28 N.Y.2d at 329, 270 N.E.2d at 693, 321 N.Y.S.2d at 860, which resulted in the type of mischief the statute was enacted to avert.

This case is not like the mortgage foreclosure cases such as *Baldwin*, *Limpar*, or *Wainco* since in those cases there was no contention that the prior debtholder had reached an agreement in principle to settle the dispute. Accordingly, the practice of buying the mortgage and foreclosing thereon did not result in the stirring up of the purposes of speculating in a lawsuit, but merely asserted a right in a pre-existing dispute.

Neither, however, is this case a perfect match to the prohibited practice noted in *Baldwin*, *Moses*, *Goodell* or (**87) other cases of attorney's purchasing claims for the purpose of collecting large legal bills. Here the

attorney's fees, even for the caliber of talent retained by Elliott, are small compared to the total damages claimed and the expected profit if Elliott prevails. Nor is it like the practice of contracting to sue where failure to bring an action would result in a contract [*356] breach condemned in *Refac*, *American Optical*, *Ehrlich* and *Zindle*.

Failure to fit a previously proscribed practice is not fatal to the Peru Defendants' defense. As Elliott contends, § 489 is a penal statute which should be narrowly construed. n19 However, the Court cannot narrow it beyond its language and a reasonable interpretation of the legislature's intent. Without seeking to comprehensively define the sweep of § 489, the Court is compelled to conclude that Elliott's purpose here violated the statute. Elliott formed the intent to sue Peru before it decided to purchase the debt. Its purpose was to stand apart from the lenders who had agreed to the Brady restructuring, and to use judicial process to compel full payment. Thus, Elliott's sole or primary purpose was to bring the lawsuit.

n19 Elliott cites several cases for the proposition that since § 489 is grounded in the champerty doctrine, it is merely technical and disfavored. See *Sedgwick v. Stanton*, 14 N.Y. 289, 301 (1856) (referring to the "hostility" "which has been before so often exhibited" "to the principles of the law of champerty," a "technical rule of the common law"); *Crary v. Goodman*, 22 N.Y. 170, 177 (1850) ("Champerty . . . is the relic of an ancient policy."); *Saranac Land & Timber Co. v. Roberts*, 125 A.D. 333, 345, 109 N.Y.S. 547, 551 (3d Dep't 1908), aff'd, 195 N.Y. 303, 88 N.E. 753 (1909) ("The offense of champerty . . . is technical, unmeritorious, and has been regarded with growing disfavor by courts and legislatures in England and this country for more than 100 years"). These cases, however, do not involve either § 489 or its predecessors. In *Sedgwick*, the court held that no statute covered the wrong complained of, and that the common law doctrine of champerty does not apply in New York other than by statute. *Sedgwick*, 14 N.Y. at 291 (Hubbard, J.); *Id.* at 301 (Selden, J.). The *Crary* and *Saranac* actions were both brought pursuant to a real property statute providing that "every grant of lands shall be absolutely void if at the time of the delivery thereof such lands shall be in the actual possession of a person claiming under a title adverse to that of the grantor." See *Crary*, 22 N.Y. at 175; see also *Saranac Land & Timber Co.*, 109 N.Y.S. at 556. Neither case, therefore, bears on the proper interpretation of § 489.

[**88]

This holding does not, as Elliott suggests, result in the perverse result that any debtor can *ex post facto* prevent assignment of its debt by publishing to the world that it will not pay unless sued. In such a case, the lack of an agreement in principle with the debtholders would bring the case within the rule of *Limpar*, where a dispute was on-going, rather than the facts here.

Purported contractual agreements will not be enforced under New York statutory and common law for a variety of reasons. As discussed more fully below, parties cannot waive by contract the consequences of a statute enacted for a public interest, rather than a purely private one. New York statutes bar contract claims contract actions after a certain period of time. See N.Y. C.P.L.R. § 213(2) (barring contract actions after six years). Additionally, contracts are not enforced if they are unconscionable. See N.Y. U.C.C. § 2-302(1) ("If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract . . .").

Here Elliott's conduct has resulted in strife. Indeed, Peru characterizes Elliott's [**89] conduct as international piracy and a hold-up. Whether this strife is an improper use of the judiciary is not a question for this Court to decide. As discussed above, here a statute is being construed, not the common law, and so it is the intent and language of the state legislature that controls, whether or not the policy is outdated. To hold otherwise would be to either give no effect to the statute, or to set limits without sufficient evidence that the New York legislature so intended, solely because of a policy disagreement. This the Court cannot do.

Accordingly, the Elliott's assignment contracts violate § 489, and therefore cannot be enforced. n20

n20 Elliott also contends that § 489 is not violated because (1) Elliott, as a limited partnership, is not an "association" within the meaning of the statute; (2) Peru's interpretation of the statute would render it violative of the Commerce Clause of the United States Constitution; and (3) the Peru Defendants lack standing because they were not parties to the assignment agreements. After carefully considering these issues, it is concluded that they have no merit.

[**90]

III. Peru Did Not Waive Its Right to Assert A Defense Under Section 489 of the Judiciary Law

Elliott contends that even if § 489 does apply to the instant action, Peru irrevocably [**357] and unconditionally guaranteed payment under the 1983 Letter Agreements and is thus precluded from interposing any defenses to its liability under the Guaranty. In particular, Section 3 of the Guaranty provides that Peru shall pay all such amounts "regardless of any law, regulation or order now or hereafter in effect in any jurisdiction Further, Section 3 provides that the Guaranty shall be "absolute and unconditional irrespective of . . . any other circumstance which might otherwise constitute a defense available to a . . . any Obligor." *Id.* The text of the waiver is sufficiently broad to embrace the Peru Defendant's defense based on § 489 of New York's Judiciary Law.

Peru contends, however, that the waiver is ineffective because § 489 is a penal law directed at the public interest, and therefore cannot be waived. Under New York law, a contracting party may waive a statutory or even a constitutional provision enacted for his benefit or protection where a private right is involved [**91] and the public interest is not. For example, in *Selker v. Baker*, 295 N.Y. 145, 149-50, 65 N.E.2d 752, 753-54 (1946), the court held that a contractual waiver of the statutory period of redemption pursuant to a tax sale was within the "general rule [that] a party may waive a statutory or even a constitutional provision enacted for his benefit or protection, where it is exclusively a matter of private right, and no considerations of public policy or morals are involved". See also *Elliott Assocs., L.P. v. Republic of Panama*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 11973, *4, 1996 WL 474173, *6-7 (S.D.N.Y. August 21, 1996) (permitting waiver of statutory right under the Foreign Sovereign Immunities Act to remove an action to federal court).

On the other hand, a right conferred by statute upon a private person but which affects the public interest may not be waived. For example, in *Yaksich v. Relocation Realty Service Corp.*, 89 Misc. 2d 410, 412, 391 N.Y.S.2d 822, 823 (Sup. Ct. Erie Co. 1977), the court held that private parties could not waive a sanitation code requirement that no transfer of title to property may be made or accepted without a Health Department inspection and approval of the property's sewage disposal system. [**92] Since the statute was "designed to promote the health and welfare of the general public" it was unwaivable. *Id.* at 412. See also *John J. Karsner & Co., Inc. v. City of New York*, 46 N.Y.2d 544, 551, 389 N.E.2d 99, 103, 415 N.Y.S.2d 785, 789 (1979) (statute of limitations is founded in public policy, and may not be waived prior to accrual of cause of ac-

non, although statute provides for waiver after accrual under certain circumstances).

The issue here is whether Peru's right to assert that this Court cannot enforce the debt because Elliott violated § 489 is a purely private right affecting only private parties, or whether it is a private right which affects the public interest, and therefore is unwaivable. New York Judicial Law § 489 provides in pertinent part:

No corporation or association, directly or indirectly . . . shall solicit, buy or take an assignment of . . . a bond, promissory note, bill of exchange, book debt, or other thing in action, or any claim or demand, with the intent and for the purpose of bringing an action or proceeding thereon.

N.Y. Jud. Law § 489. Section 489 is a penal statute, and violation is a misdemeanor punishable by "a fine [**93] of not more than five thousand dollars." *Id.*

Although the statute does not convey a private right of action, its violation may be asserted as a defense to a contract action. "The law is well settled that a contract made in violation of the penal statute is void and unenforceable" and therefore a violation of 489 may be asserted as a defense in a breach of contract action. See *Zindle*, 258 A.D. 636, 636-37, 17 N.Y.S.2d 594, 595-95 (finding § 489 violation, voiding assignment contract and dismissing complaint (citing *Morgan Munitions Supply Co. v. Studebaker Corp. of Am.*, 226 N.Y. 94, 123 N.E. 146 (1919) ("No person can maintain an action to which he must trace his title through his own breach of the law."); *Refac*, 131 F.R.D. at 58; cf. *Sprung*, 3 N.Y.2d at 544, 147 N.E.2d at 9, 169 N.Y.S.2d at 460 although denying summary judgment, court notes that if it be found at the trial that plaintiff did in fact violate section 274 of the Penal Law [a related predecessor statute], a dismissal of his [**358] complaint is required" (citing *Morgan Munitions*)).

The very reason the assignments would be void under § 489 is that they violated the public policy of New York and are [**94] unenforceable, places it squarely in the group of statutes that cannot be waived. Elliott cites no cases to the contrary -- where the consequences of violating a penal statute are waivable by contract between private parties. Indeed, in contending that a clear and convincing burden of proof should prevail, Elliott notes that this is a criminal statute involving "moral turpitude." Moreover, as discussed above, § 489 is directed at avoiding -- the "interrupt[ion of] the course of public justice," *Thalhimer*, 3 Cow. at 643, which is a matter of public, and not purely private, concern.

xv. The Peruvian Decree Does Not Excuse Banco

From Its Contractual Liability

The next issue to address is whether Banco is excused from liability because of impossibility of performance. The Peru Defendants contend that Banco should be excused from liability on the grounds that it was impossible for Banco to perform on the 1983 Letter Agreements due to a supervening governmental order, pursuant to which Banco was purportedly removed as debtor under the 1983 Letter Agreements. Because Banco was prevented by sovereign decree from performing its contract, the Peru Defendants contend, the [**95] doctrine of impossibility of performance excuses Banco from liability for its failure to perform.

Elliott, on the other hand, contends that the Peruvian decree is not presumptively valid in New York because the act of state doctrine is inapplicable, and therefore the foreign law can have no effect on contractual rights for property located in New York, where the agreement is governed by New York law.

The act of state doctrine says that the courts of this country will not inquire into the validity of acts of a foreign state, no matter how repugnant those acts (such as expropriations) may be to United States law and policy. See, e.g., *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 401, 11 L. Ed. 2d 804, 84 S. Ct. 923 (1964). The doctrine, however, applies "only if the situs of the debt [which is the subject of the foreign enactment] is within the borders of the foreign sovereign." See *Pravin*, 895 F. Supp. 660, 664 n.4 (discussing *Allied Bank Int'l v. Banco Credito Agricola De Cartago*, 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985)) (emphasis in the original), *aff'd*, 109 F.3d 850 (2d Cir. 1997). It does not empower a United States court to give effect to a foreign sovereign's acts [**96] or enactments that purport to have effect outside the foreign state's borders. See *id.*; *Allied Bank*, 757 F.2d at 521. This Court, in the *Pravin Banker* litigation, has already noted that the situs of the obligations created in the 1983 Letter Agreements is New York, not Peru. *Pravin*, 895 F. Supp. at 664 n.4 (noting that "the situs of the debt in *Allied* was New York, not the foreign country" and concluding that "the situs of the Banco Popular debt in question [in *Pravin Banker*] is New York").

The Court, however, need not address this issue because, even absent the act of state doctrine contention, the Peru Defendants have not established a sufficient record to show that the contractual duty would be discharged even if the Peruvian decree did affect the 1983 Letter Agreement obligations in New York. Peru Defendants cite *L.N. Jackson & Co. v. Royal Norwegian Gov't*, 177 F.2d 694, 697 (2d Cir. 1949), for the proposition that a contractual duty is automati-

ally "discharged . . . where performance is subsequently prohibited by [a government] order." That case arose in the unique context of World War II, and "exonerat[ed] a party who yielded to the [United States] [*97] government's demands in wartime." *Id.* at 701 (citing *Mawhinney v. Millbrook Woolen Mills, Inc.*, 231 N.Y. 290, 298-301, 132 N.E. 93 (1921) (in context of World War I, court held that where "act of Congress applies and government work has delayed the execution of other contracts, such delay is excused at law; it is a defense to an action for a breach of contract").

The foreign owner of a vessel contracted with a buyer of copra to carry copra from Africa to the United States. Before the vessel [*359] owner could perform, however, the attack on Pearl Harbor occurred and the United States declared war on Japan. The Assistant Director of the Division of Emergency Shipping of the Maritime Commission ordered the vessel owner to substitute wool for copra, and the plaintiff brought an action for breach of contract. The court held that the circumstances, in the absence of clear and unilateral fault, excused performance, *id.* at 699, noting, among other things, the common knowledge of those in the shipping industry that war was on the horizon as well as New York precedent excusing performance in like situations. *Id.* See also *Hamilton Rubber Mfg. Co. v. Greater New York Carpet House, Inc.*, [*98] 47 N.Y.S.2d 210, 211 (Sup. Ct. 1944) (performance impossible by order, rule and regulation of the War production Board), *aff'd*, 269 A.D. 681, 53 N.Y.S.2d 934 (1st Dep't 1945).

The facts presented here are not similar to the unique circumstances considered in *L.N. Jackson & Co.*, *Mawhinney*, and *Hamilton Rubber*, where New York courts excused performance under contracts governed by New York law where the United States or its agents prohibited performance during war-time.

The Peru Defendants do not cite any case with facts similar to the instant one where performance was excused. Plaintiffs cite *Maple Farms, Inc. v. City Sch. Dist. No. 1*, 76 Misc. 2d 1080, 352 N.Y.S.2d 784 (Sup. Ct. 1974), but in that case the court granted summary judgment for defendant in a declaratory judgment action brought by plaintiff to declare that a contract to sell milk was excused due to impossibility of performance. The court held that the rise in milk prices was not totally unexpected and that the risk of an abnormal substantial rise in price should be allocated to the seller. 352 N.Y.S.2d 790. The case did not involve an intervening law enacted by a foreign government purportedly rendering the [*99] contracting party's performance impossible.

The Peru Defendants also cite *Organizacion ID Ltda. v. United States*, 18 F.3d 91 (2d Cir. 1994), cert. de-

nied, 512 U.S. 1207, 129 L. Ed. 2d 813, 114 S. Ct. 2679 (1994). In 1990, the government seized numerous electronic fund transfers alleged to involve the proceeds of illicit drug trafficking. *Id.* at 93. The intended recipients of the funds brought an action against the banks involved with the transfer, contending among other things breach of contract. The court held that the judicial action of ordering the seizures of the funds "rendered any enforceable contract impossible to perform." *Id.* at 95. The intervention of a United States district court ordering the seizure of funds is not similar to the enactment by the Peruvian Government of a decree purporting to relieve Banco of its debts.

Even if, as the Peru Defendants assert, the Restatement (Second) of Contracts § 261 has been adopted by New York courts, the impossibility defense has not been established. That section provides:

Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence [*100] of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or circumstances indicate the contrary.

The Peru Defendants contend that here, Banco was prohibited from making foreign debt payments by virtue of Emergency Decree No. 09-94. Pursuant to that decree, Peru subrogated Banco as debtor of the loans of foreign banks. Compliance with the decree was compulsory — both Banco and its employees were subject to sanctions for failure to comply.

The Peru Defendants have not established, however, that the emergency decree was an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made. The contention that the 1983 Letter Agreements are silent on allocating to Banco the risk of supervening governmental action, and that the decree's language that it is an "extraordinary measure," are insufficient to establish, as they must, that the possibility that Peru would intervene in Banco's foreign debt obligations were not contemplated at the time the agreements were made. Accordingly, [*360] Banco cannot avert liability by claiming impossibility of performance. n21

n21 Because the Court holds that the impossibility defense is not available to Banco, Elliott's contention that the defense should be barred because the Peru Defendants failed to comply with the authentication requirements applicable to its foreign law exhibits, pursuant to Rule 44 of the Federal Rules

of Procedure and Rule 902 of the Federal Rules of Evidence, need not be considered.

It is so ordered.

[**101]

New York, N. Y.

CONCLUSION

August 6, 1998

For the reasons set forth above, judgment will be entered dismissing the complaint with costs and disbursements to the Peru Defendants.

ROBERT W. SWEET

U.S.D.J.

BAKER
&
HOSTETLER LLP
COUNSELLORS AT LAW

CONFIDENCIAL
TRADUCCION LIBRE

TO: Carlos Boloña Behr
Ministro de Economía y Finanzas

FROM: Mark A. Cymrot *Cymrot*

DATE: October 13, 2000

SUBJECT: Juicios de Deuda Externa

Cumpliendo con su solicitud, este memorandum contiene una breve historia sobre los juicios de la deuda externa iniciados contra y por la República del Perú. Los juicios se presentaron en cinco etapas: (1) juicios iniciados por el *Bank Advisory Committee* a partir de marzo de 1990; (2) juicio iniciado por *Pravin Banker Associates, Ltd.*, en enero de 1993; (3) juicio iniciado por el *Banco Cafetero Panamá, S.A.*, en 1994; (4) juicio iniciado por el Perú contra el *Nationsbank* en marzo de 1995; y (5) juicio iniciado por *Elliott Associates, L.P.* en octubre de 1996. Fuimos contratados por el Perú en marzo de 1990 y hemos sido los abogados en cada uno de estos juicios.

1. *Juicios del Bank Advisory Committee.* A partir de marzo de 1990, la mayoría de las entidades financieras internacionales que otorgaron créditos al Perú iniciaron 50 juicios contra el Perú, varios bancos estatales y empresas estatales, en cinco países (Estado Unidos, Inglaterra, Francia, Canadá y Luxemburgo). El *Bank Advisory Committee* ("BAC") inició los juicios porque el término de prescripción de la deuda comercial del Perú estaba por expirar. Quince juicios fueron iniciados ante la corte federal de Nueva York. La intención de BAC era consolidar los juicios de Nueva York en un sólo procedimiento y después solicitar un fallo sumario (*summary judgment*). Utilizando el fallo como un mecanismo de presión, el BAC podría congelar los activos del Perú alrededor del mundo y, de esta manera, obligar al Perú a entrar en negociaciones.

Al presentar serios cuestionamientos tanto de forma como de fondo, el Perú exitosamente dilató los juicios hasta el cambio de gobierno en julio de 1990. La corte rehusó consolidar los juicios, y la contestación del Perú planteó novedosas teorías legales que preocupaban a los bancos. En octubre de 1990, debido al cambio en la política económica del Gobierno Peruano, los bancos acordaron suspender todos los juicios, a cambio de que el Perú prometiera reunirse con ellos a fines de marzo de 1991. Los bancos dijeron que suspenderían los juicios siempre y cuando ningún juicio continuase. Después de la reunión de marzo de 1991, el BAC acordó extender la suspensión del litigio, siempre y cuando ningún juicio continuase.

En enero de 1993, Pravin Banker Associates, Ltd. ("Pravin") inició un juicio y se negó a suspenderlo. Sin embargo, debido a que el Perú fue exitoso en impedir que el juicio de Pravin continuara, los otros bancos no siguieron adelante con sus juicios.

El 20 de noviembre de 1992, el Perú y el BAC acordaron un *Tolling Declaration* mediante el cual el Perú extendió el término de prescripción de su deuda comercial por seis años. A cambio, el BAC acordó recomendar el desistimiento de los 50 juicios si el Perú cumplía ciertas condiciones adicionales, que incluía un acuerdo con el Chemical Bank para tratar su deuda en las mismas condiciones que otra deuda. En diciembre de 1994, luego de que el Congreso Peruano aprobara una ley reinstituyendo la deuda del Chemical Bank, los bancos desistieron de sus demandas.

En octubre de 1995, el Perú y el BAC anunciaron los Términos Principales (*Head of Terms*) del Plan Brady para reestructurar virtualmente toda la deuda externa comercial del Perú. El *Exchange Agreement* se cerró el 7 de marzo de 1997. Como parte del cierre, el BAC insistió en que el Perú se comprometiera verbalmente a no conceder beneficios adicionales a ningún acreedor que iniciara juicios, en particular a Pravin Banker Associates, Ltd. y Elliott Associates, L.P.

2. *Pravin Banker Associates, Ltd.* Pravin, un pequeño fondo de inversión de la Florida, compró \$1.425 millones (valor nominal) de los *Letter Agreements* de 1983 del Banco Popular del Perú. Pravin alegaba que había llegado a un acuerdo con la administración del Banco Popular para el repago de la deuda, pero el acuerdo no se firmó porque la República asumió la responsabilidad de toda la deuda externa. En enero de 1993, Pravin demandó en Nueva York pretendiendo el repago total.

Cuando la demanda de Pravin fue presentada, el BAC amenazó con reactivar los 50 juicios suspendidos a no ser de que el Perú convenciera a Pravin de no continuar. Esta amenaza se repitió periódicamente durante los años siguientes. Sin embargo, Pravin, se negó a suspender su juicio argumentando que sus intereses no eran los mismos que los de los grandes bancos internacionales. La amenaza al programa económico del Perú con el FMI, convenció a la corte que suspendiera el juicio de Pravin por seis meses. Esta fue la primera vez que un país obtenía una suspensión en un juicio de deuda. La corte impuso sucesivas suspensiones en el juicio de Pravin hasta agosto de 1995.

Después de que Pravin informó al juez que el Perú estaba recomprando su deuda en el mercado secundario, el juez le permitió a Pravin reactivar su juicio y solicitar un fallo sumario (*summary judgment*). Sin embargo, la corte no falló a favor de Pravin hasta enero de 1996. En ese momento, los juicios del BAC habían sido desestimados y se habían anunciado los Términos Principales (*Heads of Terms*) del Plan Brady.

Cuando Pravin obtuvo una sentencia, el BAC sostuvo nuevamente que si Pravin tenía éxito en ejecutar la sentencia, tendría dificultades en convencer a otros bancos de aceptar el 50 por ciento de descuento en los términos del Plan Brady. Por lo tanto, el Perú resistió los esfuerzos de Pravin para cobrar. En junio de 1996, Pravin obtuvo una orden de embargo contra los suscriptores de la

Ministro Carlos Boloña
October 13, 2000
Page 3 of 7

oferta pública internacional de acciones de Teléfonica por el monto de mil millones de dólares. Como quiera que el Perú anticipaba el embargo, la operación se diseñó de una forma especial para evitar el embargo. A efectos de permitir que la oferta pública se lleve a cabo, el Perú depositó una garantía para que la corte levantara la orden de embargo. Después de cerrada la operación, el Perú demostró que ningún bien embargable ingresó a Nueva York como resultado de la oferta pública. La garantía fue liberada sin necesidad de pago alguno a Pravin.

En diciembre de 1996, Pravin nuevamente intentó embargar los fondos del Perú depositados en Nueva York destinados a una amortización trimestral de intereses. Sin embargo, la corte, a través de otra decisión que sienta jurisprudencia, denegó el embargo porque éste podría amenazar el cierre del Plan Brady y ser injusto para otros acreedores peruanos.

El Perú apeló la sentencia de Pravin a la corte de apelaciones de los Estados Unidos y solicitó la suspensión de la ejecución sin garantía alguna. Inicialmente, la corte de apelaciones concedió la petición de suspensión, mientras que al Departamento del Tesoro se le pidió su opinión. Aún cuando las opiniones del Tesoro generalmente han apoyado una suspensión, la corte la negó. En marzo de 1997, la corte de apelaciones confirmó la sentencia en contra del Perú y, de otro lado, aprobó la excepcional suspensión del juicio impuesta por el tribunal de primera instancia, que había hecho posible las negociaciones del Plan Brady. Recientemente, un comité del *American Bar Association* recomendó que la suspensión de Pravin Banker se debería convertir en ley, de manera que esta decisión pueda ser empleada más frecuentemente por otros países en juicios en los Estados Unidos. En diciembre de 1998, incapaz de ubicar bienes del Perú, Pravin transigió el juicio en términos equivalentes al Plan Brady.

3. *Banco Cafetero Panamá S.A.* Un segundo juicio hostil, *Banco Cafetero de Panamá S.A. contra la República del Perú y el Banco de la Nación*, fue resuelto por las cortes de Nueva York en agosto de 1995. El banco alegó que el Banco de la Nación se negó a devolver un depósito, mientras que el Banco de la Nación adoptó la posición de que los fondos fueron un préstamo y, por lo tanto, debían ser incluidos dentro del Plan Brady. La corte decidió que los fondos eran un depósito. Este fallo excluyó este asunto del proceso de deuda externa. Como quiera que los depósitos tradicionalmente no están comprendidos dentro del Plan Brady, el BAC nunca le dio importancia al juicio. En 1997, después de cerrado el Plan Brady, el Banco de la Nación transigió el juicio con Cafetero.

4. *Nationsbank*. En marzo 1995, la República del Perú inició un juicio contra el Nationsbank, alegando que el banco había ayudado y había sido cómplice de Enrique Villagarcía, segundo de la Agregaduría Naval en Washington, D.C., para defraudar millones de dólares de la Marina Peruana. Dentro de la etapa de pruebas del juicio se demostró que Villagarcía había sido ayudado por un funcionario del American Security Bank N.A., banco que se fusionó con el Nationsbank. Una vez que esta evidencia fue descubierta, Nationsbank aceptó transigir el juicio perdonando \$11 millones de deuda de capital de trabajo.

5. *Elliott Associates, L.P.* En 1995, el Perú solicitó una dispensa a los acreedores comerciales del exterior a fin de implementar su programa de privatización. Water Street Bank/Trust, un fondo de inversión "offshore" que mantenía una deuda sindicada de Citibank, se

Ministro Carlos Boloña
October 13, 2000
Page 4 of 7

negó a firmar la dispensa y demandó el pago de una compensación. Water Street era dirigido por Jay Newman, asesor de inversiones, y por Michael Straus, abogado, quienes habían iniciado demandas contra, por lo menos, 15 países por falta de pago de la deuda externa. Después de que Newman sostuvo una polémica reunión con el Perú y con BAC, Water Street desapareció intempestivamente. Los demás bancos otorgaron las dispensas. Si Water Street hubiera mantenido su posición, el proceso de privatización hubiera tenido dificultades, debido a que ningún banco estaba dispuesto a otorgarle a Water Street un beneficio que no estaba obteniendo.

Más adelante tomamos conocimiento que, Water Street fue disuelta porque la corte en un caso contra Panamá le ordenó revelar los nombres de sus inversionistas. Antes que arriesgar la información, los inversionistas prefirieron disolver el fondo. En el proceso, acusaron a Newman y a Straus de fraude por cobrar honorarios que no se habían acordado. Poco tiempo después, Newman y Straus se unieron a Elliott, un fondo oportunista ("*vulture fund*") que se especializaba en crear dificultades en compañías en quiebra. Elliott, entonces, compró deuda panameña, demandó a Panamá, embargó una oferta de bonos Yankee y cobró \$70 millones con una inversión de \$20 millones, todo esto en el periodo de un año.

En enero de 1996, dos semanas después de que la corte falló a favor de Pravin Banker, Elliott empezó a comprar *Letter Agreements* de 1983 del Banco de la Nación y del Banco Popular del Perú por el valor de \$20 millones (valor nominal). En abril de 1996, mientras el Perú estaba negociando con el BAC para emitir un *Brady Term Sheet*, Elliott planteó la primera de muchas demandas por el pago total. En octubre del 1996, poco después que el Perú diera instrucciones para firmar el *Exchange Agreement*, Elliott demandó al Perú y al Banco de la Nación y presentó una petición *ex parte* (sin notificación a la otra parte) para un embargo preventivo. Con la orden de embargo, Elliott pudo haber embargado la garantía para el cierre del Plan Brady y, de esta manera, amenazar seriamente el cierre. Nosotros nos opusimos enérgicamente a la petición de embargo, argumentando ante la corte el serio impacto que un embargo ocasionaría en la economía peruana. En otra decisión sin precedentes, la corte negó la petición de Elliott para el embargo. Elliott solicitó un fallo sumario (*summary judgment*), el cual también fue denegado en base a que Perú había demostrado suficientemente que Elliott compró la deuda "con la intención y con el propósito" de iniciar un juicio, en violación de la Ley de la Judicatura de Nueva York Sección 489 ("*champerty statute*" de Nueva York). Esta decisión fue la primera vez que en que la defensa de *champerty* tuvo éxito en rebatir una solicitud de fallo sumario (*summary judgment*) en un juicio de deuda soberana. Por ejemplo, Panamá intentó esta defensa contra Elliott y perdió.

Con Elliott neutralizado, el *Exchange Agreement* se cerró el 7 de marzo del 1997. Una vez más, la BAC obtuvo una promesa verbal del Perú que no otorgaría beneficios adicionales a aquellos acreedores que iniciaran juicios. Cerrado el Plan Brady, Elliott no obstante, demandó el pago total. Para gozar de credibilidad en la comunidad financiera internacional, el Perú decidió defender el Plan Brady y el compromiso que había hecho con sus acreedores responsables. La estrategia del Perú fue frustrar a Elliott en el juicio, demostrar que no podía cobrarle al Perú sin un acuerdo y, eventualmente, forzar a Elliott a aceptar algo cercano a los términos del Plan Brady, como se había hecho exitosamente en el caso Pravin Banker.

Ministro Carlos Boloña
October 13, 2000
Page 5 of 7

Por el resto del año 1997, las partes se enfrascaron en una larga etapa de pruebas previa al juicio oral, el cual se llevó a cabo en marzo de 1998. Durante el juicio oral obtuvimos importante evidencia a través del interrogatorio de los propios testigos de Elliott y de otras pruebas. El 6 de agosto del 1998, la corte falló a favor del Perú en el sentido de que Elliott había comprado la deuda con la "intención y propósito" de iniciar un juicio, violando la Ley de la Judicatura Sección 489. La corte también determinó que el testimonio de los testigos de Elliott no era creíble y que Elliott sabía desde su primera compra, de las restricciones establecidas en la Sección 489. Aunque la Sección 489 tiene más de 100 años, esta decisión fue la primera en que un deudor tuvo éxito en probar su defensa en un juicio. En ese momento, Elliott no pudo cobrar nada del Perú ni del Banco de la Nación.

Después de apelar, Elliott intentó ir secretamente al Poder Legislativo de Nueva York a fin de que se enmiende retroactivamente la Sección 489. La enmienda hubiera requerido que la corte fallara a favor de Elliott. Tomamos conocimiento de la enmienda propuesta y organizamos una alianza de países, empresas y consumidores, con la cual tuvimos éxito en impedir la aprobación de la legislación propuesta. Sin embargo, en octubre de 1999 la corte de apelaciones de los Estados Unidos revocó la decisión dando su propia interpretación de la Sección 489, lo cual efectivamente anuló la ley. La corte devolvió el caso a la primera instancia para la determinación de la indemnización. El 9 de mayo del 2000, la solicitud de reconsideración presentada por el Perú y el Banco de la Nación fue denegada.

En noviembre de 1999, luego de la sentencia original de la corte de apelaciones, Elliott solicitó sentencia y una orden de embargo. La corte de primera instancia le concedió el embargo y una orden restrictiva (*restraining order*) sobre bienes comerciales del Perú y del Banco de la Nación en Nueva York. Elliott ganó poco con la orden, ya que el Perú y el Banco de la Nación virtualmente no mantenían bienes en Nueva York. En la solicitud de sentencia, el Perú tomó conocimiento que Elliott, secretamente, había obtenido la modificación retroactiva de la ley respecto al interés compuesto con lo cual logró adicionar \$16 millones a su pretensión. Con el propósito de encubrir sus esfuerzos legislativos, Elliott, al principio de la etapa de pruebas, había violado la orden del juez aprobando el cronograma del proceso (*scheduling order*) y la orden del juez que establecía las pautas para el juicio oral (*pretrial order*). Elliott también había hecho declaraciones falsas al Poder Legislativo. Con esta información, el Perú solicitó desestimar la demanda y la exclusión de cualquier prueba de interés. Una vez más, basándose en estas declaraciones, la corte le permitió al Perú que obtuviera pruebas y se logró dilatar el caso por ocho meses más.

El 22 de junio del 2000, la corte rechazó las defensas del Perú y falló a favor de Elliott y en contra del Perú y del Banco de la Nación. Sin embargo, en las sentencias y en la orden otorgándole el derecho de ejecutarlas, la corte limitó la ejecución a los bienes del Perú y del Banco de la Nación utilizados para actividad comercial en los Estados Unidos. A nuestro entender, esta limitación nunca había sido previamente incluida en una sentencia o en una orden de ejecución, a pesar de que, como lo argumentamos en la corte, es obligatorio de acuerdo a ley. Elliott no pudo encontrar ningún bien del Perú y sólo encontró un pequeño saldo del Banco de la Nación en los Estados Unidos. Ambas partes apelaron a la corte de apelaciones de los Estados Unidos. El Perú planteó cuestiones relativas a los fundamentos de la demanda y al monto de la

Ministro Carlos Boloña
October 13, 2000
Page 6 of 7

indemnización. Asimismo, el Perú solicitó reconsideración a la corte de primera instancia, mostrándole nuevos casos relacionados con *champerty* y con el interés compuesto.

Elliott adicionó una nueva firma de abogados para ayudar en la ejecución de la sentencia. En septiembre del 2000, Elliott hizo esfuerzos para embargar bienes del Perú y del Banco de la Nación en el extranjero. A pesar de esfuerzos considerables realizados en Alemania, Holanda, Bélgica, Inglaterra, Luxemburgo y Canadá, Elliott no pudo encontrar una cantidad significativa de bienes. Elliott inició estos procedimientos contraviniendo la orden de la corte de Nueva York del 22 de junio.

También en septiembre del 2000, Elliott realizó gestiones para embargar el pago de intereses del Perú a sus tenedores de bonos Brady. El 6 de setiembre del 2000, Perú tenía programado hacer un pago de intereses de \$80 millones al Chase Manhattan Bank (Chase), como agente fiscal de los bonos de Brady. Elliott obtuvo una orden restrictiva (*restraining orders*) *ex parte* contra Chase, Morgan Guaranty Trust Company of New York (Morgan), como operadores del Euroclear System, contra el Depository Trust Company y el Bank of New York, como depositarios del efectivo del Euroclear System. Al recibir el dinero del Perú, Chase haría el pago de intereses a través de clearinghouses: Depository Trust Company en Nueva York, Euroclear en Bruselas y Clearstream en Luxemburgo. Elliott inició procedimientos en Inglaterra, Bélgica y Luxemburgo para impedir los pagos a través de los clearinghouses europeos. Estos procedimientos en el exterior fueron también iniciados contraviniendo la orden del 22 de junio, pero Elliott no informó a las cortes de la existencia de esta orden.

Sin embargo, el Perú no entregó los fondos al Chase el 6 de septiembre, como se había programado y, de esta manera, el plan de Elliot fue frustrado inicialmente. El Perú todavía tenía que encontrar un mecanismo para pagar a sus tenedores de bonos o incumpliría en 30 días, en aproximadamente \$3.5 billones en bonos Brady. Los tenedores de bonos tendrían entonces el derecho de exigir inmediatamente el pago total de los bonos. Después de que el pago fue demorado, la calificación Moody de los bonos peruanos fue reducida.

Desarrollamos una estrategia a diferentes niveles para resolver este asunto. Primero, Perú trataría de pagar a los tenedores de bonos a través de una ruta que no sea el Chase. Si esta estrategia no funcionaba, el Perú podría presentar peticiones impugnando las órdenes restrictivas (*restraining orders*), o si fuese necesario, depositar en la corte una garantía equivante al monto de las sentencias, lo cual le daría al Perú el derecho de que se retiraran las órdenes restrictivas otorgadas a Elliott. En ese momento, el Perú podría hacer el pago de los intereses.

Inicialmente, realizamos considerables esfuerzos para identificar rutas para pagar a los tenedores de bonos Brady fuera del método usual, a través del Chase, para evitar los intentos de embargo de Elliott. Los bancos internacionales y clearinghouses estaban renuentes a ayudar al Perú, por temor a nuevos juicios de parte de Elliott. Las rutas del Depository Trust Company y de Euroclear fueron bloqueadas por las órdenes restrictivas (*restraining orders*) otorgadas a Elliott. Sin embargo, Clearstream, el clearinghouse en Luxemburgo estuvo de acuerdo en pagar cerca de 40 por ciento de los tenedores de bonos, a cambio de una indemnización del Perú. Clearstream también mantuvo abierta la posibilidad de que otros tenedores de bonos pudiesen transferir sus

Ministro Carlos Boloña
October 13, 2000
Page 7 of 7

cuentas a Clearstream para recibir el pago. La indemnización implicaba también algún riesgo de responsabilidad para el Perú.

El Perú hubiese podido usar la misma estrategia que utilizó cuando Pravin Banker amenazó la operación de Telefónica; hubiese podido depositar una garantía y levantar el embargo y la orden restrictiva (*restraining order*). Luego de que los tenedores de bonos hubiesen sido pagados, el Perú hubiese podido discutir judicialmente en el caso de que algún bien hubiese ingresado a Nueva York como resultado del proceso de pago de intereses. Sin embargo, al depositar una garantía el Perú tendría una considerable pérdida de posición de negociación debido a que Elliott podría tener una posible fuente de pago.


El 21 y 22 de setiembre de 2000, Elliott obtuvo órdenes restrictivas (*restraining orders*) *ex parte* de dos jueces de Nueva York dirigidas específicamente a detener el pago de intereses Brady. La corte también denegó las solicitudes de reconsideración del Perú con respecto a la defensa *champerty* y el interés compuesto. Debido a que las órdenes restrictivas (*restraining order*) parecían tener un alcance más allá de los Estados Unidos en contravención a los límites establecidos en la orden del 22 de junio y, más allá del alcance de la ley de Nueva York, Morgan y Chase decidieron impugnarlas, junto con el Perú. El Perú inmediatamente presentó solicitudes en Nueva York y Bruselas para anular las notificaciones restrictivas (*restraining notices*). El Perú argumentó que se le debería exigir a Elliott que se desistiera de los procesos en el extranjero, ya que éstos se habían iniciado en contravención a la orden del 22 de junio. Además, el Perú sostuvo que ningún bien había ingresado a los Estados Unidos como parte de pago de intereses Brady y, por lo tanto, las órdenes restrictivas (*restraining order*) fueron ineficaces. Morgan y Chase apoyaron esta solicitud y Morgan presentó una solicitud similar en Bruselas.

El 29 de setiembre del 2000, antes de las audiencias sobre estas solicitudes, el Perú y Elliott transigieron el juicio. Como parte de la transacción, las órdenes restrictivas (*restraining orders*) fueron levantadas, a fin de que los tenedores de bonos Brady puedan ser pagados. Poco después de la transacción, la corte de Nueva York emitió una opinión respecto a una petición que presentara Elliott en agosto del 2000 rechazando el argumento de Elliott, que sostenía que tenía derecho a ejecutar la sentencia de los Estados Unidos en otros países. Mientras que esta opinión implicaba que, Elliott al iniciar procedimientos en el extranjero estaba actuando impropriamente, era aún impredecible la forma como las cortes iban a decidir en relación a las solicitudes de Perú, Morgan y Chase sobre la anulación de las órdenes de embargo de Elliott.

00672

BAKER
&
HOSTETLER LLP
COUNSELLORS AT LAW

CONFIDENTIAL - SUBJECT TO
ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE

TO: Minister Carlos Boloña
FROM: Mark A. Cymrot 
DATE: October 13, 2000
SUBJECT: External Debt Litigation

As you requested, this memorandum will provide you with a brief history of the external debt lawsuits filed against and by the Republic of Peru. The lawsuits came in five stages: (1) Bank Advisory Committee lawsuits filed beginning in March 1990; (2) Pravin Banker Associates, Ltd. lawsuit filed in January 1993; (3) Banco Cafetero Panama S.A. lawsuit filed in 1994, (4) Nationsbank lawsuit filed by Peru in March 1995; and (5) Elliott Associates, L.P. lawsuit filed in October 1996. We were retained by Peru in March 1990 and have been counsel on each of these suits.

1. *Bank Advisory Committee Lawsuits.* Beginning in March 1990, Peru and numerous state-owned banks and companies were sued in 50 lawsuits in five countries (United States, England, France, Canada, Luxembourg) by most of Peru's international lenders. The Bank Advisory Committee ("BAC") organized the lawsuits because the prescription period was about to expire on Peru's external commercial debt. Fifteen lawsuits were brought in federal court in New York. The BAC's plan was to combine the New York lawsuits into one proceeding and then seek summary (expedited) judgment. Using the judgment as leverage, the BAC would freeze Peru's property around the world and force Peru into negotiations.

By raising serious procedural and substantive issues, Peru successfully delayed the lawsuits until the government changed in July 1990. The court refused to combine the cases, and Peru's answer raised novel legal issues that concerned the banks. In October 1990, due to the change in Peruvian government economic policy, the banks agreed to stay (suspend) all lawsuits, in return for Peru's promise to meet with them by the end of March 1991. The banks said that they would stay the lawsuits as long as no lawsuit went forward. After the March 1991 meeting, the BAC agreed to extend the stay of litigation, as long as no lawsuit went forward.

In January 1993, Pravin Banker Associates, Ltd. ("Pravin") filed a lawsuit and refused to stay it. However, because Peru was successful in preventing the Pravin lawsuit from going forward, the other banks did not press forward with their lawsuits.

In November 20, 1992, Peru and the BAC reached agreement on a Tolling Declaration under which Peru extended the prescription period on its external commercial debt for six years. In return, the BAC agreed to recommend the dismissal of the 50 lawsuits if Peru met certain additional conditions, including an agreement with Chemical Bank to treat its debt on the same basis as other debt. After the Peruvian Congress passed a law re-instituting the Chemical Bank debt, the banks dismissed their lawsuits in December 1994.

In October 1995, Peru and the BAC announced the Head of Terms for a Brady agreement to restructure virtually all of Peru's external commercial debt. The Exchange Agreement closed on March 7, 1997. As part of the closing, the BAC insisted that Peru make a verbal commitment that it would not give additional benefits to any creditor that filed lawsuits, particularly Pravin Banker Associates, Ltd. and Elliott Associates, L.P.

2. *Pravin Banker Associates, Ltd.* Pravin, a small investment fund from Florida, purchased \$1.425 million (face amount) of the 1983 Letter Agreements of Banco Popular del Peru. Pravin claimed that it reached agreement with Banco Popular management for repayment of the debt, but the agreement was never executed because the Republic assume responsibility for all external debt. In January 1993, Pravin filed a lawsuit in New York seeking full repayment.

When the Pravin lawsuit was filed, the BAC threatened to reactivate the 50 stayed lawsuits unless Peru convinced Pravin not to go forward. This threat was repeated periodically over the next several years. Pravin refused, however, to stay its lawsuit, saying that its interests were not the same as the large international banks. Based upon the threat to Peru's IMF economic program, Peru convinced the court to stay Pravin's lawsuit for six months. This decision was the first time a stay had been granted to a country in a debt lawsuit. The court imposed successive stays on the Pravin lawsuit until August 1995.

After Pravin reported to the judge that Peru was repurchasing its debt in the secondary market, the judge permitted Pravin to reactivate its lawsuit and file for summary judgment. However, the court did not enter judgment for Pravin until January 1996. By this time, the BAC lawsuits had been dismissed and the Brady Head of Terms announced.

When Pravin obtained a judgment, the BAC again said that if Pravin were successful in collecting its judgment, it would have difficulty convincing other banks to accept the 50 percent discount in the Brady terms. Peru, therefore, resisted Pravin's efforts to collect. In June 1996, Pravin obtained an order of attachment of the underwriters of Peru's \$1 billion international public offering of Telefonica stock. Since Peru anticipated the attachment, we designed the transaction in a unique manner to avoid attachment. In order to permit the public offering to go forward, Peru posted a security bond so that the court would lift its attachment order. After the transaction closed, Peru demonstrated that no attachable property entered New York as a result of the public offering. The security bond was then released without any payment to Pravin.

In December 1996, Pravin again attempted to attach Peru's funds deposited in New York to make a partial quarterly interest payment. The court, however, in another precedent-setting

Minister Carlos Boloña
October 13, 2000
Page 3 of 7

decision refused to allow the attachment because attachment would threaten the close of the Brady agreement and be unfair to other Peruvian creditors.

Peru appealed the Pravin judgment to the U.S. court of appeals and sought a stay of execution without a bond. The stay motion was originally granted by the U.S. court of appeals while the U.S. Treasury was asked for comment. Even though Treasury's comments generally supported a stay, the court denied the stay. In March 1997, the U.S. court of appeals affirmed the judgment against Peru, but also approved the unique stays of litigation imposed by the trial court, which had made the Brady negotiations possible. An American Bar Association committee recently recommended enacting the Pravin Banker stay into law, so that it can be more readily be relied upon by other countries in litigation in the United States. In December 1998, unable to locate any Peruvian property, Pravin accepted a settlement equivalent to Brady terms.

3. *Banco Cafetero Panama S.A.* A second rogue lawsuit, *Banco Cafetero Panama S.A. v. Republic of Peru and Banco de la Nacion*, was decided by the New York courts in August 1995. The bank alleged that Nacion had refused to return a deposit, while Nacion took the position that funds were a loan and therefore should be treated in the Brady process. The court ruled that the funds were a deposit. This ruling removed the issue from the external debt process. Because deposits do not traditionally fall within the Brady process, the BAC never gave any significance to this case. Nacion settled with Cafetero in 1997 after the Brady agreement closed.

4. *Nationsbank* In March 1995, the Republic filed suit against Nationsbank, alleging that it had aided and abetted Enrique Villagarcia, the assistant naval attaché in Washington, to embezzle millions of dollars from the Peruvian Navy. The discovery process in the lawsuit demonstrated that Villagarcia had been assisted by an officer of American Security Bank N.A., which had merged into Nationsbank. Once this evidence was uncovered, Nationsbank agreed to settle the lawsuit by forgiving \$11 million in Peruvian working capital debt.

5. *Elliott Associates, L.P.* In 1995, Peru asked its external commercial lenders for waivers in order to implement its privatization program. Water Street Bank & Trust, an off-shore investment fund holding Citibank syndicated debt refused to sign the waiver and demanded compensation. Water Street was operated by Jay Newman, an investment adviser, and Michael Straus, a lawyer, who were responsible for suing at least 15 foreign states for nonpayment of external debt. After Newman had a highly contentious meeting with Peru and BAC, Water Street suddenly disappeared. The other banks executed waivers. If Water Street had maintained its position, the privatization process would have been significantly set back because no bank was willing to give Water Street a benefit that it was not also getting.

We later learned that Water Street had been dissolved because the court in a case against Panama had ordered Water Street to disclose the names of its investors. Rather than risk disclosure, the investors dissolved the fund. In the process, they accused Newman and Straus of fraud for charging fees that had not been agreed to. Shortly thereafter, Newman and Straus joined Elliott, a vulture fund that specialized in disrupting corporate bankruptcies. Elliott then

purchased Panamanian debt, sued Panama, attached a Yankee bond offering and collected \$70 million on a \$20 million investment, all in about one year's time.

In January 1996, two weeks after the court awarded judgment to Pravin Banker, Elliott began purchasing \$20 million (face value) of Peruvian 1983 Letter Agreements of Banco de la Nacion and Banco Popular del Peru. In April 1996, while Peru was in negotiations with the BAC to issue a Brady Term Sheet, Elliott made its first of many demands for full payment. In October 1996, shortly after Peru issued instructions to execute the Exchange Agreement, Elliott sued Peru and Nacion, and filed an *ex parte* (without notice) motion for prejudgment attachment. With an attachment order, Elliott could have attached the collateral for the Brady closing and seriously threatened the closing. We vigorously opposed the attachment motion, detailing for the court the serious impact attachment would have on Peru's economy. In another novel opinion, the court denied Elliott's motion for attachment. Elliott then filed for summary judgment which was also denied on the grounds Peru had made a sufficient showing that Elliott purchased the debt "with the intent and for the purpose" of filing a lawsuit, which then violated N.Y. Judiciary Law §489 (New York's "champerty" statute). This decision was the first time the champerty defense had succeeded to overcome a summary judgment motion in a sovereign debt case. Panama, for instance, had tried this defense against Elliott and lost.

With Elliott thwarted, the Exchange Agreement closed on March 7, 1997. Once again, the BAC extracted a verbal promise from Peru that it would not provide extra benefits to those creditors that filed lawsuits. Once the Brady was closed, Elliott still demanded full payment. In order to have credibility in the international financial community, Peru decided to defend the Brady process and the commitment it had made to its responsible creditors. Peru's strategy was to frustrate Elliott in the litigation, demonstrate that it could not collect from Peru without an agreement, and eventually force Elliott to accept something close to Brady terms, as had successfully been done in the Pravin Banker case.

For the remainder of 1997, the parties engaged in a lengthy pre-trial discovery process, and then trial was held in March 1998. Through examination of Elliott's own witnesses and other evidence, we developed a strong record at trial. On August 6, 1998, the court ruled in Peru's favor that Elliott had purchased the debt with the "intent and purpose" of filing a lawsuit, in violation of New York Judiciary Law §489. The court also found that the testimony of Elliott's witnesses was not credible and that Elliott knew from its first purchases of the limitations created by §489. Although §489 was more than 100 years old, this decision was the first time a debtor succeeded to prove the defense at trial. At this point, Elliott could not collect anything from Peru or Nacion.

After it filed an appeal, Elliott tried to go secretly to the New York legislature and have the §489 amended retroactively. The amendment would have required the court to rule for Elliott. We learned of the proposed amendment and organized a coalition of countries, businesses and consumers and succeeded in defeating the proposed legislation. In October 1999, however, the U.S. court of appeals reversed the judgment, providing its own interpretation of §489, which effectively nullified the statute. The court sent the case back to the trial court for an

Minister Carlos Boloña
October 13, 2000
Page 5 of 7

assessment of damages. Peru and Nacion's motions to the court of appeals to reconsider its decisions were denied on May 9, 2000.

In November 1999, after the original court of appeals decision, Elliott moved for judgment and an attachment order. The trial court granted Elliott an attachment and restraining order over the commercial property of Peru and Nacion in New York. Elliott gained little from the order because Peru and Nacion kept virtually no property in New York. In the motion for judgment, Peru learned that Elliott had secretly had the compound interest statute amended retroactively to add \$16 million to its claim. In order to cover up its legislative efforts, Elliott had violated the court's scheduling order and pretrial order during the earlier discovery stage of the case. Elliott had also made false statements to the legislature. With this information, Peru moved to dismiss the complaint and exclude any interest evidence. Once again, the court granted Peru discovery based upon these allegations and the case was delayed for another eight months.

On June 22, 2000, the court rejected Peru's defenses and granted Elliott judgments against Peru and Nacion. However, in the judgments and in the order granting Elliott the right to enforce the judgments, the court limited execution to the property of Peru and Nacion used for commercial activity in the United States. To our knowledge, this limitation has never previously been included in a judgment or execution order, although, as we argued to the court, it is compelled by statute. Elliott could not find any property of Peru and only a small balance for Nacion in the United States. Both parties appealed to the U.S. court of appeals. Peru raised issues concerning the merits of the case and the amount of the damages. In addition, Peru moved the trial court for reconsideration, bringing to the court's attention new cases related to champerty and compound interest.

Elliott added new counsel to assist in the enforcement of judgment. In September 2000, Elliott organized an effort to attach Peru and Nacion's property abroad. Despite considerable efforts in Germany, Holland, Belgium, England, Luxembourg and Canada, Elliott failed to find any significant amount of property. Elliott filed these proceedings in apparent violation of the June 22 Order of the New York court.

Also in September 2000, Elliott organized an effort to attach Peru's interest payment to its Brady bondholders. Peru was scheduled to deliver an \$80 million interest payment to The Chase Manhattan Bank ("Chase"), as fiscal agent for the Brady bonds, on September 6, 2000. Elliott obtained *ex parte* restraining orders against Chase, Morgan Guaranty Trust Company of New York ("Morgan"), as operator of the Euroclear System, Depository Trust Company, and Bank of New York, as cash custodian of the Euroclear System. Once it receives money from Peru, Chase makes the interest payments through clearinghouses: Depository Trust Company in New York, Euroclear in Brussels, and Clearstream in Luxembourg. Elliott filed proceedings in England, Belgium, and Luxembourg to block payments through the European clearinghouses. These foreign proceedings also were filed in violation of the June 22 Order, but Elliott did not inform the courts of this order.

Peru, however, did not deliver the funds to Chase on September 6, as scheduled, and therefore, Elliott's plan was initially frustrated. Peru still had to find a means to pay its bondholders or it would default in 30 days on approximately \$3.5 billion in Brady bonds. The bondholders would then have the right to demand full payment of the bonds immediately. After the payment was delayed, Moody's rating service downgraded Peruvian bonds.

We developed a multi-level strategy to resolve the issue. Peru, first, would try to pay the bondholders through a route other than Chase. If this strategy did not work, Peru could file motions challenging the restraining orders, or if necessary, post with the court a security bond equal to the amount of the judgments which would give Peru the right to have Elliott's restraining orders withdrawn. Peru then could make the interest payments.

Initially, we undertook considerable efforts to identify routes to pay the Brady bondholders outside the usual method through Chase to avoid Elliott's attachment attempts. International banks and clearinghouses were reluctant to help Peru, due to fear of new lawsuits by Elliott. The Depository Trust Company and Euroclear routes were blocked by Elliott's restraining orders. Clearstream, the clearinghouse in Luxembourg, however, agreed to pay about 40 percent of the bondholders in return for an indemnity from Peru. Clearstream also held open the possibility that other bondholders could transfer their accounts to Clearstream to receive payment. The indemnity involved some risk of liability to Peru.

Peru had available the same approach it had used when Pravin Banker threatened the Telefonica transaction; it could have posted a security bond and have the attachment and restraining orders lifted. After the bondholders were paid, Peru could have litigated whether any property of Peru entered New York as a result of the interest payment process. However, by posting a bond, Peru would give up considerable negotiating leverage because Elliott would potentially have a source of payment.

On September 21 and 22, 2000, Elliott obtained *ex parte* restraining orders from two New York judges directed specifically to stop the Brady interest payments. The court also denied Peru's motions for reconsideration on the champerty defense and compound interest. Since the restraining orders appeared to reach beyond the United States in violation of the limits of the June 22 Order and beyond the scope of New York law, Morgan and Chase decided to challenge these orders, along with Peru. Peru promptly filed motions in New York and Brussels to quash the restraining notices. Peru argued that Elliott should be required to withdraw the foreign proceedings because they were filed in contempt of the June 22 Order. In addition, Peru argued that no Peruvian property was delivered to the United States as part of the Brady interest payment and therefore the restraining orders were ineffective. Morgan and Chase supported this motion, and Morgan filed a similar motion in Brussels.

On September 29, 2000, prior to the hearings on these motions, Peru and Elliott reached a settlement. As part of the settlement, the restraining orders were lifted so that the Brady bondholders could be paid. Shortly after the settlement was reached, the N.Y. court issued an opinion on a motion Elliott had filed in August 2000 rejecting Elliott's argument that it was entitled to enforce the U.S. judgments in foreign countries. While this opinion implied that

ANEXO 5

INFORME

DECRETO DE URGENCIA N° 083-2000

DECRETO SUPREMO N° 106-2000-EF



RESUMEN EJECUTIVO

1. Elliott Associates LLP es una entidad que invierte en deuda de países y empresas en procesos de reestructuración. Además de deuda externa peruana la referida entidad también ha adquirido deuda de otros países en proceso de reestructuración, tales como Panamá y Vietnam, iniciando procesos judiciales con el propósito de reclamar el monto total de la deuda sin otorgar descuentos ni participar en programas de reducción de deudas diseñados para dar una solución viable al problema de la deuda externa de los países en desarrollo.
2. Elliott Associates LLP adquirió deuda externa peruana por un monto nominal de alrededor de US\$ 20 millones y en 1996, mientras el Perú estaba en proceso de implementar su Plan Financiero 1996 de la Republica del Perú, conocido como "Plan Brady", inicia una acción judicial contra el Perú y el Banco de la Nación.
3. Cabe indicar que la firma de abogados que tuvo a su cargo la defensa peruana durante el juicio iniciado por Elliott Associates LLP, fue Baker & Hostetler, siendo el abogado principal el señor Mark Cymrot.
4. En agosto de 1998, el juez de primera instancia le da la razón al Perú. Sin embargo, la corte de apelaciones en noviembre de 1999 revoca la referida sentencia.
5. A partir de noviembre de 1999 se inició una etapa durante la cual el Perú defendió su posición tratando de revertir la decisión de la corte de apelaciones, en junio del año 2000 el juez determinó el monto de la sentencia. Durante dicha período se conoció que Elliott gestionó se le considere dentro de la legislación sobre intereses compuestos, lo que podría implicar un incremento en la sentencia, por lo que el Perú presentó recursos a fin de defender su posición. Sin embargo, en setiembre del año 2000 el juez denegó nuestros recursos perdiéndose la posibilidad de que la sentencia se reduzca en alrededor de US\$16 millones.
6. Ante las circunstancias que se desarrollaron durante el mes de setiembre del año 2000, en especial el riesgo de que el incumplimiento de pago de intereses de los Bonos Brady pudiera hacer exigible el pago de US\$ 3,837 millones de Bonos Brady, teniendo en consideración las distintas resoluciones judiciales que cerraban la posibilidad de revertir el fallo de segunda instancia y de reducir el monto de la sentencia determinado por la corte, el Ministerio de Economía y Finanzas vio por conveniente llegar a un acuerdo definitivo con Elliott Associates LLP.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

7. Es en este contexto que se promulga el Decreto de Urgencia N° 083-2000 que autorizó al Ministro de Economía y Finanzas o a quien él designe a negociar y tomar las medidas que se requieran destinadas a evitar o dejar sin efecto la acción judicial iniciada por Elliott Associates LLP. El artículo 2° del citado dispositivo legal establece que el monto final negociado será sustentado en un informe.
8. Mediante el Decreto Supremo N° 106-2000-EF se aprobó el acuerdo con Elliott Associates LLP, el mismo que contempló un pago de US\$ 58.45 millones, el reclamo de Elliott ascendía a alrededor de US\$ 66 millones.
9. El monto de la sentencia fue de US\$ 55 660 831,56. actualizado al 30 de setiembre representaba US\$ 57 466 592,85, dicho monto hubiera continuado incrementándose en alrededor de US\$ 18.000 diariamente. Los gastos legales de Elliott, que a la fecha ascendían a US\$ 9 millones.
10. El acuerdo permitió que el Perú cumpla con el pago de intereses de los Bonos Brady antes del vencimiento del plazo de gracia, evitando así caer en una causal en virtud de la cual se hubiera podido exigir el pago de US\$ 3,837 millones de Bonos Brady, con la incertidumbre que esto podría generar. Asimismo, con el acuerdo se puso punto final a una larga disputa judicial cuyo monto se incrementaba en alrededor de US\$ 18,000 diariamente.
11. La operación fue llevada adelante de manera transparente no habiendo hoy complicaciones legales pendientes, para lo cual se emitieron el Decreto de Urgencia N° 083-2000 y el Decreto Supremo N° 106-2000-EF con el marco legal adecuado. Copia de toda la documentación ha sido remitida a la fecha a la Contraloría General de la República y a la Presidenta del Congreso de la República y será entregada a todos los congresistas



INFORME FINAL

ASUNTO: Juicio seguido por Elliott Associates LLP contra la República del Perú y el Banco de la Nación por pago de deuda pública externa.

ADQUISICION DE DEUDA

1. Entre enero y marzo de 1996 Elliott Associates LLP (Elliott), un fondo de inversión que invierte en deuda de Estados Soberanos que se encuentran en procesos de reestructuración, adquirió deuda peruana por un monto de principal de US\$ 20.7 millones, pagando la suma total de US\$ 11.4 millones. La deuda adquirida correspondía a obligaciones a cargo del Banco de la Nación, ascendentes a US\$ 7 millones y del Banco Popular del Perú por un monto de US\$ 13.7 millones y que contaban con la garantía del Estado Peruano.
2. Elliott cerró las operaciones de adquisición en marzo de 1996, luego que otro acreedor del Perú, Pravin Banker, obtuviera una sentencia favorable contra la República por el pago de deuda pública externa.
3. Hacia junio de 1996, la Hoja de Términos del Plan Brady fue distribuida entre los acreedores y la firma del Acuerdo de Canje estaba prevista para noviembre de 1996; no obstante ello, Elliott no aceptó participar en el Plan Brady y requirió a la República del Perú el pago total de su acreencia bajo los términos pactados con el acreedor original, procedimiento que constituye práctica habitual para la citada entidad.
4. Adicionalmente, Elliott intentó interferir con el cierre del Plan Brady, al interponer una acción judicial en las Cortes de Nueva York solicitando además el embargo preventivo del monto correspondiente al pago adelantado de intereses y un juicio sumario. La corte denegó ambas solicitudes, iniciándose la etapa probatoria del proceso judicial.
5. A pesar de los esfuerzos de Elliott en contrario y gracias al esfuerzo del Perú, el cierre del indicado Plan Financiero fue posible en marzo de 1997.

**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS****PROCESO JUDICIAL**

La firma de abogados que tuvo a su cargo la defensa peruana fue Baker & Hostetler, siendo el abogado principal el señor Mark Cymrot. En el Anexo N° 1 del presente informe se adjunta copia de un informe legal del señor Cymrot, en inglés y castellano.

A. PRIMERA INSTANCIA

1. En agosto de 1998, el juez de primera instancia declaró infundada la demanda de Elliott, dándole la razón al Perú, estableciendo que, tal como se había sustentado durante el proceso judicial, Elliott había comprado la deuda peruana con la sola intención y el propósito de iniciar un procedimiento judicial, lo que bajo la ley de Nueva York se conoce como "Champerty". (Ver Anexo 2 – copia de la sentencia y su traducción oficial).

B. SEGUNDA INSTANCIA

1. Ante tal situación, Elliott apeló contra la sentencia de primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Nueva York y, simultáneamente, inició acciones destinadas a lograr que se modifique retroactivamente la norma referida a la figura conocida como "Champerty" sobre la cual el juez había fundamentado su fallo a favor del Perú. Con el apoyo de distintas organizaciones y países se logró impedir la aprobación de esta enmienda. El Perú contrató, a través de Baker & Hostetler, nuestros abogados, la firma de lobby Bond, Schoeneck & King LLP para que apoye al Perú ante el Congreso de Estados Unidos.
2. El 20 de octubre de 1999, la Corte de Apelaciones revocó el fallo de primera instancia y le dio la razón a Elliott. (Ver Anexo 3 – copia de la sentencia de segunda instancia y su traducción oficial). El Perú impugnó esta sentencia sin éxito.
3. La Corte de Apelaciones regresó el expediente a la Corte Distrital para que se determine el monto de la deuda y ambas partes presentaron pruebas sustentando su posición.
4. Durante la etapa probatoria para el cálculo de la deuda de Elliott por el juez de primera instancia, se tomó conocimiento que Elliott había gestionado se le considere dentro de la norma sobre intereses compuestos; lo que implicaba que el juez al momento de determinar la deuda en controversia, considere e incluya también este concepto en la sentencia. Por tal motivo,

**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**

la parte peruana solicitó se desestime la demanda y que se excluyan las pruebas sobre intereses compuestos.

5. Cabe indicar que a partir de noviembre de 1999 se inició una larga etapa durante la cual el Perú defendió su posición tratando de revertir la decisión de la corte de apelaciones. Es recién en junio del presente año que el juez determina el monto de la sentencia, quedando aún pendiente de ser definido por la corte el tema de los intereses compuestos. En setiembre del año 2000 el juez deniega el recurso de la defensa peruana referente a los intereses compuestos, con lo que se perdía la posibilidad de que la sentencia se pudiera reducir en alrededor de US\$16 millones.

C. EMBARGOS

1. Asimismo, el 2 de noviembre de 1999, a solicitud de Elliott, la Corte Distrital dictó una orden de embargo preventivo contra la propiedad del Perú y el Banco de la Nación ubicada en Nueva York para fines comerciales, así como una orden de restricción que impedía la salida de cualquier activo de propiedad del Perú y del Banco de la Nación, así como la transferencia de fondos. (Ver Anexo 4 - copia de la orden de embargo y restricción y su traducción oficial).
2. Dado que a esa fecha, el Banco de la Nación no mantenía bienes comerciales en Nueva York, la orden de embargo y restricción no afectó sus activos, pero se tuvo que salir de esa plaza financiera, teniendo que recibir desembolsos de los préstamos externos en otras jurisdicciones tales como Miami y los pagos de deuda externa se efectuaron a través de cuentas de COFIDE.

D. REUNION CON ELLIOTT ASSOCIATTES LLP

1. En este estado del proceso, representantes de Elliott tomaron contacto con representantes del Gobierno Peruano solicitando una reunión sobre un posible acuerdo, a tal efecto se promulgaron las Resoluciones Supremas N° 062-2000-EF y N° 058-2000-EF.
2. Teniendo en consideración que se había revocado la decisión de primera instancia pero aún no se había emitido una resolución judicial que determine el monto a pagar y estando todavía por resolverse el tema de los intereses compuestos ante la corte que, se calculaba representaba alrededor de US\$ 16 millones, la posición peruana, definida por el Ministro



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

de Economía y Finanzas con anterioridad a la reunión, consistía en llegar a un acuerdo en términos similares al Plan Brady.

3. La reunión se llevó a cabo el 29 de marzo de 2000, participando por el lado peruano, además de las personas mencionadas de las Resoluciones Supremas citadas en el numeral 1, el señor Cymrot abogado del caso. Por el lado de Elliott participaron los señores Paul Singer, Jay Newman, el Embajador Watson y su abogado, el señor Otto Obermeir.
4. Durante esta reunión Elliott fijó su reclamo en US\$ 62 millones (US\$ 56 millones por la deuda y US\$6 millones por gastos legales), indicando que a fin de alcanzar un acuerdo estaban dispuestos a otorgar un descuento de 10% sobre el monto total reclamado y recibir un pago de US\$ 56 millones. Esta propuesta no se concretó debido a que, como se ha señalado en el numeral 2 anterior, aún no se había dictado la resolución que determine el monto a pagar y estaba pendiente de resolución el tema de los intereses compuestos.

E. DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA DEUDA EN CONTROVERSIA

1. El 30 de mayo de 2000, la Corte Distrital rechazó los argumentos de la defensa peruana y aceptó la petición de Elliott para dictar sentencia, otorgándole además intereses compuestos. (Ver Anexo 5 – copia de la resolución judicial y su traducción oficial).
2. El 22 de junio de 2000, la Corte Distrital dictó la resolución que fijó el monto que la República del Perú debía pagar en US\$ 55 660 831,56, quedando aún pendiente la resolución referente al monto de los gastos legales de Elliott. La referida resolución dispuso además que Elliott podía ejecutar la sentencia contra bienes del Perú y del Banco de la Nación ubicados en los Estados Unidos de América destinados a uso comercial. Es importante remarcar que el citado monto devengaba intereses diarios de US\$ 17 599,12. (Ver Anexo 6 – copia de la resolución y su traducción oficial).
3. El Perú interpuso mociones contra la citada resolución a fin de desestimar la demanda y que no se consideren los intereses compuestos.

**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS****F. SITUACION A SETIEMBRE 2000**

1. A partir de esa fecha, Elliott comenzó a inscribir esta resolución en diversos Estados de Estados Unidos de América, tales como Washington, Maryland y Miami a efectos de trabar embargos sobre la propiedad del Perú y el Banco de la Nación. Más aún, Elliott inició acciones judiciales en diferentes países de Europa para ejecutar la resolución emitida por la Corte Distrital que ordenaba el embargo preventivo.
2. Dado que se recibían notificaciones de embargos de diferentes países, se tuvo que suspender la recepción de desembolsos para evitar riesgos de embargo; diseñándose un mecanismo de recepción de desembolsos y de pagos con los organismos internacionales, en especial con el Banco Mundial y BID.
3. Dado que Elliott no obtuvo el objetivo que buscaba con los embargos, solicitó y obtuvo otra resolución de la Corte Distrital ordenando el embargo de los montos depositados en el Chase Manhattan Bank de Nueva York, destinados al pago semestral de intereses a los tenedores de Bonos Brady, agravándose la situación financiera del país en el exterior.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

INFORME FINAL ACUERDO CON ELLIOTT ASSOCIATES LLP

CONTEXTO

Hacia setiembre del año 2000, la situación del Perú a consecuencia del proceso judicial iniciado por Elliott Associates LLP (Elliott) era complicada, tanto el Perú como el Banco de la Nación tenían ordenes de embargo contra sus activos comerciales en Nueva York. Asimismo, de acuerdo a la resolución de la corte, Elliott podía ejecutar la sentencia en cualquier lugar de los Estados Unidos de América. Esto originó dificultades de tipo operativo y se diseñaron nuevos procedimientos para recibir desembolsos de préstamos del exterior y pagar obligaciones externas, mediante los cuales se recibían los desembolsos y efectuaban los pagos al exterior a través de plazas financieras fuera de Nueva York.

En este contexto, Elliott inició procedimientos judiciales en distintas jurisdicciones, tales como Alemania, Holanda, Bélgica, Inglaterra, Luxemburgo y Canadá con el objetivo de embargar activos del Banco de la Nación o del Perú, lo que causo aún más dificultades para operar en el extranjero.

Adicionalmente, al problema en la operatividad para los desembolsos y los pagos que regularmente el Perú efectúa, la situación devenía en delicada porque en setiembre el Perú debía efectuar el pago de intereses de sus bonos Brady transfiriendo los fondos necesarios al Chase Manhattan Bank para que esta institución realice el pago a través de tres "clearing houses". El incumplimiento de esta obligación podría acarrear que se requiera al Perú el pago de US\$ 3,837 millones de Bonos Brady si no cumplía con regularizar el pago en un plazo de 30 días. Elliott obtuvo ordenes judiciales a fin de embargar los fondos destinados al pago de los Bonos Brady.

Ante esta situación el Ministerio de Economía y Finanzas diseñó mecanismos alternativos a fin de efectuar el pago de los Bonos Brady antes de que concluya el período de gracia de treinta días, en forma paralela, consideró conveniente iniciar conversaciones con Elliott a fin de llegar a un acuerdo.

Cabe indicar que durante el proceso judicial la defensa peruana ha estado a cargo del Estudio de Abogados Baker & Hostetler, siendo el abogado principal el señor Mark Cymrot. Durante el mes de setiembre, en atención a la urgencia

**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**

de la situación, se vio por necesario contar con asesoría legal adicional. En cuanto al tema de diseñar e implementar mecanismos para efectuar el pago de los intereses de los bonos Brady, se contó además del señor Cymrot con el señor Roger Thomas de Cleary, Gottlieb Steen & Hamilton, estudio de abogados que asesoró al Perú durante la negociación del Plan Brady. Asimismo, en cuanto al tema de un posible acuerdo con Elliott, se contó con la asesoría del señor embajador Philip Kaplan del estudio de abogados Patton Boggs, abogado que asesora al Ministerio de Relaciones Exteriores.

MECANISMOS PARA EL PAGO DE LOS BONOS BRADY

1. Hacia setiembre de este año Elliott inició procedimientos judiciales en Alemania, Holanda, Bélgica, Inglaterra, Luxemburgo y Canadá con el objetivo de embargar activos del Banco de la Nación o de la República.
2. En setiembre el Perú debía pagar los intereses semestrales de los bonos Brady por un monto de alrededor de US\$ 80 millones. De acuerdo a los términos de los contratos del Plan Brady estos fondos se transferían al Agente Fiscal, Chase Manhattan Bank, institución que efectúa el pago a través de tres "clearing houses": Depositary Trust Company en Nueva York, Euroclear en Bruselas y Clearstream en Luxemburgo. Elliott obtuvo una orden restrictiva contra Chase, contra Morgan Guaranty Trust Company of New York como operador del Euroclear, contra el Depositary Trust Company y el Bank of New York a fin de embargar los fondos destinados a dicho pago. Asimismo, Elliott inició procedimientos en Inglaterra, Bélgica y Luxemburgo para impedir los pagos a través de los "clearing houses".
3. El Perú no transfirió los fondos a Chase en la fecha prevista y por ello Elliott no logró su objetivo de embargar dichos fondos. No obstante lo difícil de la situación debido a las distintas ordenes judiciales obtenidas por Elliott, durante el mes de setiembre se analizaron y trataron de implementar distintos procedimientos para efectuar el pago de los intereses de los bonos Brady sin que dichos fondos se vean afectados por las ordenes judiciales obtenidas por Elliott. A tal efecto, se contó además de la asesoría del señor Cymrot, con la del señor Roger Thomas del Estudio Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton. El objetivo era lograr efectuar el pago antes del 6 de octubre, fecha límite del período de gracia para regularizar el pago de los intereses.
4. Debido a las ordenes judiciales tanto el Agente Fiscal (Chase), otros bancos contactados y las "clearing houses" estaban renuentes a colaborar.



00689

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Ante tantas dificultades el Ministerio de Economía y Finanzas trató de implementar diferentes formas de efectuar el pago de los intereses de los Bonos Brady, tales como a través de la constitución de un fideicomiso y a través de un banco con la protección legal necesaria para no verse afectado por una orden de embargo. A tal efecto se promulgó la Resolución Ministerial N° 140-2000-EF/75 autorizando al Director General de Crédito Público a suscribir, en representación del Ministerio de Economía y Finanzas, cualquier documentación que se requiera para la implementación de la operación de pago de los intereses semestrales de los Bonos Brady.

5. Luego de coordinaciones y cuando se estaba por implementar el esquema que permitiría pagar a tiempo a la mayoría de bonistas a través de las clearing houses europeas, Elliott obtuvo la orden contra Euroclear a que se ha hecho referencia en el segundo numeral.
6. Ante esta situación, sólo quedaba implementar el procedimiento de pago, en forma parcial, a través de Clearstream. Es decir, que esto sólo posibilitaría el pago para los bonos con cuentas en Clearstream, manteniéndose abierta la posibilidad que otros bonistas transfieran sus cuentas a Clearstream. Sin embargo, para implementar esta opción, el Perú debería otorgarle una indemnización a Clearstream.
7. Asimismo, se analizó la posibilidad de presentar una "fianza" ante la corte, respaldada en una carta de crédito que se tendría que emitir por un monto de alrededor de US\$ 63 millones (el monto de la sentencia, con intereses correspondientes a aproximadamente año y medio, sin incluir gastos legales), a fin de que la corte permita el pago de los bonos Brady y levante las ordenes de embargo emitidas. A tal efecto, se promulgó la Resolución Ministerial N° 142-2000-EF/11 autorizando a la Dirección General de Tesoro Público para que constituya un depósito en el Banco de la Nación. Esta opción no se concretó debido a que se consideró que hubiera eliminado la posibilidad de negociar con Elliott algún descuento sobre su reclamo y no hubiera evitado que el monto a pagar continuara incrementándose.

ACUERDO CON ELLIOTT

1. En este contexto, el Ministro de Economía y Finanzas dispuso que el Jefe de Gabinete de Asesores y la Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio viajen a Estados Unidos de América a fin de sostener reuniones con Elliott y evaluar en coordinación con los abogados Thomas del Estudio Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton y Cymrot del Estudio Baker & Hostetler,



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

mecanismos alternativos para efectuar el pago de los intereses de los Bonos Brady. A tal fin se promulgaron las Resoluciones Supremas N° 272-2000-EF y N° 273-2000-EF.

2. Se tomó conocimiento de los distintos contactos que representantes de Elliott habían efectuado a fin de reunirse con representantes del Perú. Asimismo, se conoció que el Embajador Philip Kaplan del Estudio Patton Boggs, asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores, había recibido distintas llamadas del señor Lewis Libby, abogado de Elliott, lo que hizo posible concretar una reunión entre las partes.
3. El 18 de setiembre se realizó en Nueva York la reunión entre los funcionarios mencionados en el numeral 1 y el Embajador Kaplan por el lado peruano, y Paul Singer, Jay Newman, Lewis Libby, Embajador Alexander Watson, como representantes de Elliott. En la citada reunión los representantes de Elliott indicaron que su reclamo total ascendía a alrededor de US\$ 66 millones y que llegarían a un acuerdo con el Perú si se les pagaba la suma de US\$ 64.1 millones por todo concepto.
4. El 21 y 22 de setiembre Elliott obtuvo ordenes restrictivas destinadas a detener el pago de intereses de los bonos Brady. Asimismo, el juez denegó las solicitudes de reconsideración del Perú respecto a la defensa de champerty y el interés compuesto. Al denegarse el recurso referente a los intereses compuestos se perdía la posibilidad que la sentencia se pudiera reducir en US\$ 16 millones.
5. Hacia el 25 de setiembre se logró que Morgan Guaranty Trust y Chase Manhattan Bank accedieran a apoyar al Perú en su esfuerzo por obtener que la corte de Nueva York permita que el Perú efectúe el pago de los intereses de los bonos Brady en la forma prevista en los contratos correspondientes. La audiencia se realizaría el viernes 29 de setiembre. Luego de conocido este hecho, Elliott manifestó nuevamente su disposición a llegar a un acuerdo sobre el litigio pendiente.
6. De otro lado cabe indicar que el procedimiento judicial se podía extender apelando a la Corte Suprema, según lo indicado por el señor Cymrot anteriormente, la posibilidad de que el caso fuese aceptado y que además se revirtiese el fallo era muy difícil, debido a que el caso no contenía materia constitucional. En todo caso, de haberse optado por proseguir el procedimiento judicial, los intereses hubieran continuado incrementándose en alrededor de US\$ 18,000 diarios.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

7. En este contexto, el 28 de setiembre se promulgó el Decreto de Urgencia N° 083-2000 en virtud del cual se autorizaba al Ministro de Economía y Finanzas o a quien él designe a negociar y adoptar las medidas que se requieran destinadas a evitar o dejar sin efecto la acción judicial iniciada por Elliott. Asimismo, se promulgó la Resolución Ministerial N° 143-2000-EF designando al Jefe del Gabinete de Asesores del Despacho Ministerial para que efectúe la negociación y adopte cualquier otra medida que se requiera para dejar sin efecto la acción judicial iniciada por Elliott. Asimismo, de conformidad a lo dispuesto por el citado dispositivo legal se formalizó la contratación del embajador Kaplan, cuyos honorarios ascendieron a US\$ 30,000. (Ver Anexo N° 7 - Informe del Embajador Kaplan en inglés y su traducción oficial al castellano)
8. Durante el día 28 se sostuvieron varias conversaciones entre el Embajador Kaplan, el Jefe del Gabinete de Asesores y los representantes de Elliott durante las cuales Elliott indicó que el total de su reclamo ascendería a alrededor de US\$ 66 millones, incluyendo gastos legales. Finalmente, Elliott indicó que aceptaría un acuerdo por un monto de US\$ 58.45 millones, por todo concepto. Lo que constituye un beneficio dado que el monto determinado por la sentencia actualizado al 30 de setiembre ascendía a US\$ 57 466 592,85, sin incluir aún gastos legales, los que ascendían a alrededor de US\$ 9 millones.
9. En el marco de lo dispuesto por la Ley N° 27211, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2000, el 29 de setiembre se promulgó el Decreto Supremo N° 106-2000-EF que aprobó el acuerdo con Elliott. Mediante Resolución Ministerial N° 144-2000-EF se designó al Director General de Crédito Público a suscribir, en representación de la República del Perú, el acuerdo con Elliott.
10. Asimismo, se promulgó el Decreto de Urgencia N° 084-2000, en virtud del cual se autorizó una operación de endeudamiento interno entre el Ministerio de Economía y Finanzas y el Banco de la Nación hasta por el US\$ 58.45 millones.
11. En el Anexo N° 8 se adjunta copia del Decreto de Urgencia N° 083-2000, el Decreto Supremo N° 106-2000-EF y el Decreto de Urgencia N° 084-2000, así como del acuerdo suscrito con Elliott y su traducción oficial.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

BENEFICIOS

1. El acuerdo con Elliott permitió que el Perú cumpla, dentro del período de gracia de 30 días, que vencía el 6 de octubre, con la obligación de pagar los intereses de los Bonos Brady, lográndose evitar que se requiera al Perú el pago de US\$ 3,837 millones de Bonos Brady, monto que el país no hubiera podido pagar, lo que hubiera generado consecuencias negativas económicas y financieras, además del desprestigio del país.
2. Adicionalmente a lo anteriormente indicado, con el acuerdo definitivo con Elliott se evitó que el monto a pagar a la citada entidad y los consiguientes gastos legales se continúen incrementado con el paso del tiempo, al respecto es importante tener en cuenta lo siguiente:
 - El monto de la sentencia fijado por la corte fue de US\$ 55 660 831,56, actualizado al 30 de setiembre representaba US\$ 57 466 592,85.
 - De no haberse llegado a un acuerdo el monto a pagar se hubiera incrementado diariamente en alrededor de US\$ 18,000 diariamente.
 - De otro lado, los gastos legales de Elliott, que a la fecha ascendían a US\$ 9 millones, se hubieran continuado incrementando. Asimismo, se debe considerar que los gastos legales del Perú, de octubre de 1997 a agosto de 2000, ascendían ya a alrededor de US\$ 1.95 millones.
 - El reclamo total de Elliott ascendía a US\$ 66 millones, en la reunión efectuada en setiembre indicaron que llegarían a un acuerdo contra un pago de US\$ 64.1 millones. Con el acuerdo aprobado por el Decreto Supremo 106-2000-EF Elliott acepto retirar las acciones judiciales contra el pago de un monto de US\$ 58.45 millones.
3. El acuerdo con Elliott y el haber cumplido con el pago de los intereses de los Bonos Brady en fecha oportuna, la calificación de riesgo del Perú fue mejorada por las agencias calificadoras de riesgo, tal como consta del comunicado emitido por Moody's el 5 de octubre de 2000 sobre el incremento de la calificación de riesgo de los Bonos Brady peruanos. En el referido comunicado se indican que la calificación efectuada refleja el acuerdo final de una disputa legal que impidió realizar el pago de intereses de los Bonos Brady. (Ver Anexo N° 9 - Copia del comunicado emitido por Moody's en ingles y su traducción al castellano).



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

4. Finalmente es importante considerar que luego del acuerdo con Elliott tanto el Perú como el Banco de la Nación, así como otras instituciones públicas que a fin de evitar posibles riesgos de embargo restringieron sus actividades en el exterior, pueden nuevamente operar internacionalmente. Cabe indicar que a consecuencia de las resoluciones de embargo el Banco de la Nación había restringido, en gran medida, sus operaciones al mercado local. Con el acuerdo se evita que tanto el Perú como el Banco de la Nación, incurran en gastos al implementar una operatividad distinta a la usual al efectuar pagos al exterior o al recibir desembolsos provenientes de operaciones de créditos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. En conclusión cabe resaltar una vez más que el acuerdo con Elliott permitió que el Perú cumpla con realizar el pago de intereses de los Bonos Brady antes del vencimiento del plazo de gracia, evitando así caer en una causal en virtud de la cual se hubiera podido exigir el pago de US\$ 3,837 millones de Bonos Brady, monto que el país no hubiera podido pagar.
2. Con el acuerdo se puso punto final a una larga disputa judicial; liberando al país de una deuda que se incrementaba cada día en alrededor de US\$ 18,000
3. El Ministerio de Economía y Finanzas esta adoptando las medidas necesarias a fin de evitar situaciones similares a las descritas en el presente informe.
4. De otro lado, el Ministerio de Economía y Finanzas, habiendo tomado conocimiento de una asesoría a Elliott Associates LLP prestada por un ex-asesor legal de este Ministerio, tomará, de ser el caso, las acciones legales y administrativas que permitan su sanción.