

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

En el Procedimiento de Arbitraje entre

DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS NO. 1, LTD.

Demandante

y

REPÚBLICA DEL PERÚ

Demandada

Caso CIADI No. ARB/03/28

LAUDO

Miembros del Tribunal:

Sr. L.Yves Fortier, C.C., Q.C

Dr. Guido Santiago Tawil

Dr. Pedro Nikken

Asistente del Tribunal: Sr. Martin J. Valasek

Secretaria del Tribunal: Sra. Natalí Sequeira

En representación de la Demandante:

Sr. C. Mark Baker, Sr. Kevin O'Gorman,
Sr. Jonathan Sutcliffe, Sr. Aníbal Sabater
y Sra. Sandra March
Fulbright & Jaworski L.L.P.

Sr. Arif H. Ali, Sr. Baiju S. Vasani
and Sra. Kassi D. Tallent
Crowell & Moring L.L.P.

Dr. José Daniel Amado V.,
Dr. Luis G. Miranda Alzamora,
Dr. Italo Carrano and Dr. Bruno Amiel
Miranda & Amado, Abogados

En representación de la Demandada:

Juez Stephen M. Schwebel
1501 K Street, NW
Washington, D.C. 20005

Sr. Daniel M. Price (hasta el 6 de julio de 2007)
Sr. Stanimir A. Alexandrov, Sr. Nicolás Lloreda
y Sr. Patricio Grané
Sidley Austin L.L.P.

Dr. Jorge Santistevan
Santistevan de Noriega & Asociados

Fecha: 18 de agosto de 2008

ÍNDICE

I.	Historia procesal.....	2
A.	Registro de la solicitud de arbitraje.....	2
B.	Constitución del Tribunal Arbitral e inicio del procedimiento	2
C.	Etapa jurisdiccional del procedimiento.....	5
D.	Etapa de fondo del procedimiento.....	8
II.	Antecedentes de hecho	15
A.	El esquema de protección de inversiones del Perú	15
B.	La privatización de Egenor	17
C.	La protección de inversiones otorgada por el Perú	21
1.	La protección de inversiones otorgada a Dominion	21
2.	La protección de inversiones otorgada a Duke Energy	23
D.	Prácticas tributarias y declaración de impuestos de Egenor	25
1.	Antecedentes legislativos y normativos.....	25
2.	Hechos relevantes durante la privatización de Egenor	27
3.	Hechos relevantes durante la administración de Egenor por parte de Dominion	29
4.	Hechos relevantes durante la adquisición de Egenor por parte de Duke	32
5.	Hechos relevantes de la administración de Egenor por parte de Duke.....	33
E.	La acotación y la amnistía fiscales.....	36
III.	Resumen del laudo	38
IV.	Cuestiones preliminares.....	39
A.	Ley aplicable	39
1.	Posición de la Demandante.....	40
2.	Posición de la Demandada.....	41
3.	Análisis del Tribunal.....	42
B.	Efectos de la amnistía.....	43
1.	Argumentos de las partes	44
a)	Alcance de la renuncia.....	44
b)	Efectos sobre DEI Bermuda	45
c)	Reserva de derechos	46
d)	Atenuación de daños.....	46
2.	Análisis del Tribunal.....	48
C.	Alcance de la protección estipulada en el CEJ con DEI Bermuda.....	49
1.	Estabilización tributaria	51
a)	Disposiciones relevantes del CEJ con DEI Bermuda.....	51
b)	Posiciones de las partes	52
i)	Posición de la Demandante	52
ii)	Posición de la Demandada	57
c)	El análisis del Tribunal.....	57
i)	Interpretación del Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión. 57	

ii)	El significado de la estabilización tributaria conforme a los CEJs	60
2.	Buena fe y doctrina de los actos propios	65
a)	Introducción	65
b)	Las posiciones de las partes	66
i)	Posición de la Demandante	66
ii)	Posición de la Demandada	67
c)	El análisis del Tribunal	68
3.	Otras garantías	72
a)	No discriminación	72
b)	Libre remesa de capital	75
i)	Disposiciones relevantes del CEJ con DEI Bermuda	75
ii)	Posición de la Demandante	76
iii)	Posición de la Demandada	77
iv)	El análisis del Tribunal	77
c)	Garantías independientes según el Derecho Internacional	77
i)	Posición de la Demandante	77
ii)	Posición de la Demandada	79
iii)	El análisis del Tribunal	80
V.	Responsabilidad	81
A.	La acotación de la depreciación	81
1.	Antecedentes	81
2.	¿Violación de la garantía de estabilización tributaria?	82
a)	Posición de la Demandante	82
i)	La regla de continuidad	83
ii)	Aporte de capital v. reorganización de sociedades	83
b)	Posición de la Demandada	85
c)	El análisis del Tribunal	87
3.	¿Violación de la buena fe (doctrina de los actos propios)?	90
a)	La posición de la Demandante	90
b)	La posición de la Demandada	92
c)	El análisis del Tribunal	93
B.	La acotación por revaluación de activos	95
1.	Antecedentes	95
2.	¿Incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria?	97
a)	La posición de la Demandante	97
i)	Norma VIII	97
ii)	La LFR	98
iii)	Los motivos de la fusión	99
b)	La posición de la Demandada	100
i)	La Norma VIII	100
ii)	La LFR	101
iii)	Los motivos de la fusión	101
c)	El análisis del Tribunal	102
i)	La Norma VIII	102
ii)	La LFR	103

3.	¿Violación a la buena fe (doctrina de los actos propios)?	109
a)	La posición de la Demandante	109
b)	La posición de la Demandada.....	111
c)	El análisis del Tribunal.....	114
i)	La información sobre la fusión y sus implicancias tributarias.....	115
ii)	La fusión y Electroperú.....	116
iii)	La fusión y diversos organismos estatales	124
iv)	La defensa basada en la autoridad de la SUNAT en materia tributaria	132
4.	¿Violación a la garantía de no discriminación?	135
a)	La posición de la Demandante	135
b)	La posición de la Demandada.....	137
c)	Análisis del Tribunal	139
VI.	Daños y perjuicios	139
A.	Estándar aplicable en materia de daños y perjuicios.....	139
B.	El quantum de la indemnización	142
1.	El análisis de Navigant (por la Demandante)	142
2.	Análisis de Macroconsult (por la Demandada).....	145
3.	Análisis del Tribunal.....	147
VII.	Costas	151
A.	Presentaciones de las partes	151
B.	Análisis.....	153
VIII.	Decisión.....	156

I. HISTORIA PROCESAL

A. REGISTRO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

1. El 7 de octubre de 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) recibió una solicitud de arbitraje (“**Solicitud**”) presentada por Duke Energy International Peru Investments N° 1, Ltd. (“**DEI Bermuda**” o la “**Demandante**”), una sociedad constituida de acuerdo con las leyes de Bermudas. DEI Bermuda es una sociedad propiedad de Duke Energy International Latin America Ltd., otra empresa de Bermudas e, indirectamente, de Duke Energy International LLC (“**Duke Energy**”).
2. La Solicitud se presentó respecto de una controversia con la República del Perú (“**Perú**” o la “**Demandada**”) concerniente a un convenio de estabilidad jurídica celebrado entre el Perú y DEI Bermuda (el “**CEJ con DEI Bermuda**”). De acuerdo con DEI Bermuda, Perú ha impuesto acotaciones fiscales en violación de ciertas garantías otorgadas en el CEJ con DEI Bermuda. En la Solicitud se invoca la cláusula de arbitraje contenida en el CEJ con DEI Bermuda.
3. De conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (“**Reglas de Iniciación**”), el Centro acusó recibo de la Solicitud el 9 de octubre de 2003 y, el mismo día, envió una copia al Perú y a la Embajada del Perú en la ciudad de Washington D.C.
4. La Solicitud fue registrada por el Centro el 24 de octubre de 2003, de acuerdo con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y, el mismo día, el Secretario General, de conformidad con la Regla 7 de las Reglas de Iniciación, notificó a las partes el registro y las invitó a constituir cuanto antes un tribunal arbitral.

B. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL E INICIO DEL PROCEDIMIENTO

5. El 23 de enero de 2004, las partes acordaron que el Tribunal Arbitral en este caso estaría constituido por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y un tercero, que actuaría

como Presidente del Tribunal, a ser nombrado por acuerdo de las partes. En caso de que las partes no designaran a un árbitro o no alcanzaran un acuerdo acerca del Presidente del Tribunal, el Presidente del Consejo Administrativo del Centro nombraría a los árbitros que aún no se hubieran nombrado.

6. La Demandante, mediante carta de fecha 23 de enero de 2004, nombró al Dr. Héctor A. Mairal, nacional de la Argentina, como su árbitro. Tras la decisión del Dr. Mairal de excusarse —decisión que fue comunicada al Centro mediante carta de fecha 9 de marzo de 2004 y que el Centro comunicó luego a las partes mediante carta de fecha 11 de marzo de 2004—, la Demandante, mediante carta de fecha 19 de marzo de 2004, nombró al Dr. Guido S. Tawil, nacional de la Argentina, como su árbitro. La Demandada, mediante carta de fecha 20 de febrero de 2004, nombró al Dr. Pedro Nikken, nacional de Venezuela, como su árbitro. Por acuerdo comunicado al Centro mediante carta de fecha 12 de mayo de 2004, las partes nombraron al Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., nacional de Canadá, como Presidente del Tribunal.
7. Habiendo aceptado los tres árbitros su nombramiento, el Centro, mediante carta de fecha 3 de junio de 2004, informó a las partes la constitución del Tribunal integrado por el Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., el Dr. Pedro Nikken y el Dr. Guido S. Tawil, y que se consideraba iniciado el procedimiento ese día de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. En la misma carta, el Centro informó a las partes que la Sra. Gabriela Álvarez Ávila, consejero jurídico superior del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal. El Centro informó al Tribunal y a las partes, mediante una carta con fecha 27 de agosto de 2007, que la Sra. Álvarez Ávila estaría de licencia a partir de esa fecha y que sería reemplazada durante su ausencia por la Sra. Natalí Sequeira.
8. Después de consultar con las partes y el Centro, el Tribunal fijó una primera sesión para el día 28 de julio de 2004. Mediante carta de la Demandante (con anexo) del 26 de julio de 2004 y carta de la Demandada de la misma fecha, las partes comunicaron al Tribunal su conformidad respecto de las cuestiones procesales identificadas en la agenda provisional de la primera sesión enviada por la Secretaria del Tribunal.

9. En su carta del 26 de julio de 2004, la Demandada informó al Tribunal que se proponía plantear objeciones a la competencia del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos, que las partes no habían podido ponerse de acuerdo acerca del procedimiento de la etapa jurisdiccional y que la Demandante no prestaba su conformidad a una etapa independiente para tratar las cuestiones de competencia y admisibilidad. En la misma carta, la Demandada invocó la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, conforme a la cual el procedimiento sobre el fondo de la cuestión es suspendido en cuanto se oponga formalmente una excepción en el sentido de que la controversia no cae dentro de la competencia del Tribunal, y propuso un calendario para la presentación de escritos y la celebración de una audiencia sobre las cuestiones de competencia del Tribunal y de admisibilidad de los reclamos.

10. La primera sesión del Tribunal se celebró, según lo previsto, el 28 de julio de 2004 en la sede del Centro en la ciudad de Washington D.C. Las partes reiteraron su acuerdo respecto de las cuestiones comunicadas al Tribunal en sus respectivas cartas del 26 de julio de 2004. Tomando en consideración la carta de la Demandada del 26 de julio de 2004, en la que ella indicaba su intención de plantear objeciones a la competencia del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos, el Presidente invitó a las partes a exponer brevemente sus puntos de vista acerca de estas cuestiones y sobre una posible bifurcación del procedimiento. Después de considerar los puntos de vista de las partes, las reglas pertinentes y haber deliberado, el Tribunal decidió suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión de conformidad con lo dispuesto en la Regla 41.3 de las Reglas de Arbitraje y bifurcar el procedimiento. Se decidió que cada una de las partes presentaría sus observaciones respecto de las objeciones a la competencia y a la admisibilidad de los reclamos y que el Tribunal decidiría en una etapa posterior si trataría estas objeciones como cuestiones preliminares o conjuntamente con el fondo de la controversia. Se trataron y acordaron, asimismo, las demás cuestiones procesales contenidas en la agenda de la sesión, incluidos los plazos para las presentaciones sobre competencia. Todas las conclusiones se hicieron constar en el acta resumida de la sesión, la que fue firmada por el Presidente y la Secretaria del Tribunal y entregada a las partes y a todos los miembros del Tribunal.

C. ETAPA JURISDICCIONAL DEL PROCEDIMIENTO

11. De conformidad con el calendario acordado, la Demandada presentó su Memorial sobre Competencia y Admisibilidad el 4 de octubre de 2004, la Demandante presentó su Memorial de Contestación sobre Competencia y Admisibilidad el 6 de diciembre de 2004 y la Demandada presentó su Réplica sobre Competencia y Admisibilidad el 24 de enero de 2005.
12. El 3 de febrero de 2005, la Demandante solicitó al Tribunal que le otorgara una prórroga hasta el 11 de marzo de 2005 para presentar su Dúplica sobre Competencia y Admisibilidad. La Demandante citó como fundamento de esta solicitud el hecho de que la prórroga brindaría al Demandante aproximadamente el mismo plazo para presentar su Dúplica que el que tuvo la Demandada para presentar su Réplica. La Demandada, en una carta del 4 de febrero de 2005, objetó la solicitud de la Demandante y afirmó que la prórroga le impondría una carga indebida y perjudicaría su preparación para la conferencia telefónica preliminar (que se había fijado para el 14 de marzo de 2005) y para la audiencia propiamente dicha.
13. Tras recibir una carta adicional de la Demandante del 5 de febrero de 2005 y otra de la Demandada del 7 de febrero de 2005, el Tribunal comunicó a las partes - mediante carta enviada por su Secretaria el 7 de febrero de 2005- su decisión de otorgar al Demandante una prórroga hasta el 9 de marzo de 2005 para presentar su Dúplica sobre Competencia y Admisibilidad. Por medio de esa misma carta, el Tribunal indicó que se mantenía la fecha de la conferencia telefónica preliminar (es decir, el 14 de marzo de 2005).
14. De conformidad con la decisión del Tribunal, la Demandante presentó su Dúplica sobre Competencia y Admisibilidad el 9 de marzo de 2005.
15. Tras la conferencia telefónica preliminar con las partes celebrada el 14 de marzo de 2005, en la que las partes habían indicado que no pretendían convocar a ningún testigo a la audiencia, el Tribunal, mediante carta de su Secretaria del 15 de marzo de 2005, solicitó a cada una de las partes que convocara a un testigo de su elección para que se refiriera a los antecedentes de las negociaciones entre el Perú y Duke Energy en relación con las cuestiones relativas a la competencia. Mediante carta del 17 de marzo de 2005, la

Demandada designó como su testigo al Sr. Carlos Herrera. Mediante carta de idéntica fecha, la Demandante nombró como su testigo al Dr. José Daniel Amado. Durante la conferencia telefónica preliminar, las partes confirmaron su acuerdo respecto del nombramiento de Sr. Martin J. Valasek, colaborador del Presidente, como Asistente del Tribunal.

16. De acuerdo con el calendario convenido el 28 de julio de 2004, la audiencia sobre competencia se celebró en la sede del Centro en la ciudad de Washington los días 29 y 30 de marzo de 2005. Las partes estuvieron representadas en la audiencia por sus respectivos abogados, quienes hicieron presentaciones ante el Tribunal e interrogaron a los testigos. Los miembros del Tribunal también interrogaron a los testigos. Se encontraban presentes en la audiencia las siguientes personas:

Miembros del Tribunal: Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., Presidente; Dr. Guido S. Tawil y Dr. Pedro Nikken.

Secretaria del Tribunal: Sra. Gabriela Álvarez Ávila, Secretaría del CIADI.

Asistente del Tribunal: Sr. Martin J. Valasek, Ogilvy Renault LLP.

Asistiendo en representación de la Demandante:

Sres. C. Mark Baker, Arif H. Ali y Baiju S. Vasani, de Fulbright & Jaworski LLP; Sr. Dean M. Moesser y Sra. Dora Avendaño, de Duke Energy y Dr. Luis G. Miranda y Dr. Italo Carrano, de Miranda & Amado Abogados.

Asistiendo en representación de la Demandada:

Su Excelencia Eduardo Ferrero, Embajador del Perú, Embajada del Perú en la Ciudad de Washington, D.C.; Dra. Cecilia Blume, Jefa de Gabinete, Ministerio de Economía y Finanzas; Dr. Aurelio Loret de Mola, Asesor, Ministerio de Economía y Finanzas; Sres. Alejandro Riveros, Ítalo Acha y Renzo Villa, Embajada del Perú en Washington D.C.; Dr. Jorge Santistevan, de Santistevan de Noriega & Gutiérrez, abogado de la Demandada; y los Sres. Daniel M. Price, Stanimir A. Alexandrov, Alan Charles Raul, Nicolás Lloreda, Patricio Grané y Cassidy Pinegar, de Sidley Austin Brown & Wood LLP.

17. Al comienzo de la audiencia, el Tribunal consideró las cartas de la Demandante del 25 y 28 de marzo de 2005 y las cartas de la Demandada del 28 de marzo de 2005 en respuesta a aquéllas. El Tribunal decidió admitir los documentos adicionales adjuntos a las cartas de las partes por considerarles de utilidad para su examen de las cuestiones jurisdiccionales, pero decidió excluir el contenido de la carta de fecha 28 de marzo de 2005 de la Demandante por tratarse de un escrito que no había sido solicitado y entender que se trataba de una presentación irregular.
18. Tras la audiencia, los miembros del Tribunal deliberaron a través de varios mecanismos de comunicación, incluida una reunión al efecto celebrada en la ciudad de Washington, D.C., el 30 de marzo de 2005.
19. La Decisión del Tribunal sobre Competencia, del 1 de febrero de 2006, se comunicó a las partes el 2 de febrero de 2006. En la Decisión sobre Competencia, el Tribunal decidió que:
 1. La diferencia presentada por DEI Bermuda cae dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.
 2. Las objeciones del Demandado sobre la admisibilidad de la diferencia basadas en la irreversibilidad de la decisión del Tribunal Fiscal del Perú son rechazadas. Las demás objeciones del Demandado respecto de la admisibilidad de la diferencia serán tratadas conjuntamente con las cuestiones de fondo.
 3. Se reserva la decisión acerca de las costas de la etapa jurisdiccional del arbitraje.
20. Durante la etapa jurisdiccional, y según se encuentra reseñado con mayor detalle en los párrafos 15–18 de la Decisión sobre Competencia, la Demandada presentó ante el Tribunal una Solicitud de Medidas Provisorias que luego se retiró. El Tribunal determinó que la solicitud presentada por la Demandada para obtener instrucciones bajo la Regla 34(2) de las Reglas de Arbitraje, también realizada durante la etapa jurisdiccional, había

devenido abstracta, según se indica con mayor detalle en el párrafo 19 de la Decisión sobre Competencia.

D. ETAPA DE FONDO DEL PROCEDIMIENTO

21. El 2 de marzo de 2006, las partes presentaron, de común acuerdo, un calendario procesal para la etapa de fondo del procedimiento, según el cual el Memorial de la Demandante debía presentarse el día 16 de junio de 2006, el Memorial de Contestación de la Demandada debía presentarse el 29 de septiembre de 2006, la Réplica debía presentarse el 22 de diciembre de 2006 y la Dúplica el 30 de marzo de 2007. El 15 de junio de 2006, las partes informaron al Centro que habían acordado una extensión del plazo para la presentación del Memorial de la Demandante hasta el 19 de junio de 2006. Asimismo, las partes acordaron que la Demandada se beneficiaría con seis días adicionales, a ser utilizados a su entera discreción, relacionados con las próximas presentaciones. La Demandada aceptó confirmar con posterioridad el modo en el cual distribuiría los días adicionales.
22. De conformidad con el calendario procesal, la Demandante presentó su Memorial sobre el Fondo, junto con las declaraciones testimoniales e informes periciales de respaldo el 19 de junio de 2006. El 27 de septiembre de 2006, el abogado de la Demandada informó al Centro que, con la conformidad de la Demandante, presentaría su Memorial de Contestación el 5 de octubre de 2006, y que dicha extensión del plazo no afectaría el resto del cronograma acordado por las partes y confirmado por el Tribunal. La Demandada presentó su Memorial de Contestación el 5 de octubre de 2006, junto con las declaraciones testimoniales e informes periciales de respaldo. La Demandante presentó su Réplica el 22 de diciembre de 2006, junto con las declaraciones testimoniales e informes periciales suplementarios. La Demandada presentó su Dúplica, junto con las declaraciones testimoniales e informes periciales de respaldo el 30 de marzo de 2007.
23. La Demandante presentó declaraciones testimoniales de las siguientes personas: Dr. Javier Núñez Carvallo, Sr. John T. Sickman, Dr. José Daniel Amado, Sra. Julie A. Dill, Sr. Mickey J. Peters, Sr. Mark T. Cox IV y del Pastor William Gary Narron.

24. La Demandante presentó informes periciales de las siguientes personas: Prof. César Talledo Mazú, Prof. Fernando de Trazegnies Granda, Sr. Fritz Du Bois, Prof. Jorge Avendaño, Prof. Rudolf Dolzer, Prof. Thomas Wälde y Sr. Brent C. Kaczmarek.
25. La Demandada presentó declaraciones testimoniales de las siguientes personas: Sr. Alejandro Manuel Alfageme Rodríguez Larraín, Sr. Luis Alberto Arias Minaya, Sr. Gustavo Caillaux Zazzali, Sr. Nelly Natividad del Águila Sánchez, Sr. Carlos Herrera, Sr. Daniel Hokama Tokashiki, Dr. Manuel A. Luna-Victoria Sánchez, Sr. Gastón Miranda Zanardi, Sr. Javier Rodríguez Castro, Sr. Pedro Sánchez Gamarra, Sra. Elizabeth Marcelina Tarmeño Bermuy, Sr. Juan Manuel Tineo Meza, Sr. Javier Tovar Gil, Sra. María del Carmen Tovar Gil, Dra. Elizabeth E. Vásquez Marín, Sr. Pedro José Velarde Bragagnini, Sr. Pablo Manuel Cueto Saco, Sr. Jean Delboy, Sr. Antero Flores-Aráoz Esparza y Sr. Pedro Pablo Kuczynski Godard.
26. La Demandada presentó informes periciales de las siguientes personas: Prof. Alfredo Bullard, Sr. Pablo Bustamante, Dr. Luis Hernández Berenguel, Dr. César Luna-Victoria, Prof. Marcial Rubio Correa y Prof. Shoschana Zusman Tinman.
27. Las partes presentaron una carta conjunta al Centro con fecha 4 de abril de 2007, para su remisión al Tribunal, que contenía la visión preliminar de las partes acerca de la conducción de la audiencia programada para el 8 al 18 de mayo de 2007. El Presidente llevó a cabo una conferencia telefónica preliminar en nombre del Tribunal con los abogados de cada parte el 5 de abril de 2007. Entre otras cuestiones, las partes confirmaron durante dicha conferencia telefónica que intercambiarían la lista de testigos y peritos que pretendían convocar a la audiencia.
28. Las partes presentaron una carta al Centro con fecha 13 de abril de 2007 para su remisión al Tribunal, en la cual acordaban la lista de testigos y peritos que pretendían convocar a la audiencia de fondo, programada para el 8 al 18 de mayo de 2007. Según el acuerdo de las partes, se identificaron los siguientes testigos y peritos para ser interrogados y repreguntados en la audiencia: Dr. José Daniel Amado, Sr. Mark T. Cox IV, Prof. Rudolf Dolzer, Sr. Fritz Du Bois, Sr. Brent C. Kaczmarek, Pastor William Gary Narron, Dr. Javier Núñez Carvallo, Sr. John T. Sickman, Prof. César Talledo Mazú, Prof. Fernando

de Trazegnies Granda, Prof. Thomas Wälde, Prof. Alfredo Bullard y Sr. Pedro Sánchez Gamarra.

29. El 26 de abril de 2007, el Presidente, en nombre del Tribunal, envió una carta a las partes que establecía, en su parte relevante, lo siguiente:

En preparación para la audiencia sobre el fondo en esta cuestión, que se llevará a cabo en la ciudad de Washington D.C. del 8 al 18 de mayo de 2007, cada parte ha notificado a la otra y al Tribunal acerca de los testigos que pretende llamar para el interrogatorio directo y contra-interrogatorio. Aquellos que no fueron llamados son la Sra. Julie Ann Dill, el Sr. Mickey J. Peters (testigos de la Demandante), el Prof. Jorge Avendaño (perito de la Demandante) como también todos los testigos y peritos de la Demandada, salvo el Prof. Alfredo Bullard y el Sr. Pedro Sánchez Gamarra.

El Párrafo 3 de la Sección 19 del Acta de la Primera Sesión del Tribunal Arbitral que se llevó a cabo el 28 de julio de 2004 establece lo siguiente:

Una parte deberá presentar en una audiencia para preguntas y repreguntas a cualquier testigo cuya declaración escrita haya sido presentada con las actuaciones escritas. El Tribunal no tomará en cuenta las declaraciones de cualquier testigo que no se presente a la audiencia para preguntas y repreguntas.

El 18 de abril de 2007, la Secretaría del CIADI comunicó a las partes el pedido del Tribunal para clarificar lo referido al efecto que el Tribunal debía otorgar a las declaraciones de los testigos y peritos a los que las partes no llamaron, considerando el texto del párrafo 3 de la Sección 19 del Acta de la Primera Sesión. La Demandada presentó sus comentarios por carta fechada el 19 de abril de 2007 y la Demandante presentó sus comentarios por carta del 23 de abril de 2007.

De conformidad con el entendimiento compartido por las partes, según se encuentra expresado en las cartas referidas *ut supra*, el Tribunal

considerará las declaraciones escritas de aquellos testigos y peritos a los que no se ha llamado a declarar en la audiencia como parte integrante del cuerpo probatorio y evaluará dichas declaraciones a la luz del expediente como también el testimonio oral de los testigos y peritos a los que se llamó para declarar en la audiencia.

30. La audiencia sobre el fondo se llevó a cabo en la sede del Centro en la ciudad de Washington D.C. del 8 al 16 de mayo de 2007. Durante la audiencia, las partes acordaron terminar la audiencia dos días antes. Como el Prof. Alfredo Bullard y el Sr. Pedro Sánchez Gamarra no estaban disponibles para dar su testimonio antes de dicha fecha, la Demandante aceptó renunciar a su derecho a interrogarlos. Por lo tanto, el Tribunal no escuchó el testimonio en vivo de ninguno de los testigos o peritos de la Demandada.¹
31. Las partes fueron representadas en la audiencia por sus respectivos abogados, que hicieron presentaciones ante el Tribunal e interrogaron a los testigos. Los miembros del Tribunal también hicieron preguntas a los testigos. Estuvieron presentes en la audiencia:

Miembros del Tribunal: Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., Presidente; Dr. Guido S. Tawil y Dr. Pedro Nikken.

Secretaria del Tribunal: Sra. Natalí Sequeira, Secretaría del CIADI.

Asistente del Tribunal: Sr. Martin J. Valasek, Ogilvy Renault LLP.

Asistiendo en representación de la Demandante:

Sres. C. Mark Baker, Kevin O’Gorman, Jonathan Sutcliffe, Aníbal Sabater y David Chung y la Sra. Sandra March, de Fulbright & Jaworski LLP; Sres. Arif H. Ali y Baiju S. Vasani, Sra. Kassi Tallent y Sra. Lynnea Vanasek, de Crowell & Moring; Dr. Luis G. Miranda y Dr. Italo Carrano de Miranda & Amado

¹ La audiencia se desarrolló en inglés con traducción simultánea y transcripción taquigráfica al castellano. Algunos de los testigos brindaron su declaración en castellano, con traducción simultánea y transcripción taquigráfica al inglés. En función de las limitaciones prácticas relativas a la precisión de las traducciones simultáneas y las transcripciones, en algunos casos existen discrepancias menores entre las versiones taquigráficas en inglés y castellano. Ello explica las diferencias que pueden identificarse, en algunos casos, entre las citas a las transcripciones en inglés y castellano efectuadas en el presente Laudo.

Abogados; y Sres. Dean M. Moesser, Marc Manly y John Enloe, Sra. Dora Avendaño y Sra. Catherine Stempien, de Duke Energy; y

Asistiendo en representación de la Demandada:

Sres. Manuel Talavera, Renzo Villa, Percy Velarde y Carlos Ramírez, del Gobierno de Perú; Juez Stephen M. Schwebel, abogado; Sres. Daniel M. Price, Stanimir A. Alexandrov, Nicolás Lloreda, Patricio Grané y Michael J. Smart y Sra. Sharon H. Yuan, abogados de Sidley Austin LLP; Sr. Jorge Santistevan, abogado de Santistevan de Noriega & Asociados; Sra. Vilma Belen-Pettorino, Sra. Janet Deane, Sra. Dara Levinson, Sres. Ryan Brutger y Gus Kryder, de Sidley Austin LLP.

32. En la audiencia, durante su interrogatorio directo, el Sr. Kaczmarek presentó cálculos actualizados de su determinación de daños y perjuicios. La Demandada pidió autorización para hacer sus comentarios sobre esta nueva prueba y, con el permiso del Tribunal y el acuerdo de la Demandante, presentó dichos comentarios el 1 de junio de 2007.
33. Durante la audiencia, se acordó que las partes harían presentaciones posteriores a la audiencia a más tardar el día 29 de junio de 2007 y que el Tribunal les proporcionaría a las partes a fines de mayo una lista de preguntas para evacuar en dichas presentaciones.
34. De conformidad con el calendario acordado, el Tribunal presentó las siguientes preguntas a las partes el 31 de mayo de 2007:
 1. ¿Cuál es el estatus del derecho internacional en el sistema legal peruano? Por favor, especifique si existen distinciones que se deberían hacer entre los tratados y otras fuentes del derecho internacional.
 2. ¿Cuál es la diferencia sustantiva entre, por un lado, los conceptos de la buena fe y los actos propios en el derecho peruano y, por otro lado, los conceptos de la buena fe y *estoppel* en el derecho internacional? Si existiera una diferencia, ¿cuál es la relevancia

de dicha diferencia aplicada a este caso en la medida en que esos conceptos se apliquen?

3. ¿Cuál debería ser la norma de atribución de la conducta al Estado en el contexto del *estoppel*?
4. El CEJ con Egenor tuvo vigencia desde el 24 de julio de 1996 hasta el 24 de julio de 2006; el CEJ con DEI Bermuda tiene vigencia desde el 24 de julio de 2001 hasta el 24 de julio de 2011. La intersección de dos CEJs crea tres períodos diferentes de cinco años: (i) desde el 24 de julio de 1996 hasta el 24 de julio de 2001 (durante el cual solo el CEJ con Egenor se encontraba en vigencia); (ii) desde el 24 de julio de 2001 hasta el 24 de julio de 2006 (durante el cual ambos CEJs se encontraban en vigencia); y desde el 24 de julio de 2006 hasta el 24 de julio de 2011 (durante el cual solo el CEJ con DEI Bermuda está en vigencia). ¿Cómo interactúan los dos CEJs en cada uno de estos tres períodos y con qué efectos en relación con las garantías provistas a la Demandante en el CEJ con DEI Bermuda? ¿Cómo encuadra dentro del análisis, si lo hiciera, el CEJ con DEI Holdings USA correspondiente al Tramo del 30%, de fecha 13 de octubre de 1999 y cedido a DEI Peru Holdings el 3 de abril de 2003?
5. Cualquier cambio en la interpretación del régimen tributario estabilizado para un/a inversionista/empresa, ¿viola su CEJ o es necesario que el cambio sea total o manifiestamente inconsistente con la interpretación anterior? En otras palabras, ¿en qué punto un cambio en la interpretación es susceptible de originar un reclamo bajo un CEJ?
6. Asimismo, ¿qué constituye una “interpretación” del régimen tributario? ¿Es suficiente detenerse en las declaraciones realizadas por funcionarios del Estado al inversionista/contribuyente o es necesario examinar los

pronunciamientos judiciales o administrativos realmente seguidos por las autoridades tributarias correspondientes?

7. Aún si la aprobación de varios actos por parte de Electroperú, como accionista de Egenor, fuera considerado generalmente como un acto gubernamental, ¿puede dicha aprobación obligar a la SUNAT en materia tributaria? ¿Existe una diferencia en cuanto a la manera en que esta pregunta se responde bajo el derecho peruano frente al derecho internacional aplicable?
 8. ¿Tomó en consideración el Gobierno de Perú la tasa “legal” general de depreciación y/o los beneficios de la Ley de Fusión-Revaluación al establecer el precio mínimo de la oferta para el Tramo del 30%?
 9. Si Egenor fuera una empresa totalmente privada; es decir, sin representantes de Electroperú, ya sea en la junta de accionistas o en el directorio, propiedad de Dominion desde 1996 hasta el presente, ¿podría un reclamo por incumplimiento del CEJ con Dominion concederse de la misma forma en la cual se alega en este caso para el CEJ con DEI Bermuda, asumiendo que los otros hechos fueran los mismos?
35. Cada una de las partes remitió su presentación posterior a la audiencia el 29 de junio de 2007, incluidas sus respuestas a las preguntas del Tribunal. Cada una de las partes remitió su respectiva Presentación sobre Costos el 25 de julio de 2007. El 30 de agosto de 2007, la Demandante presentó un Apéndice a su Presentación sobre Costos.
36. Tras remitirse las presentaciones posteriores a la audiencia, los miembros del Tribunal deliberaron mediante diferentes medios de comunicación, incluyendo reuniones para deliberar en Montreal el 23-24 de julio de 2007, en Washington D.C. el 10 de diciembre de 2007, en Nueva York el 3 de febrero de 2008 y por conferencia telefónica el 22 de febrero de 2008. El 19 de junio de 2008, el procedimiento fue declarado cerrado de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

A. EL ESQUEMA DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES DEL PERÚ

37. El esquema actual para la promoción y protección de la inversión extranjera en el Perú se originó a principios de la década de 1990. En ese entonces, el Perú empezó a desplegar esfuerzos por atraer y promover inversión en el país, modificando las políticas seguidas por gobiernos anteriores.
38. En ese contexto se aprobó la Ley N° 25.327, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo a normar sobre cuestiones relativas a la inversión y la protección de las inversiones. Como consecuencia de ello, se promulgaron el Decreto Legislativo N° 662 (Ley de Inversión Extranjera), el Decreto Legislativo N° 674 (Ley de Privatización) y el Decreto Legislativo N° 757 (Ley de Inversión Privada), al igual que el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, aprobado por Decreto Supremo N° 162-92-EF (“**Reglamento de la Inversión**”).
39. Estos instrumentos otorgan diversas garantías a los inversionistas extranjeros en el Perú. En relación con una inversión específica, las diversas garantías pueden implementarse mediante contratos vinculantes denominados “convenios de estabilidad jurídica” (“**CEJs**”), celebrados entre el Perú y el inversionista extranjero. La autorización del Perú para celebrar los CEJs consta en la Ley de Inversión Extranjera y en la Ley de Inversión Privada. Las disposiciones relevantes de ambas leyes se incorporan en general por referencia en dichos acuerdos.
40. El texto modelo para todos los CEJs ha sido incorporado como anexo al Reglamento de la Inversión. El texto se refiere en términos generales a la estabilización de los regímenes jurídicos aplicables a varios derechos fundamentales de los inversionistas extranjeros, incluido: (i) el derecho al tratamiento igualitario y a la no discriminación; (ii) el derecho a la libre convertibilidad de la moneda extranjera; (iii) el derecho a la libre repatriación del capital invertido, las utilidades y regalías; (iv) el derecho a la estabilidad del régimen tributario referido al impuesto a la renta, y (v) el derecho a solucionar las diferencias que surjan del convenio o en relación con él mediante arbitraje u otro método convenido.

41. Conforme al derecho peruano, las disposiciones del Código Civil aplicables a los contratos entre particulares también resultan aplicables en general a los CEJs y, como tales, estos convenios están sujetos al principio del Contrato-Ley, según se establece en el Artículo 1357 del Código Civil de 1984. Dicho Artículo dispone lo siguiente:

Garantía y seguridad del Estado. Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato².

42. El Artículo 39 de la Ley de Inversión Privada confirma lo siguiente:

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes³

43. Asimismo, según lo establecido en el último párrafo del Artículo 62 de la Constitución del Perú, la protección de las inversiones prevista en los CEJs está garantizada por la Constitución:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

² Cita original de la norma en español.

³ Cita original de la norma en español.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente⁴.

44. En consecuencia, de acuerdo con la legislación peruana en materia de inversiones, las principales características de los CEJs son las siguientes: (i) los regímenes jurídicos estabilizados no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado, y (ii) los convenios están sujetos al derecho privado o civil y no al derecho administrativo. Como contratos de derecho privado, la negociación, suscripción, interpretación y ejecución de las disposiciones establecidas en los CEJs se encuentran sujetos a los principios generales aplicables a los contratos celebrados entre particulares de conformidad con el Código Civil del Perú. Como tales, los derechos otorgados por el Perú en virtud de un CEJ son derechos contractuales privados exigibles frente al Estado como si se tratara de un particular.

B. LA PRIVATIZACIÓN DE EGENOR

45. En 1991, Perú comenzó a aplicar un programa amplio de privatizaciones con el objeto de atraer la participación, en particular, de inversionistas internacionales. A tal fin, la Ley de Privatización creó la Comisión para la Promoción de la Inversión Privada (“**COPRI**”), un órgano interministerial del Perú encargado de la supervisión general del proceso de privatizaciones.
46. En cumplimiento de su mandato de privatización, la COPRI seleccionó a la principal empresa estatal generadora de electricidad del país, Electricidad del Perú S.A. o Electroperú S.A. (“**Electroperú**”), para reestructurarla en distintas empresas de electricidad más pequeñas que serían privatizadas. En septiembre de 1994, como parte del proceso de privatización, COPRI autorizó la constitución de una empresa denominada Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. (“**Egenor**”), en calidad de subsidiaria de propiedad absoluta de Electroperú. Más adelante, se transfirieron a Egenor activos de tres empresas de propiedad estatal, incluida Electroperú. Electroperú aportó activos fijos

⁴ Cita original de la norma en español.

(además de efectivo e inventarios) a Egenor consistentes en seis centrales térmicas (Chiclayo, Piura, Paíta, Sullana, Chimbote y Trujillo) y dos centrales hidroeléctricas (Carhuaquero y Cañón del Pato).

47. COPRI adoptó el siguiente modelo de privatización para Egenor: una participación controlante del 60% de las acciones de Egenor, representando las acciones Clase “A”, se venderían a un inversionista privado a través de una licitación internacional (el “**Tramo del 60%**”); un 30% de las acciones, identificado como acciones Clase “B”, serían retenidas por Electroperú para ofrecerlas en una oferta pública o subasta de acciones posterior (el “**Tramo del 30%**”) y el 10% restante de las acciones (también Clase “B”) serían preservadas para su venta a empleados de Electroperú.
48. Para cada empresa estatal en proceso de privatización, COPRI creó un comité especial, denominado Comité Especial de Privatización (“**CEPRI**”), responsable de la administración y ejecución del proceso de privatización, sobre la base de las directrices, objetivos y normas aprobados por COPRI. El programa de privatización de Electroperú fue administrado por el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en Electroperú S.A. (“**CEPRI-ELP**”). Para febrero de 1996, CEPRI-ELP había aprobado las Bases del Concurso Público Internacional para la Venta de Egenor (las “**Bases del Concurso Público**”) correspondientes a la privatización de Egenor, en las que se establecían las normas que regirían la relación entre el Perú y el inversionista en lo que respecta a la licitación. El 28 de febrero de 1996, CEPRI-ELP emitió el llamado a la licitación para Egenor.
49. El oferente que resultó adjudicatario del Tramo del 60% fue Dominion Energy, Inc. (“**Dominion**”), de los Estados Unidos de América, quien presentó su oferta a través de una subsidiaria de su propiedad constituida localmente, Inversiones Dominion Perú S.A. (“**IDP**”). Entre el 25 de junio y el 9 de agosto de 1996 se suscribió un contrato de privatización (fechado el 20 de junio de 1996), rigiendo la compra del Tramo del 60%, entre Electroperú e IDP, con Dominion y Egenor como partes intervinientes (el “**Convenio de Privatización**”). En virtud del Convenio de Privatización, Dominion (en

calidad de “Operador” y “Titular de la Participación Comprometida”) debía mantener el control de Egenor con una participación mínima total de 51% de IDP.

50. El 27 de noviembre de 1996, los accionistas mayoritarios de Egenor, es decir, IDP (60%) y Electroperú (39,98%), aprobaron la fusión de Egenor con Power North S.A. (“**Power North**”), una sociedad creada por IDP. Conforme a los términos de la fusión, Egenor S.A., la empresa resultante de la fusión, asumió todos los activos y pasivos de Egenor y Power North. La fusión de Egenor y Power North, fue consumada el 31 de diciembre de 1996 por IDP (60%), Electroperú (39,98%) y Electrolima S.A. (0,02%).
51. En el contexto de la fusión del 31 de diciembre de 1996, se revaluaron ciertos activos de Egenor (Carhuaquero, Cañón del Pato, Chimbote y Trujillo). Específicamente, el valor contable de estos activos se incrementó para reflejar su mayor valor de mercado, según se determinó en un informe de septiembre de 1996 preparado por PriceWaterhouseCoopers.
52. En 1997, Dominion vendió el 49% de IDP a Gener S.A., una empresa chilena. El 31 de marzo de 1998, Dominion transfirió su 51% restante de IDP a Dominion Holdings Peru S.A. (“**DHP**”), subsidiaria peruana de su propiedad. Hacia fines de 1998, Duke Energy tomó conocimiento de que Dominion estaba interesada en vender sus activos en América Central y América del Sur, incluyendo el Perú. Duke Energy centró su interés en una adquisición coordinada de la totalidad del 90% de las acciones de Egenor (entonces denominada Egenor S.A.), que representaba el total del capital accionario existente o a disposición (es decir, el Tramo del 60% de propiedad de IDP y el Tramo del 30% de propiedad del Perú).
53. Duke Energy adquirió Egenor mediante una serie de transacciones realizadas a fines de 1999. Con el objeto de cumplir con la obligación establecida en el Perú de contar con “dos accionistas”, las adquisiciones se realizaron a través de dos subsidiarias de Duke Energy con asiento en Delaware: Duke Energy International Peru Holdings N° 1 LLC (“**DEI Holdings N° 1**”) y Duke Energy International Peru Holdings N° 2 LLC (“**DEI Holdings N° 2**”) y, conjuntamente con DEI Holdings N° 1, “**DEI Holdings USA**”). El 7

de octubre de 1999, DEI Holdings USA adquirió el Tramo del 30% de Egenor S.A.A.⁵ El 12 de octubre de 1999, DEI Holdings USA también adquirió de Gener S.A. el 49% de IDP (y, en consecuencia, la participación indirecta de Gener S.A. en el 29,4% en Egenor S.A.A.). Por último, el 11 de noviembre de 1999, DEI Holdings USA adquirió el 51% restante de IDP al comprar a Dominion el 100% de DHP.

54. A fines de 1999, Duke Energy se había convertido (a través de DEI Holdings USA) en propietaria del 90% de Egenor S.A.A. por el que había pagado aproximadamente US\$288 millones.⁶
55. La venta de DHP por parte de Dominion (es decir, de su participación del 51% en el capital de IDP) a DEI Holdings USA estaba sujeta a la aprobación de la COPRI, de conformidad con los términos del Convenio de Privatización. Conforme al Convenio de Privatización, Dominion (en calidad de Operador y Titular de la Participación Comprometida) estaba obligado a mantener su participación del 51% en el capital de IDP durante cinco años a partir de la fecha del Convenio (es decir, hasta agosto de 2001), a menos que otra entidad (a la que se transfiriera la participación) pudiera reunir los requisitos especificados en las Bases del Concurso Público para participar como Operador y Titular de la Participación Comprometida. La COPRI aprobó la venta de DHP y, de esa manera, la venta de la participación de Dominion en Egenor a Duke Energy (a través de DEI Holdings USA) el 22 de septiembre de 1999. El 5 de octubre de 1999, Dominion obtuvo y proporcionó a Duke Energy un Convenio de Garantía entre IDP y el Perú (“**Convenio de Garantía**”) conforme al cual el Perú garantizaba, en relación con el Tramo del 60%, que todas las obligaciones originales asumidas, las declaraciones y garantías efectuadas y las contingencias de Electroperú permanecían vigentes y eran exigibles frente al Perú.
56. La adquisición por parte de Duke Energy de los activos de Dominion en América Latina tenía varias implicaciones internacionales en materia impositiva, a las que Duke Energy

⁵ El 16 de abril de 1999, Egenor S.A. modificó su estatuto y cambió su denominación por la de Egenor S.A.A. de acuerdo con la nueva Ley General de Sociedades.

⁶ Más adelante, Duke Energy aumentó su participación en Egenor S.A.A. (denominada para entonces Duke Energy International Egenor S.A.A., a la que hemos definido más adelante como DEI Egenor) del 90% al 99,7% mediante una oferta pública para la adquisición de acciones iniciada en julio de 2001 por DEI Egenor.

intentó ajustarse mediante una reorganización societaria. Al mismo tiempo, Duke Energy debía establecer una estructura propietaria para Egenor S.A.A. que en general reprodujera la estructura reflejada en el Convenio de Privatización. En estas circunstancias se constituyó DEI Bermuda en agosto de 1999. Más adelante, en mayo de 2000, se constituyó Duke Energy International Peru Holdings SRL (“**DEI Peru Holdings**”) como sociedad inversora de propiedad de DEI Bermuda.

57. El 26 de julio de 2000, Egenor S.A.A. cambió su denominación por la de Duke Energy International Egenor S.A.A. (“**DEI Egenor**”). A su vez, esta entidad cambió su nombre por el de Duke Energy International Egenor S.A. en febrero de 2001 y, el 26 de junio de 2003, por el de Duke Energy International Egenor S en C por A, reflejando un cambio en su estructura social.
58. El 29 de octubre de 2002, DEI Bermuda compró a DEI Holdings USA el 99% de DHP (y, en consecuencia, el 51% de IDP) y el 49% restante de IDP. El 1° de diciembre de 2002, DHP e IDP se fusionaron para formar Duke Energy International Peru Inversiones N° 1 SRL (“**DEI Investments SRL**”) y, por lo tanto, DEI Bermuda se convirtió en dueña del 99% de DEI Investments SRL, a través de la cual era la propietaria del 60% de DEI Egenor. El 30% restante de DEI Egenor continuó en poder de DEI Holdings USA.
59. El 18 de diciembre de 2002, Duke Energy efectuó un aporte de capital por un monto de US\$200 millones en DEI Peru Holdings, a través de DEI Bermuda. DEI Peru Holdings utilizó estos fondos para adquirir de DEI Investments SRL y de DEI Holdings USA el 90% del capital social de DEI Egenor⁷.

C. LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES OTORGADA POR EL PERÚ

1. La protección de inversiones otorgada a Dominion

60. Como parte integral del programa de privatización de Egenor y de la inversión de Dominion en el Perú, el Perú aprobó CEJs para Dominion, IDP y Egenor.

⁷ Véase el Dictamen de los Auditores Independientes de fecha 3 de abril de 2003, Anexo 58 de la Demandante (de la etapa sobre competencia).

61. Específicamente, poco después de que Electroperú suscribiera el Convenio de Privatización, Perú celebró dos CEJs el 24 de julio de 1996: uno con IDP, en calidad de inversionista en Egenor (el “**CEJ con el inversionista nacional IDP**”); el otro con Egenor, como receptor de la inversión de IDP (el “**CEJ con Egenor**”). En virtud del primero, IDP se comprometió a pagar US\$228,2 millones por el 60% del capital social de Egenor. De acuerdo con el segundo, Egenor convino en emitir acciones que representaran el 60% de su capital social a favor de IDP.
62. El 9 de agosto de 1996, Perú celebró dos CEJs adicionales: uno con Dominion, en calidad de inversionista extranjero de US\$228,2 millones en IDP (el “**CEJ con Dominion**”); el otro con IDP, como receptor de una inversión de US\$228,2 millones realizada por Dominion (el “**CEJ con el receptor IDP**”).
63. Perú acordó garantizar la estabilidad jurídica, de conformidad con los términos de estos CEJs y las leyes del Perú sobre inversión extranjera, por un período de 10 años a partir de la fecha de entrada en vigor de los respectivos CEJs. El CEJ con Dominion previó el arbitraje ante el CIADI, en los siguientes términos:

DÉCIMA.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente Convenio se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio, será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho sujetándose a las Reglas sobre la Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 26210.

Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida.

2. La protección de inversiones otorgada a Duke Energy

64. Respecto de sus inversiones en el Perú, Duke Energy se propuso obtener, a través de CEJs, la misma protección a las inversiones que la que había obtenido Dominion. Duke Energy y su abogado externo examinaron con Perú distintas estructuras conforme a las cuales Duke Energy obtendría protección de sus inversiones. Consideraron seria y activamente la posibilidad de transferir o ceder a Duke Energy al menos algunos de los CEJs que se habían celebrado con Dominion. Estas conversaciones tuvieron lugar al tiempo que Duke Energy adoptaba medidas para adquirir las diversas participaciones directas e indirectas en Egenor S.A.A.
65. Finalmente, el CEJ con Dominion no fue cedido debido a inquietudes relacionadas con su validez, a causa de un posible incumplimiento irremediable de Dominion de los términos del CEJ. A la fecha de cierre de la adquisición por parte de DEI Holdings USA del Tramo del 30% (es decir, el 7 de octubre de 1999), el primer paso de la adquisición indirecta de Egenor S.A.A. por parte de Duke Energy, no se había identificado ninguna solución mutuamente aceptable para implementar el régimen de protección de inversiones de Duke Energy. Por lo tanto, se acordó en que se otorgaría a DEI Holdings USA un CEJ provisional, sobre la base del entendimiento explícito de que completaría su adquisición del Tramo del 60% de Egenor S.A.A. dentro de los 60 días contados a partir de la fecha de este CEJ provisional. En consecuencia, Perú y DEI Holdings USA suscribieron un CEJ para inversionistas extranjeros respecto del Tramo del 30% (el “**CEJ con DEI Holdings USA respecto del Tramo del 30%**”) el 13 de octubre de 1999.
66. El 14 de octubre de 1999, el CEJ con Egenor fue cedido a Egenor S.A.A. Esta cesión se realizó a fin de “(...) extender los derechos concedidos mediante el Convenio de Estabilidad Jurídica de fecha 24 de julio de 1996 que fuera suscrito con Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. – E.G.E.N.O.R a favor de la empresa E.G.E.N.O.R S.A.A. (...)”⁸. A fines de 1999, Duke Energy se había convertido en propietaria del 90% de Egenor S.A.A. Sin embargo, aún no se había encontrado una solución con respecto a la cesión del CEJ con Dominion.

⁸ Véase Resolución Ministerial N° 566-99-EM/VME, con fecha 6 de octubre de 1999, Anexo 66 de la Demandante.

67. Como se ha explicado anteriormente, como parte de la reorganización societaria de Duke Energy, en agosto de 1999 se constituyó DEI Bermuda y en mayo de 2000 se creó DEI Peru Holdings, propiedad en su totalidad de DEI Bermuda. Con referencia al Convenio de Privatización, DEI Bermuda fue designada como Operador y Titular de la Participación Comprometida y se designó a DEI Peru Holdings como oferente y propietaria de DEI Egenor. De este modo, conforme a una solicitud de Duke Energy que fue aprobada por el Perú, DEI Bermuda ocupó el lugar de Dominion y DEI Peru Holdings ocupó el lugar de IDP, a los efectos del Convenio de Privatización.
68. En febrero de 2000, Duke Energy presentó al Perú una propuesta para obtener la misma protección como inversionista extranjero que habría obtenido en virtud del CEJ con Dominion, si éste hubiera sido susceptible de cesión. La propuesta se basó en los requisitos establecidos en el Convenio de Privatización, la estrategia de reorganización societaria y tributaria de Duke Energy, así como también en la necesidad de preservar la efectividad de los CEJs existentes (es decir, el CEJ con DEI Holdings USA respecto del Tramo del 30%, el CEJ con el inversionista nacional IDP y el CEJ con Egenor).
69. La propuesta presentada por Duke Energy se implementó de la siguiente manera:
1. Solicitud presentada por DEI Bermuda para un CEJ con inversionista extranjero;
 2. Solicitud presentada por DEI Peru Holdings para un CEJ con empresa receptora;
 3. La cesión del CEJ con DEI Holdings USA respecto del Tramo del 30%, texto enmendado, a favor de DEI Peru Holdings; y
 4. La cesión del CEJ con el inversionista nacional IDP a favor de DEI Peru Holdings.
70. El 20 de junio de 2000, Duke Energy presentó al Perú la solicitud de un CEJ para inversionista extranjero, a través de DEI Bermuda (antes definido como CEJ con DEI

Bermuda). El mismo día se presentó una segunda solicitud de un CEJ con empresa receptora a través de DEI Peru Holdings (el “**CEJ con DEI Peru Holdings**”).

71. El 3 de abril de 2001, Perú entregó los borradores del CEJ con DEI Bermuda y del CEJ con DEI Peru Holdings al abogado externo de Duke Energy para su revisión. Con respecto al primero, Duke Energy formuló una contrapropuesta a Perú para solicitar que el borrador de CEJ se modificara a fin de contemplar el arbitraje CIADI.
72. Finalmente, el 24 de julio de 2001, Perú suscribió el CEJ con DEI Bermuda y el CEJ con DEI Peru Holdings. De acuerdo con sus términos, los CEJs entraron en vigor inmediatamente. La versión final del CEJ con DEI Bermuda suscripto por las partes contenía una cláusula de arbitraje CIADI, exactamente en los mismos términos que la cláusula que se había incluido en el CEJ con Dominion⁹.
73. El CEJ con DEI Holdings USA respecto del Tramo del 30% y el CEJ con el inversionista nacional IDP fueron cedidos a DEI Peru Holdings el 3 de abril y el 14 de marzo de 2003, respectivamente.

D. PRÁCTICAS TRIBUTARIAS Y DECLARACIÓN DE IMPUESTOS DE EGENOR

1. Antecedentes legislativos y normativos

74. En el contexto de reorientación de la economía del Perú a principios de la década de los noventa, el 1 de enero de 1994, el Gobierno promulgó el Decreto Legislativo N° 782, mediante el cual se otorgó a las entidades estatales el derecho a reorganizarse sin que ello repercutiera tributariamente.
75. Casi inmediatamente después, el 10 de enero de 1994, el Congreso otorgó beneficios de exoneración de impuestos a todas las reorganizaciones de empresas por medio de la Ley Fusión-Revaluación (Ley N° 26.283). El único artículo sustantivo de la Ley Fusión-Revaluación (“**LFR**”) dispuso lo siguiente:

Exonérese de todo tributo, incluidos el Impuesto a la Renta y los

⁹ Véase el párrafo 49, supra.

derechos de inscripción en los Registros Públicos, la formación y otros actos, contratos y transferencias patrimoniales, derivados de acuerdos de fusión o división de toda clase de personas jurídicas, ya sean mercantiles, civiles o cooperativas, hasta el 31 de diciembre de 1994.¹⁰

76. El 19 de septiembre de 1994, el Gobierno emitió el Decreto Supremo N° 120-94-EF (Decreto Supremo 120), mediante el cual reglamentó la Ley Fusión-Revaluación.
77. Los beneficios tributarios estipulados en la LFR se extendieron, con éxito, por períodos anuales hasta 1998¹¹.
78. El 29 de diciembre de 1998, el Congreso sancionó la Ley N° 27.034, que dispuso que las empresas que habían revaluado sus activos y se habían fusionado durante la vigencia de la LFR no podían seguir gozando los beneficios otorgados en dicha ley una vez transcurrido el ejercicio fiscal correspondiente a 1998.
79. Tal como se explicó anteriormente, Electroperú transfirió activos fijos –ocho plantas eléctricas– a Egenor. Dichas contribuciones se realizaron entre abril de 1995 y mayo de 1996. Las plantas eléctricas Chiclayo, Piura, Paita y Sullana fueron transferidas a tasas de mercado revaluadas, al tiempo que las plantas eléctricas Carhauquero, Cañón del Pato y Chimbote-Trujillo se transfirieron a los valores equivalentes al costo histórico menos la depreciación acumulada, ajustados por inflación.
80. El 30 de abril de 1987, la Comisión Nacional de Tarifas emitió la Resolución N° 013-87 P/CTE, que estableció la vida útil y el porcentaje de depreciación (la tasa de depreciación) de los activos fijos de las Empresas Prestadoras de Servicios Eléctricos. Desde 1996, Electroperú comenzó a aplicar dichas tasas de depreciación a los activos fijos de Egenor.
81. El 19 de Septiembre de 1994 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 122-94-EF (Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta), cuyo Artículo 22 estableció las

¹⁰ Ley N° 26.283, Artículo 1 (Anexo C-14).

¹¹ En 1994 (Ley N° 26.416), 1995 (Ley N° 26.561) y 1996 (Ley N° 26.733).

disposiciones y los porcentajes (tasas) que se aplicarían para calcular la depreciación. El inciso (d) del Artículo 22 dispuso que la SUNAT podría autorizar porcentajes de depreciación distintos a los generales, siempre que la parte interesada demuestre que, debido a la naturaleza y a las características de la explotación o del uso dado al bien, su vida útil es diferente a la asignada en el inciso (b), que establece los porcentajes anuales de depreciación.

82. El 4 de abril de 1995, Electroperú solicitó mediante una carta a la SUNAT autorización para aplicar “los porcentajes de depreciación de los bienes de Activo Fijo que se indican en la tabla aprobada por Resolución de la Comisión de Tarifas N° 013-P/CTE del 30/04/87”. La carta especificó que Electroperú ya venía aplicando dichas tasas “con fines societarios, operativos y tributarios”.
83. El 28 de diciembre de 1995, Electroperú recibió la autorización de la SUNAT para continuar aplicando sobre sus activos la tasa desacelerada especial establecida en la Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas N° 013-87P/CTE del 30 de abril de 1987 a partir de 1996.
84. La siguiente tabla compara las tasas legales generales y las tasas desaceleradas especiales:

Vida útil general	Tasa general de depreciación	Vida útil especial	Tasa especial de depreciación
5	20,00%	Varios	Varios
10	10,00%	10, 12, 16	6,25%, 8,33%, 10,00%
33	3,00%	33, 40, 60, 80	1,25%, 1,67%, 2,50%, 3,00%

2. Hechos relevantes durante la privatización de Egenor

85. Las Bases del Concurso Público emitidas por CEPRI-ELP en febrero de 1996 no contenían información específica sobre la tasa de depreciación aplicada entonces a Egenor ni sobre la tasa de depreciación que se aplicaría o debería aplicarse a Egenor después de la privatización.

86. El 14 de mayo de 1996, Dominion, por medio de IDP, presentó ante CEPRI-ELP una consulta oficial sobre las tasas de depreciación aplicables a los activos en los siguientes términos:

4. ¿Cuál es el valor depreciable y vida útil tributaria para cada planta?
- ¿Cuál es el índice anual de depreciación para las plantas, inmuebles y equipo, y en qué años entraron en servicio?

87. Al día siguiente, CEPRI-ELP emitió la Circular N° 15 (“**Circular 15**”) en respuesta a una pregunta similar presentada por otro inversionista. La Circular 15 señala lo siguiente:

Pregunta 21

Que de conformidad con el inciso 1.5.1 de las Bases, ELECTROPERÚ S.A. transferirá a EGENOR antes de la fecha de cierre los activos que conforman las centrales térmicas, líneas de transmisión y las centrales hidroeléctricas.

Nuestra pregunta se refiere a qué valor se transferirán dichos activos a EGENOR y si dicho valor constituirá el costo computable para efectos de su depreciación conforme al Impuesto a la Renta. Asimismo, dichos activos serán depreciados de acuerdo a la tasa general o tendrán una tasa especial acelerada para su depreciación.

Respuesta 21

Conforme al inciso 1.5.1 de las Bases antes de la Fecha de Cierre, ELECTROPERÚ S.A. transferirá a EGENOR los indicados activos; y es en la oportunidad de la transferencia que se determinará el valor en que ésta se efectuará.

La tasa de depreciación es la que corresponde de acuerdo con las Normas del Impuesto a la Renta.

(Énfasis agregado)

88. El 7 de junio de 1996, los contadores de Electroperú en Egenor contrataron auditores externos para confeccionar los estados financieros de la empresa al 30 de junio de 1996.
89. El 10 de junio de 1996, Dominion, por medio de IDP, presentó otra pregunta ante CEPRI-ELP con el fin de indagar si Egenor había recibido la autorización de la SUNAT para aplicar una tasa especial de depreciación (en referencia a los estados financieros de Electroperú al 31 de diciembre de 1995). CEPRI-ELP nunca respondió la pregunta de IDP.
90. Tal como se expresó anteriormente, el 20 de junio de 1996, IDP fue declarada adjudicataria del Tramo del 60% de Egenor, al superar por US\$ 5 millones a un consorcio que incluía a la empresa Duke Energy.
91. Entre el 25 de junio y el 9 de agosto de 1996, Electroperú, IDP, Dominion y Egenor suscribieron el Convenio de Privatización (con fecha 20 de junio de 1996), mediante el cual regularon la compra del Tramo del 60%.
92. El 30 de junio de 1996, Villa Naranjo & Asociados entregó a Egenor los últimos estados financieros auditados al 30 de junio de 1996.

3. Hechos relevantes durante la administración de Egenor por parte de Dominion

93. En agosto de 1996, IDP se convirtió oficialmente en accionista titular del 60 por ciento de las acciones de Egenor y comenzó a administrar la empresa en conjunto con Electroperú.
94. El 9 de septiembre de 1996, Egenor envió sendas cartas a Deloitte & Touche y a Luna Victoria-Vásquez, mediante las cuales solicitó información sobre la tasa de depreciación aplicable para la empresa. Egenor recibió respuestas contradictorias de las dos firmas:
 - El 25 de septiembre de 1996, Luna Victoria-Vásquez respondió a la pregunta de Egenor sosteniendo que, en virtud del Artículo 105 de la Ley del Impuesto a la Renta, Egenor debía aplicar la tasa especial otorgada a Electroperú en 1995.

- El 1 de octubre de 1996, Deloitte & Touche respondió la pregunta de Egenor, advirtiéndole que no podía utilizar la tasa especial otorgada a Electroperú porque esa tasa se otorgó específicamente al contribuyente que la solicitó, es decir, Electroperú.
95. El 24 de octubre de 1996, IDP constituyó la sociedad Power North en el Registro Comercial de Lima y la registró ante la SUNAT. Su capital estaba compuesto por 100.000 acciones de valor nominal un Nuevo Sol cada una y activos fijos valuados en US\$1,4 millones aproximadamente. Era titular y beneficiaria legal de una valiosa propiedad inmobiliaria que había alquilado a Egenor al valor justo de mercado durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1996, antes de efectuar la fusión.
 96. En noviembre de 1996, Egenor contrató a Price Waterhouse para que confeccionara un informe de valoración con el fin de establecer el valor de mercado de Carhauquero, Cañón del Pato y Chimbote-Trujillo. El Directorio de Egenor tenía interés en revisar el valor de dichas plantas a través de una fusión entre Egenor y Power North.
 97. El Directorio de Egenor aprobó la fusión de Egenor con Power North el 25 de noviembre de 1996. Dos días después, el 27 de noviembre de 1996, la fusión también recibió el voto positivo de la Junta General de Accionistas de Egenor.
 98. El 10 de diciembre de 1996, el contador de Egenor envió la opinión de Luna Victoria-Vásquez a Deloitte & Touche y solicitó que revisara su análisis a la luz de dicha opinión. Una semana después, el 17 de diciembre, Deloitte & Touche ratificó su opinión original expresando que, a menos que se solicitara la autorización de la SUNAT para que le otorgase su propia tasa especial, Egenor tenía que aplicar la tasa legal general, ya que Egenor sería una empresa “creada por constitución simultánea” y no el resultado de la división de Electroperú.
 99. La fusión de Egenor y Power North se completó el 31 de diciembre de 1996, y resultó en la creación de Egenor S.A.
 100. El 6 de enero de 1997, Deloitte & Touche emitió su tercera opinión, en la que volvió a ratificar sus dos opiniones anteriores.

101. En el primer trimestre de 1997, Egenor presentó por primera vez su declaración de impuestos ante la SUNAT como una entidad parcialmente privatizada. De conformidad con el asesoramiento brindado por Deloitte & Touche, Egenor utilizó la tasa legal general para registrar la depreciación tributaria.
102. El 8 de abril de 1997, Electroperú, en calidad de accionista de Egenor, votó a favor de la aprobación de los estados financieros, la distribución de dividendos y los informes anuales de la empresa correspondientes a 1996, que reflejan: (a) la aplicación de la tasa legal general de depreciación a los fines tributarios y (b) la revaluación de activos como consecuencia de la fusión de Egenor y Power North. De modo similar, Electroperú aprobó los estados financieros de Egenor correspondientes a 1997 el 23 de marzo de 1998.
103. Tal como se mencionó anteriormente, el Congreso derogó el 30 de diciembre de 1998 la Ley Fusión-Revaluación mediante la Ley N° 27.034.
104. A principios de 1999, la SUNAT comenzó a confeccionar un padrón de las empresas que se habían reorganizado y habían gozado de beneficios tributarios durante el período en el que la Ley Fusión-Revaluación se encontraba vigente.
105. El 25 de enero de 1999, la SUNAT solicitó a uno de los mayores expertos en materia tributaria de Perú, el Dr. Enrique Cárdenas, que emitiera una opinión legal sobre los efectos de la Ley N° 27.034 (que derogó la Ley Fusión-Revaluación) en las empresas que suscribieron CEJs.
106. El 29 de enero de 1999, el Dr. Cárdenas presentó ante la SUNAT la opinión legal solicitada, en la que concluyó que la Ley N° 27.034 no era aplicable a las empresas con CEJs suscritos que habían gozado los beneficios de la Ley Fusión-Revaluación y su Reglamento.
107. El 25 de febrero de 1999, Electroperú envió cartas al Ministro de Economía y Finanzas y a la SUNAT solicitando sus opiniones sobre los efectos de la Ley N° 27.034 con respecto a las empresas privatizadas del sector eléctrico que habían suscrito CEJs. La carta de Electroperú fue acompañada de la opinión legal de algunos de los principales estudios

jurídicos de Lima, según la cual la derogación de la Ley Fusión-Revaluación no debería afectar a las empresas con CEJs válidos.

108. El 16 de marzo de 1999, Electroperú, en calidad de accionista de Egenor, votó a favor de la aprobación de los estados financieros, la distribución de dividendos y los informes anuales de la empresa correspondientes a 1998, que reflejan: (a) la aplicación de la tasa de depreciación legal general para fines tributarios y (b) la revaluación de activos como consecuencia de la fusión de Egenor y Power North.

4. Hechos relevantes durante la adquisición de Egenor por parte de Duke

109. Tal como se calificó anteriormente, Duke Energy se embarcó en 1999 en la adquisición coordinada del 90 por ciento de Egenor, lo que representa el total de las acciones en circulación o disponibles (es decir, el Tramo del 60% propiedad de IDP y el Tramo del 30 por ciento propiedad del Perú).
110. El Tramo del 30% se vendió en una subasta coordinada por CEPRI-Participación Ciudadana (“CEPRI-PC”). En julio de 1999, el Banco de Crédito, que había sido contratado por CEPRI-PC para supervisar la venta del Tramo del 30%, solicitó al Estudio Grau Abogados –asesor legal externo de Egenor– que confeccionara un informe de *due diligence* sobre Egenor, incluyendo su desempeño tributario, como parte de la información que se brindaría a los inversionistas interesados en comprar el Tramo del 30%.
111. Estudio Grau ya había confeccionado una opinión legal para Egenor el 5 de enero de 1999, en la que sostuvo que los beneficios estipulados en la Ley Fusión-Revaluación se habían sido estabilizados para Egenor. Estudio Grau volvió a confirmar su punto de vista en el informe de *due diligence* que confeccionó para la venta del Tramo del 30%.
112. La subasta del Tramo del 30% se rigió por las Bases de la Subasta de Egenor S.A.A. del 17 de agosto de 1999. Conforme al Artículo 6(1) de las Bases, la fecha y hora de la subasta se revelarían con, al menos, tres días hábiles de anticipación mediante un aviso publicado en el Boletín de la Bolsa de Valores de Lima. Tras conversaciones sostenidas

con Duke Energy sobre su estrategia para adquirir el 90 por ciento de Egenor, CEPRI-PC accedió a posponer la subasta del Tramo del 30% hasta el 7 de septiembre de 1999. A fines de agosto de 1999, como resultado de nuevas conversaciones con Duke Energy, CEPRI-PC pospuso una vez más la subasta hasta el 7 de octubre de 1999.

113. El 20 de septiembre de 1999, Miranda & Amado Abogados entregó a Duke Energy una opinión legal en la que manifestaba que la Ley Fusión-Revaluación se encontraba estabilizada para Egenor como parte del CEJ con Egenor.
114. A fines de septiembre de 1999, COPRI aprobó la transferencia por parte de Dominion de su participación en Egenor a Duke Energy y anunció un precio base de US\$ 60 millones por el Tramo del 30% de Egenor (entre un 15% y un 20% superior al precio promedio de las acciones de Egenor que cotizaban en la Bolsa de Valores de Lima).
115. Como se explicó anteriormente, en octubre de 1999, Duke Energy, única oferente, se adjudicó la subasta correspondiente a la venta del Tramo del 30%. A mediados de noviembre de 1999, ella también había adquirido el Tramo del 60% por medio de DEI Holdings USA.
116. A las pocas semanas de la adquisición de Egenor por parte de Duke Energy, la SUNAT presentó su opinión oficial sobre la Ley Fusión-Revaluación ante el Ministerio de Economía y Finanzas. En esa opinión, la SUNAT concluyó que la Ley Fusión-Revaluación no era parte del régimen estabilizado en virtud de los diversos CEJs suscritos. El Ministerio no tomó ninguna medida sobre la base de dicha opinión.

5. Hechos relevantes de la administración de Egenor por parte de Duke

117. En julio de 2000, el Presidente Fujimori inició un controvertido tercer mandato, a pesar de las acusaciones de que dicho tercer mandato era inconstitucional y habría sido el resultado de irregularidades electorales. Dicho mandato culminó el 18 de noviembre de 2000, en medio de acusaciones de corrupción.
118. Inmediatamente después, se constituyó un Gobierno interino con el Sr. Valentín Paniagua actuando interinamente como Presidente del Perú. El Congreso y el nuevo Gobierno

interino iniciaron investigaciones con respecto a las políticas del Sr. Fujimori, entre ellas, las políticas relativas a inversiones extranjeras, privatizaciones y CEJs.

119. En este contexto, el 24 de noviembre de 2000, la SUNAT inició una auditoría fiscal de DEI Egenor correspondiente al ejercicio fiscal de 1999 (esto es, sobre el cumplimiento tributario de Egenor S.A.A.). Tras ser notificada, DEI Egenor solicitó una extensión del plazo para iniciar dicha auditoría, la cual fue otorgada.
120. El 22 de enero de 2001, los auditores Víctor García Quesada y Jorge Pinedo Zelaya realizaron su primera visita a la empresa. Dos auditores adicionales se sumaron en la etapa de inspección fiscal debido a la complejidad de la auditoría. El 9 de mayo de 2001, la SUNAT amplió el alcance de la auditoría con el fin de abarcar los ejercicios fiscales de 1996, 1997 y 1998 (es decir, sobre el cumplimiento tributario de Egenor y de Egenor S.A.).
121. La SUNAT mantuvo la posición esbozada, determinada desde fines de 1999, con respecto a que los beneficios estipulados en la LFR no fueron estabilizados en los CEJs. Incluso, dicha posición fue ratificada en julio de 2001 mediante el Memorando de la Intendencia Nacional Jurídica N° 370-2001-K00000 dirigido a la Intendencia Nacional de Principales Contribuyentes, que adjuntaba un ayuda memoria de la misma Intendencia con el correspondiente análisis jurídico.
122. El 19 de julio de 2001, la SUNAT efectuó una acotación tributaria a Edelnor y a Luz del Sur (otras dos compañías privatizadas en el sector de la electricidad) sobre la base de que la Ley Fusión-Revaluación no estaba estabilizada de acuerdo con los CEJs celebrados con dichas empresas.
123. El 28 de julio de 2001, el Sr. Alejandro Toledo asumió funciones como Presidente. El primer día de su mandato, el Presidente Toledo reemplazó al jefe de la SUNAT, Sr. Luis Arias, por la Sra. Beatriz Merino.
124. El 9 de agosto de 2001, Edelnor inició un arbitraje local contra el Ministerio de Energía y Minas respecto a la acotación tributaria de la SUNAT. El 25 de septiembre de 2001 Luz del Sur promovió un arbitraje local contra la Comisión Nacional de Inversiones y

Tecnologías Extranjeras (“CONITE”) –actualmente conocida como PROINVERSION- respecto a la acotación tributaria de la SUNAT.

125. El 17 de agosto de 2001, CONITE expresó su posición oficial con respecto a la Ley Fusión-Revaluación. A diferencia de la posición de la SUNAT, CONITE sostuvo que la Ley Fusión-Revaluación era parte del régimen tributario estabilizado para empresas que habían suscrito CEJs.
126. El 7 de noviembre de 2001, el informe de una Comisión de Constitución del Congreso emitió dos informes minoritarios, en los cuales se concluyó que, independientemente del resultado de los procesos arbitrales de Edelnor y Luz de Sur, la SUNAT debería aplicar la Norma VIII del Código Tributario del Perú cuando se trate de empresas que suscribieron CEJs. La Norma VIII, según resulta de su enmienda del 22 de septiembre de 1996, dispone lo siguiente:

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

127. Tanto el laudo en el arbitraje local de Edelnor (emitido el 22 de noviembre de 2001) como en el laudo del arbitraje local de Luz del Sur (emitido el 7 de diciembre de 2001) concluyeron que la Ley Fusión-Revaluación era parte del régimen tributario estabilizado para cada empresa. A idéntica conclusión se arribó el 22 de abril de 2002 en el arbitraje local que inició Edegel (otra compañía de electricidad privatizada).

E. LA ACOTACIÓN Y LA AMNISTÍA FISCALES

128. El 26 de noviembre de 2001, la SUNAT efectuó una acotación tributaria de aproximadamente US\$ 12,4 millones contra DEI Egenor en concepto de lo que la SUNAT determinó eran pagos incompletos de impuestos en 1996, 1997, 1998 y 1999, más US\$ 35,9 millones en concepto de intereses y penalidades (la “**Acotación Fiscal**”).
129. La Acotación Fiscal tenía dos componentes principales. El primero se basaba en la opinión de la SUNAT, según su interpretación de la Norma VIII del Código Tributario del Perú, de que la fusión de 1996 entre Egenor y Power North que resultó en la creación de Egenor S.A., era una transacción ficticia celebrada con el único fin de obtener indebido provecho de los beneficios tributarios estipulados en la Ley Fusión-Revaluación (la “**Acotación por Revaluación de Activos**”). Según su interpretación de la Norma VIII, la SUNAT tenía facultades para ignorar la fusión sobre la base de que había sido celebrada con el propósito de eludir el pago de impuestos.
130. El segundo componente se basaba en la versión de la SUNAT de que Egenor debería haber depreciado los activos que Electroperú le había transferido durante el proceso de privatización utilizando la tasa especial de depreciación desacelerada que la SUNAT había otorgado a Electroperú en diciembre de 1995, en lugar de la tasa legal general estipulada en la normativa sobre el impuesto a la renta (la “**Acotación de la Depreciación**”).
131. El 24 de diciembre de 2001, DEI Egenor solicitó una amnistía fiscal respecto de la Acotación por Revaluación de Activos con una reserva de derechos para demandar una indemnización por las pérdidas incurridas¹². El 21 de marzo de 2002, la SUNAT aceptó la solicitud de amnistía de DEI Egenor. El pago de amnistía, por un total de aproximadamente US\$6 millones, se realizó mediante la utilización de pérdidas tributarias acumuladas de períodos anteriores y créditos por anticipos del impuesto a la renta pagados en exceso.

¹² Véase Anexo C-116, “Tercer Otrosí Decimos”.

132. Con respecto a la Acotación de la Depreciación, DEI Egenor promovió una reclamación administrativa ante la SUNAT el 21 de diciembre de 2001. En septiembre de 2002, la SUNAT notificó a DEI Egenor que su reclamación había sido rechazada y reafirmó su exigencia de cobro de la Acotación de la Depreciación, más intereses y multas por falta de pago. El 23 de septiembre de 2002, DEI Egenor apeló el rechazo de su reclamación por parte de la SUNAT ante el Tribunal Fiscal.
133. El 27 de diciembre de 2002, la SUNAT invocó la Norma VIII para efectuar una acotación a Barrick Misquichilca, una empresa que también continuaba gozando los beneficios de la revaluación de activos en caso de fusión de sociedades, conforme a su CEJ. El 9 de julio de 2003, la SUNAT volvió a efectuar una acotación a Edelnor, Luz del Sur y Edegel, esta vez conforme a la Norma VIII.
134. Como ya señaló el Tribunal, el 6 de octubre de 2003, la Demandante presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI de conformidad con lo dispuesto en el CEJ con DEI Bermuda.
135. El 23 de abril de 2004, el Tribunal Fiscal dictó su fallo sobre la apelación de la decisión de la SUNAT presentada por DEI Egenor. El Tribunal falló sustancialmente a favor de la SUNAT y en contra de DEI Egenor. El 27 de julio de 2004, la SUNAT emitió una acotación fiscal revisada contra DEI Egenor, de conformidad con la decisión del Tribunal Fiscal, por aproximadamente US\$ 27,6 millones.
136. El 27 de agosto de 2004, DEI Egenor solicitó una amnistía en relación con la Acotación de la Depreciación. Sostuvo, sin embargo, que su solicitud se presentaba “bajo protesta” y que ella no implicaba de ninguna manera el reconocimiento, por parte de DEI Egenor, de la validez de los argumentos legales en los que la SUNAT fundó su valuación¹³. El 27 de agosto de 2004, la SUNAT aceptó la solicitud de amnistía de DEI Egenor. Ese mismo día, DEI Egenor pagó el monto de la amnistía, en efectivo, por la suma aproximada de US\$15,9 millones.

¹³ Véase Anexo C-121.

137. El 8 de septiembre de 2004, el Tribunal Fiscal emitió la Resolución N° 06686/4/2004, en la que sostenía que la SUNAT excedió su jurisdicción contra Edegel al imponer determinaciones fiscales sobre la base de supuestas fusiones fraudulentas de acuerdo con la Norma VIII del Código Tributario.

III. RESUMEN DEL LAUDO

138. En su Solicitud de Arbitraje, la Demandante presentó los siguientes reclamos contra la Demandada derivados de la Acotación Fiscal:

1. incumplimiento de la garantía de estabilización del régimen tributario del CEJ con DEI Bermuda;
2. incumplimiento de la garantía de no discriminación del CEJ con DEI Bermuda;
3. incumplimiento de la garantía de libre remesa de capital del CEJ con DEI Bermuda; y
4. incumplimiento del deber implícito de buena fe y de la doctrina peruana de actos propios.

139. Conforme a la Decisión sobre Competencia, en la cual el Tribunal sostuvo que “el Demandante goza de las garantías estipuladas en las reglas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables al fondo de la diferencia en virtud de lo dispuesto en el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI” (párrafo 134), la Demandante agregó un quinto reclamo:

5. incumplimiento de los estándares mínimos conforme al derecho internacional consuetudinario.

140. En la Sección IV del presente Laudo, el Tribunal aborda, como cuestiones preliminares, (a) el derecho aplicable, (b) los efectos de la decisión de Duke/DEI Egenor de utilizar en su favor el programa de amnistía del Perú y (c) el alcance de la protección brindada a la Demandante según el CEJ con DEI Bermuda.

141. En la Sección V, sobre la base del marco dispuesto en la Sección IV, el Tribunal trata la cuestión de responsabilidad de la Demandada por cada rubro de la Acotación Fiscal. Con respecto a la Acotación de la Depreciación, las principales garantías en discusión son la estabilización del régimen tributario y la doctrina de actos propios (buena fe/actos propios). Con respecto a la Acotación por Revaluación de Activos, las principales garantías en discusión son la estabilización del régimen tributario, la doctrina de actos propios y la garantía de no discriminación.
142. Por los motivos que se expondrán a continuación, el Tribunal ha concluido, por mayoría, que la Demandada no es responsable por la Acotación de la Depreciación de acuerdo con ninguna de las teorías presentadas por la Demandante¹⁴. Con respecto a la Acotación por Revaluación de Activos, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la Demandada es responsable por la violación de la garantía de estabilización del régimen tributario conforme a las disposiciones del CEJ con DEI Bermuda. El Tribunal, por mayoría, considera, asimismo, que la Acotación por Revaluación de Activos constituye una violación del deber implícito de buena fe¹⁵. Habiendo concluido que la garantía de estabilización fue violada, el Tribunal considera que no es necesario decidir si la garantía de no discriminación fue quebrantada por la Acotación por Revaluación de Activos.
143. La decisión del Tribunal sobre los daños y perjuicios se expone en la Sección VI, la decisión sobre los costos, en la Sección VII.

IV. CUESTIONES PRELIMINARES

A. LEY APLICABLE

144. La cuestión sobre el derecho aplicable se presentó durante la etapa jurisdiccional de este proceso arbitral, en el contexto del debate sobre la admisibilidad de los reclamos. En dicho contexto, el Tribunal resolvió lo siguiente en su Decisión sobre Competencia (párrafo 162):

¹⁴ Sobre este punto, el Dr. Guido S. Tawil emitió una opinión disidente.

¹⁵ Sobre este punto, el Dr. Pedro Nikken emitió una opinión disidente.

El Demandado alega que el Tribunal debe aplicar la legislación del Perú para resolver esta diferencia. En realidad, la cuestión de la ley aplicable al fondo de esta causa es algo más complicado. El CEJ con DEI Bermuda no contiene una disposición específica con respecto al derecho sustantivo aplicable. En esas circunstancias, el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI exige que el Tribunal aplique “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia (incluyendo sus normas de derecho internacional privado) y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Asimismo, aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ con DEI Bermuda, este Tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional.

(Énfasis agregado)

145. En la etapa de fondo, cada parte planteó su propia interpretación del Artículo 42(1) del Convenio CIADI y su opinión sobre la relevancia de las observaciones del Tribunal acerca de la ley aplicable en su Decisión sobre Competencia.

1. Posición de la Demandante

146. Es la posición de la Demandante que la evaluación del Tribunal de la presente controversia debe basarse, en última instancia, en el “control sobreviniente” del derecho internacional.
147. En su presentación inicial en la audiencia sobre el fondo, el abogado de la Demandante explicó que el derecho internacional debería jugar un “triple papel” en esta diferencia: (1) prevaleciendo por sobre el derecho peruano cuando los dos sistemas jurídicos discrepan entre sí; (2) llenando lagunas jurídicas en el derecho peruano; y (3) estableciendo ciertos derechos independientes y autónomos para la Demandante, especialmente el derecho a un estándar mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.
148. Con respecto a los puntos (1) y (2), en relación al papel del derecho internacional en los casos en que existan discrepancias o lagunas jurídicas, la Demandante ha identificado, al

menos, tres áreas en las que, según su presentación, los principios del derecho internacional pueden entrar en conflicto con las normas locales de derecho peruano: (i) la unidad del Estado frente a la autoridad y existencia separada de los organismos del Estado; (ii) los efectos de la amnistía; y (iii) la aplicación del concepto de *estoppel* al Gobierno. En cada caso, la Demandante alega que el derecho internacional deber tener primacía sobre cualquier principio del derecho local divergente.

149. Por último, con respecto al punto (3), la Demandante alega que los incumplimientos de la Demandada también son susceptibles de generar una acción conforme a garantías independientes y autónomas de derecho internacional, que han sido incorporadas a través del Artículo 42(1) del Convenio CIADI.

2. Posición de la Demandada

150. Según la Demandada, el Artículo 42(1) del Convenio CIADI le otorga prioridad al derecho del Estado anfitrión en caso de que no exista acuerdo sobre el derecho aplicable.
151. Puesto que el CEJ con DEI Bermuda no contiene una cláusula que determine el derecho aplicable, la Demandada alega que, conforme al Artículo 42(1) del Convenio CIADI, se aplica, en primer término, la legislación del Estado anfitrión, es decir, del Perú.
152. La Demandada remitió al Tribunal a otros tribunales CIADI que han considerado contratos sin una cláusula que defina la ley aplicable y que llegaron a la conclusión de que dichos contratos estaban regulados por el derecho interno, sin necesidad de remitirse al derecho internacional. Véase *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo del 25 de febrero de 1988, 6 ICSID Rev. – FILJ 125, 159-64 (1991) (Broches, Presidente) (en el que se aplicó la legislación senegalesa); *S.A.R.L. Benvenuti y Bonfant c. República Popular del Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, Laudo del 8 de agosto de 1980, 1 ICSID Reports 330, 349 (1993) (en el que se aplicó la legislación congoleña).
153. La Demandada observó que, tal como lo confirmó el Tribunal en la Decisión sobre Competencia, conforme a la legislación peruana, los CEJs son tratados como contratos del derecho privado y, en consecuencia, están sometidos a las disposiciones pertinentes

del Código Civil del Perú. Por lo tanto, la negociación, la celebración, la interpretación y la ejecución del CEJ están reguladas por el derecho civil peruano.

154. Según la Demandada, en estas circunstancias, un tribunal debería remitirse al derecho internacional conforme al Artículo 42(1) solo si (i) una laguna jurídica en la legislación del Estado anfitrión no permite resolver la diferencia (es decir, “la conducta en cuestión no está regulada en la legislación peruana”); o (ii) la solución obtenida mediante la aplicación de la legislación del Estado anfitrión no guarda conformidad con el derecho internacional.
155. La Demandada alega que, en este caso, la Demandante no logró demostrar que haya una laguna jurídica en la legislación peruana aplicable, ni que la legislación peruana sea incompatible o no se ajuste al derecho internacional.
156. Por último, la Demandada alega que las conclusiones del Tribunal en la Decisión sobre Competencia no otorgó a la Demandante un título ilimitado para presentar reclamos sobre la base de todas y cada una de las protecciones que se pueden atribuir a las fuentes de derecho internacional establecidas en el Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como lo son los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

3. Análisis del Tribunal

157. La cuestión del derecho aplicable presenta dos aspectos diferentes para el Tribunal.
158. En primer lugar, ¿hay alguna laguna jurídica en la legislación peruana, o divergencias entre la legislación peruana y el derecho internacional? En el caso de que las hubiera, la Demandada no objeta que el derecho internacional debe tener primacía. Sin embargo la Demandada está en desacuerdo con la premisa de que existen lagunas jurídicas o divergencias.
159. En segundo lugar, en las circunstancias particulares de este caso, ¿otorga el Artículo 42(1) del Convenio CIADI a la Demandante el derecho a presentar reclamos independientes y autónomos sobre la base de fuentes reconocidas de derecho

internacional, como lo son el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho?

160. Con respecto a la primera cuestión, y tal como se explicará con mayor detalle a continuación, el Tribunal llega a la conclusión de que no hay divergencias entre el derecho local y el derecho internacional en lo que se refiere a los efectos que el Tribunal debería darle a la amnistía otorgada a Egenor respecto a ambos componentes de la Acotación Fiscal (*véase* Sección IV.B). Por otra parte, el Tribunal concluye que los principios de derecho internacional deben aplicarse a fin de determinar la medida en que la división del Estado en diferentes entidades y organismos puede desvincular al Estado de la responsabilidad por ciertos actos y manifestaciones (es decir, el análisis de la buena fe y la doctrina de los actos propios) (*véase* Sección IV.C.2).
161. Con respecto a la segunda cuestión, el Tribunal observa, en primer lugar, que la segunda oración del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI no establece *a priori* una jerarquía o preferencia entre el derecho nacional y el derecho internacional. Sin embargo, como se explicará más detalladamente, el Tribunal ha considerado los principios independientes de derecho internacional sugeridos por la Demandante como incorporados implícitamente en el CEJ (tales como la buena fe y el trato justo y equitativo) y ha determinado que ellos son redundantes a la luz de las protecciones otorgadas al Demandante conforme al CEJ con DEI Bermuda y a la legislación peruana. Por lo tanto, en la medida en que dichos principios se encuentran comprendidos tanto en el CEJ con DEI Bermuda como en la legislación peruana, no es necesario que el Tribunal emita un análisis por separado del reclamo de la Demandante sobre esa base.

B. EFECTOS DE LA AMNISTÍA

162. DEI Egenor hizo uso voluntario de la Ley de Amnistía Fiscal, Sistema Especial de Actualización y Pago de Deudas Tributarias (“SEAP”), bajo reserva de sus derechos. En el caso de la Acotación por Revaluación de Activos, DEI Egenor solicitó inmediatamente la amnistía después de que la SUNAT efectuara la acotación. En el caso de la Acotación de la Depreciación, DEI Egenor solicitó la amnistía sólo después de que no se hiciera lugar a su objeción contra la acotación de la SUNAT ante el Tribunal Fiscal.

163. Durante la etapa jurisdiccional, la Demandada alegó que los reclamos de la Demandante que surgen de la Acotación Fiscal eran improcedentes, debido a que las cuestiones ya se habían resuelto de conformidad con la Ley de Amnistía. En la Decisión sobre Competencia (párrafo 164), el Tribunal desestimó la objeción sobre admisibilidad y decidió que consideraría los efectos de la amnistía durante la etapa de fondo de este proceso arbitral.

1. Argumentos de las partes

a) Alcance de la renuncia

164. Según la Demandada, la solicitud de un contribuyente para gozar los beneficios de la Ley de Amnistía Fiscal implica el reconocimiento y la aceptación de las obligaciones tributarias estipuladas en la solicitud, ya que el pago realizado de acuerdo con la Ley de Amnistía Fiscal constituye la renuncia a toda objeción actual o futura contra la obligación tributaria en cuestión, ya sea mediante un procedimiento administrativo o judicial.

165. Basándose en el Dr. Hernández, uno de sus peritos, la Demandada sostiene que cuando un contribuyente renuncia a su derecho a objetar una deuda tributaria mediante la solicitud de amnistía, esta renuncia no es sólo de aplicación en procesos entablados ante tribunales locales, sino también en procesos entablados en cualquier jurisdicción, siempre que el contribuyente haya tenido la opción de acogerse al SEAP. Por lo tanto, según la Demandada, el acogimiento por parte de DEI Egenor a la Ley de Amnistía Fiscal constituye una renuncia categórica de DEI Egenor a cualquier objeción actual o futura contra las obligaciones tributarias en cuestión ante cualquier foro, incluido el arbitraje internacional previsto en un CEJ.

166. A modo de respuesta, la Demandante alega que el único efecto de la aceptación de la amnistía por parte de DEI Egenor fue la renuncia a su derecho de impugnar los pagos efectuados en función de la amnistía mediante los mecanismos procesales disponibles en la legislación tributaria del Perú. De hecho, como destaca el Prof. Jorge Avendaño, perito de la Demandante, el SEAP ni siquiera obliga a que un contribuyente que hace uso de la amnistía, acepte los motivos subyacentes de la SUNAT para imponer sus

determinaciones, sino que el contribuyente simplemente tiene que: (a) reconocer que está pagando una deuda, independientemente de si ella ha sido válidamente establecida o no y (b) renunciar a su derecho a impugnar dicha deuda conforme a los procedimientos establecidos en la legislación tributaria.

167. Según la Demandante, el argumento del Dr. Hernández, en cuanto a que el alcance de la renuncia a los derechos de DEI Egenor debe extenderse a los reclamos presentados en el arbitraje del CIADI por DEI Bermuda, colisiona con la afirmación de otro perito de la Demandada, Prof. Alfredo Bullard, quien sostiene que en “el régimen excepcional... en materia tributaria, la interpretación... deber ser restrictiva”. La opinión del Profesor Bullard con respecto a la aplicación restrictiva de la legislación tributaria coincide con lo expresado por el perito de la Demandante, profesor Avendaño.

b) Efectos sobre DEI Bermuda

168. Según el Dr. Hernández, “al haberse acogido EGENOR al SEAP, su matriz [DEI Bermuda] no puede efectuar reclamación alguna referida a la deuda objeto del acogimiento a la amnistía”. La Demandada alega que, en contra de la posición adoptada por la Demandante en la etapa jurisdiccional, la Demandante se encuentra ahora tratando de sacar ventaja inadecuadamente de un juego de estructuras societarias para evitar los efectos de la amnistía.
169. A modo de respuesta, la Demandante alega que la acusación de la Demandada en cuanto a que la Demandante está “tratando de ‘escondese detrás de formalidades societarias para evitar’ las consecuencias legales de que DEI Egenor esté haciendo uso de la Ley de Amnistía Fiscal” no es más que una falacia del “hombre de paja”.
170. Según la Demandante, los pagos de DEI Egenor al amparo de la amnistía no tuvieron efecto alguno sobre los derechos de DEI Egenor estipulados en el CEJ con Egenor o sobre aquéllos de DEI Bermuda establecidos en el CEJ con DEI Bermuda. Debido a que la Demandante nunca ha tomado la postura de que los derechos estipulados en el CEJ con DEI Bermuda subsisten a pesar de la renuncia a los derechos estipulados en el CEJ con

DEI Egenor, la posición de la Demandada de que la Demandante se está “escondiendo detrás de formalidades societarias” se funda en una premisa completamente falsa.

c) Reserva de derechos

171. La Demandada alega que la reserva de derechos que DEI Egenor incluyó en su solicitud de amnistía no es válida de acuerdo con la legislación peruana.
172. La Demandante responde que DEI Bermuda no alega que retiene su derecho a formular sus reclamos en este proceso arbitral únicamente porque DEI Egenor reservó sus derechos al acogerse al SEAP. La posición de la Demandante es, más bien, que la limitada renuncia de DEI Egenor a sus derechos procesales en los términos del SEAP no tiene absolutamente ningún efecto en las relaciones civiles e internacionales establecidas por los CEJs con Egenor y DEI Bermuda. La finalidad de la reserva de derechos era simplemente la de aclarar, fuera de toda duda y más allá de lo que ya disponía la legislación peruana, que DEI Egenor y DEI Bermuda estaban aún evaluando otras alternativas de reparación, además de los mecanismos de resolución de diferencias de la legislación tributaria del Perú previstos en el SEAP.
173. La Demandante también señala que no sería justo impedir que DEI Bermuda presente reclamos en el presente proceso arbitral, ya que el Gobierno no se basó, y no habría tenido fundamento para ello, en los pagos del SEAP por parte de DEI Egenor, a la luz de la reserva de derechos que la Demandante incluyó en sus solicitudes de amnistía.

d) Atenuación de daños

174. La Demandante alega que DEI Egenor solicitó la amnistía con el fin de atenuar los daños, ya que, de otro modo, las penalidades e intereses sobre la Acotación Fiscal hubieran continuado acumulándose.
175. La Demandada alega que un demandante no está obligado a adoptar medidas para atenuar daños cuando el derecho interno no lo autoriza o cuando dichas medidas impiden al mismo demandante la utilización de otros medios de reparación. Por lo tanto, en el presente caso, el derecho internacional no exigiría a la Demandante que hiciera uso de la

Ley de Amnistía Fiscal, dado que el beneficio dispuesto por dicha ley (es decir, la atenuación de los daños y perjuicios) está expresamente condicionado a la renuncia de la Demandante al derecho a impugnar la deuda tributaria mediante cualquier procedimiento y en cualquier jurisdicción.

176. Asimismo, la Demandada alega que, conforme a la legislación peruana, la Demandante tenía un medio alternativo para atenuar los daños que no hubiera requerido a la Demandante renunciar a su derecho a impugnar la acotación de la SUNAT. Como el Dr. Luna-Victoria lo explicó en su informe pericial, en el Perú, un contribuyente puede invocar el procedimiento de “pago bajo protesta”. Este procedimiento –y sólo éste– permite al contribuyente pagar una acotación fiscal, sin reconocer la obligación, y presentar una objeción contra dicha acotación mediante un procedimiento administrativo o judicial. Además, realizar el pago bajo protesta tiene el efecto de atenuar los daños, ya que impide que se sigan devengando intereses sobre la acotación subyacente.
177. La Demandante responde que la premisa subyacente del argumento de la Demandada presupone que la atenuación de los daños fundada en los pagos SEAP que efectuó DEI Egenor opera como un impedimento para que DEI Bermuda presente reclamos en este proceso arbitral de acuerdo con el CEJ con DEI Bermuda, lo cual la Demandante rechaza.
178. Por consiguiente, afirma la Demandante, la referencia de la Demandada a otros posibles medios de atenuación, como el “pago bajo protesta”, es de escasa relevancia en este proceso arbitral. Según la Demandante, la atenuación de daños por parte de DEI Egenor, realizada mediante el pago estipulado en el programa de amnistía, fue claramente la manera más eficiente y efectiva de “detener la hemorragia” en este caso, al tiempo que permitió preservar todos los derechos de DEI Bermuda para iniciar un proceso arbitral fundado en todos los reclamos conforme a su CEJ (*véase* el Segundo Informe Pericial de Navigant, párrafos 64-68, en el que se calcula el monto que habría tenido que pagarse bajo protesta. En caso que la Demandante hubiese pagado bajo protesta los daños “ascenderían, aproximadamente, a un monto de US\$ 43,1 millones más que los US\$ 37,5 millones que se reclaman en este proceso arbitral”).

2. Análisis del Tribunal

179. El Tribunal concluye que los derechos estipulados en los CEJs con DEI Egenor y de DEI Bermuda son autónomos y distintos de los derechos a los que se aplica la renuncia del SEAP, con independencia de que DEI Egenor pudo haber reservado ciertos derechos en sus solicitudes de amnistía¹⁶. Para beneficiarse de la Ley de Amnistía, el contribuyente debía desistir de sus reclamaciones ante las “autoridades administrativas o judiciales”¹⁷. Conforme a cada CEJ, fue convenido que las controversias sobre el alcance de la protección estipulada en el CEJ serían sometidas a arbitraje (arbitraje nacional o internacional, en el caso del CEJ con Egenor, y arbitraje CIADI, en el caso del CEJ con DEI Bermuda), y no a las autoridades administrativas o judiciales¹⁸.
180. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, puesto que ni las autoridades administrativas ni judiciales del Perú tienen competencia para conocer sobre reclamos o impugnaciones fundados en los CEJs, la renuncia a toda impugnación contra la obligación tributaria ante las “autoridades administrativas o judiciales” prevista en la Ley de Amnistía Fiscal no podría haber resultado en la renuncia de los derechos atribuidos a DEI Egenor y a DEI Bermuda por sus respectivos CEJs.
181. Además, el CEJ con DEI Bermuda no contiene ninguna disposición específica con respecto al derecho sustantivo aplicable. En dichas circunstancias, el Artículo 42(1) del Convenio CIADI exige que el Tribunal aplique “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.
182. En consecuencia, incluso si el pago estipulado por la Ley de Amnistía Fiscal resultara, según la legislación peruana, en la renuncia a los derechos establecidos en los CEJs (lo

¹⁶ El Tribunal observa que, en rigor, no hubo “reserva de derechos” en las solicitudes de amnistía. DEI Egenor simplemente pagó y remarcó en su solicitud que el pago “no implica[ba], de forma alguna, el reconocimiento por parte de DEI Egenor de la validez de los argumentos legales sobre la base de los cuales la SUNAT emitió las Resoluciones” (Anexo C-121).

¹⁷ Decreto Legislativo N° 914, Artículo 9.3 (Anexo C-144).

¹⁸ En su Segundo Informe Pericial, el Profesor de Trazegnies se refiere a la situación en la cual reclamos bajo un CEJ son sometidos exclusivamente a arbitraje. Señala al respecto que “el Tribunal Fiscal ha dejado claramente establecido que en estas situaciones existe una vía tributaria y una vía arbitral, señalando que estos dos planos tienen sus respectivas funciones y no pueden ser confundidos” (Informe de fecha 22 de febrero de 2005, párrafo 11). El Profesor de Trazegnies cita el caso Edegel (Decisión del Tribunal Fiscal N° 06619-4-2002), el caso Edelnor (Decisión del Tribunal Fiscal N° 06604-5-2002) y el caso Luz del Sur (Decisión del Tribunal Fiscal N° 06628-1-2002) como fundamento de su afirmación (*Ibid.*, párrafos 12-18). En el presente caso, señala que “DEI Bermuda no pretende impugnar las resoluciones de acotación de la SUNAT, no quiere invalidar las resoluciones del Tribunal Fiscal. (*Ibid.*, párrafo 5).

cual, en la opinión del Tribunal, no es así), la legislación peruana (“la legislación del Estado que sea parte en la diferencia”), y en particular la Ley de Amnistía Fiscal, entrarían en conflicto con los principios del derecho internacional aplicables. Uno de esos principios es que la renuncia a los derechos del CIADI debe ser explícita (*véase* el Segundo Informe Pericial del Profesor Dolzer, párrafos 28-29). Tal como se explicó en la Sección anterior, la Demandada no cuestiona que, en el caso de tales conflictos, el derecho internacional prevalece por sobre el derecho local.

183. Por último, el Tribunal también se funda, subsidiariamente, en el principio que sostiene el perito de la Demandada, Prof. Alfredo Bullard, el cual establece que en “el régimen excepcional... en materia tributaria, la interpretación ... debe ser restrictiva”. Este principio debe aplicarse a la interpretación de la renuncia de DEI Egenor a su derecho de impugnar las acotaciones.

C. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ESTIPULADA EN EL CEJ CON DEI BERMUDA

184. El reclamo en materia de responsabilidad de la Demandante debe fundarse, tal como lo estableció el Tribunal en su Decisión sobre Competencia, en el CEJ con DEI Bermuda. Se exponen a continuación los párrafos relevantes de la Decisión sobre Competencia:

131. El Tribunal no tiene dudas en aplicar el principio de la unidad de inversión para refutar el argumento del Demandado de que la descripción restringida de la transacción mencionada en la Cláusula Segunda del CEJ con DEI Bermuda determina necesariamente el alcance de la “inversión” a los fines del CEJ con DEI Bermuda. La realidad de la inversión global, que surge claramente de los autos, desvirtúa las objeciones del Demandado de que nunca habría consentido el arbitraje en una diferencia relacionada con la inversión más amplia realizada por Duke Energy en DEI Egenor.
132. Sin embargo, el Tribunal también reconoce la conclusión natural del caso de CSOB, es decir, que el Demandante deberá sustanciar sus reclamos en la etapa de análisis del fondo de la

cuestión, haciendo referencia exclusivamente a las garantías contenidas en el CEJ con DEI Bermuda y no a las contenidas en ninguno de los restante CEJs. Esta es una función de la redacción específica de la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda y del fundamento jurídico de los reclamos del Demandante tal como fueron formulados en la Solicitud de Arbitraje, es decir, el alegado incumplimiento de las protecciones contenidas en el CEJ con DEI Bermuda y no en ninguno de los restantes CEJs.

133. Aunque la falta de competencia del Tribunal sobre los demás CEJs no impedirá que los tenga en cuenta a los fines de la interpretación y aplicación del CEJ con DEI Bermuda (en verdad, eso es “perfectamente posible, normal y necesario”), no estará en condiciones de “hacer efectivas” las protecciones contenidas en esos CEJs. En otras palabras, en las peculiares circunstancias de este caso (convenios sucesivos *para la protección* de la inversión), la unidad de la inversión no siempre importará la unidad de la protección de la inversión.
134. Por último, al centrarse en las garantías incluidas en el CEJ con DEI Bermuda y excluir la aplicación de las garantías incluidas en los demás CEJs, el Tribunal no está restringiendo al Demandante estrictamente al texto del CEJ con DEI Bermuda. En primer lugar, la Demandante tiene derecho a las garantías comprendidas en el CEJ con DEI Bermuda de conformidad con la legislación del Perú. En segundo lugar, el Demandante goza de las garantías estipuladas en las reglas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables al fondo de la diferencia en virtud de lo dispuesto en el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI.

(Énfasis agregado)

185. En esta Sección, antes de tratar la responsabilidad de la Demandada según cada componente de la Acotación Fiscal, el Tribunal examinará el alcance de las protecciones incluidas o implícitas en el CEJ con DEI Bermuda.

1. Estabilización tributaria

a) Disposiciones relevantes del CEJ con DEI Bermuda

186. La Estabilización Tributaria está garantizada en la Cláusula Tercera, Inciso 1, del CEJ con DEI Bermuda, que establece lo siguiente:

TERCERA – El ESTADO, en virtud del presente Convenio y mientras éste se encuentre vigente, se obliga, en relación con la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA, a garantizar la estabilidad jurídica para DUKE ENERGY INTERNATIONAL, en los siguientes términos:

1. Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el inciso a) del Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 662, vigente al momento de la suscripción del presente Convenio, según el cual los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, no se encuentran gravadas, de conformidad con lo prescrito en el inciso a) del Artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-99-EF vigente a la fecha de suscripción del presente Convenio. La mencionada ley tampoco grava las remesas al exterior de los montos que correspondan a DUKE ENERGY INTERNATIONAL por cualquiera de los conceptos contemplados en este inciso.

187. La Cláusula Cinco del CEJ con DEI Bermuda dispone lo siguiente:

El presente Convenio de Estabilidad Jurídica tendrá una vigencia de diez (10) años contados a partir de la fecha de su celebración. En consecuencia, no podrá ser modificado unilateralmente por ninguna de las partes durante dicho período, ni aunque la legislación nacional sea modificada, así se trate de modificaciones más beneficiosas o perjudiciales para alguna de las partes que las pactadas en este Convenio.

[...]

b) Posiciones de las partes

i) Posición de la Demandante

188. Además de las disposiciones relevantes del CEJ con DEI Bermuda, la Demandante se basa en los términos particulares de diversos instrumentos legales.
189. En primer lugar, la Demandante se basa en el Artículo 10(a) de la Ley de Inversión Extranjera, citado en el CEJ con DEI Bermuda, el cual establece lo siguiente:

Artículo 10. El Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar con los inversionistas extranjeros, con anterioridad a la realización de la inversión y al registro correspondiente, convenios para garantizarles los siguientes derechos:

- a. Estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio.

En virtud de la estabilidad del régimen tributario que se garantiza, el inversionista extranjero respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión y al que afecte las utilidades que se le atribuyan y/o los dividendos que se distribuyan en su favor, no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio correspondiente, de manera tal que si el impuesto a la renta de cargo de la empresa aumentara, se reducirá la tasa que afecte al inversionista extranjero en la parte necesaria para permitir que la utilidad de la empresa que finalmente sea de libre disposición para él, sea por lo menos igual a la garantizada.

(Énfasis agregado)

190. La Demandante también se basa en el Artículo 23 del Reglamento de la Inversión, que se transcribe a continuación en lo que es pertinente:

Artículo 23.- La estabilidad del régimen tributario implica lo siguiente

- a) Para los inversionistas: se les garantiza que, mientras esté

vigente el convenio de estabilidad, los montos que les correspondan no se verán afectados con el Impuesto a la Renta que resulte en una carga tributaria mayor a aquella que se encontraba vigente a la fecha de suscripción del convenio, de tal modo que tendrán derecho a recibir efectivamente dichos montos en la misma proporción, por los siguientes conceptos:

- a.1 Los dividendos que se acuerden en su favor;
- a.2 Las utilidades que se les atribuyan;
- a.3 Las utilidades que se encuentren a su disposición; o
- a.4 La remesa de los montos que les correspondan por cualquiera de los conceptos contemplados en los diversos numerales del presente inciso.

El régimen de estabilidad que se otorga a los inversionistas según lo dispuesto en el inciso a) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 662 implica que en caso de que el Impuesto a la Renta fuera modificado durante la vigencia del convenio de estabilidad de tal modo que se produzca una variación de la base imponible o de las alícuotas que afectan a la empresa que genera las utilidades, o que se creen nuevos impuestos que graven la renta de la empresa, o que por cualquier otra causa de efectos equivalentes la utilidad o dividendos distribuibles o disponibles para el inversionista disminuyeran porcentualmente respecto de la utilidad antes de impuestos en comparación con aquella distribuible o disponible al tiempo de fijarse el régimen tributario que se garantiza, al amparo de la estabilidad concedida por el convenio se reducirán la o las alícuotas del impuesto a las utilidades o dividendos de cargo del inversionista para permitir que la utilidad o dividendos finalmente disponibles o distribuibles sean iguales a los garantizados, hasta el límite que sea posible con cargo a dicho impuesto a las utilidades o dividendos.

- b) Para las empresas receptoras de la inversión comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 17° del presente Decreto Supremo: se les garantiza que, mientras esté vigente el convenio de estabilidad, el Impuesto a la Renta que les corresponda no será modificado, aplicándose en los mismos términos y con las mismas alícuotas, deducciones y escala para el cálculo de la renta imponible, que el que regía en el momento de la suscripción del convenio.

El régimen de estabilidad tributaria que se otorga a las empresas al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 757 implica que, en caso de que el Impuesto a la Renta fuera modificado durante la vigencia del convenio de estabilidad, dichas modificaciones no afectarán a las empresas receptoras de la inversión cuya estabilidad tributaria se encuentre amparada en el convenio correspondiente, ya sea que aumenten o disminuyan las alícuotas, o que se modifique la materia imponible ampliándose o reduciéndose, o por cualquier otra causa de efectos equivalentes.

(Énfasis agregado)

191. La Demandante hace referencia a las disposiciones citadas anteriormente (entre otras), como el “Régimen de Estabilización Tributaria” que se aplica en Perú a las inversiones extranjeras. La Demandante alega que el Régimen de Estabilización Tributaria asegura al inversionista extranjero que ni los dividendos acordados a su favor, ni las utilidades generadas por la empresa local puestas a su disposición, serán alteradas ya sea mediante una modificación del régimen tributario, o ya por la forma de aplicación de dicho régimen.
192. Con respecto al Régimen de Estabilización Tributaria que se aplicó a las inversiones de DEI Bermuda en Perú, la Demandante alega que, de acuerdo con los términos del CEJ con Egenor, el CEJ con DEI Bermuda y el Régimen de Estabilización Tributaria, Duke Energy era, básicamente, la beneficiaria del régimen tributario que el Gobierno de Perú

había otorgado originalmente a Dominion. Dicho régimen tributario incluía las leyes y reglamentaciones estabilizadas *al momento en que se suscribió el CEJ con Egenor en 1996*. En ese momento, la Ley Fusión-Revaluación estaba vigente y, por lo tanto, se estabilizó para Egenor (que más tarde se convirtió en DEI Egenor). Lo mismo sucedió, según la Demandante, con la tasa de depreciación que aplicó Egenor después de la privatización del Tramo del 60%, específicamente, la tasa legal general.

193. Por lo tanto, según la Demandante y en virtud de la naturaleza interrelacionada de los CEJs conforme a lo estipulado en la Ley de Inversión Extranjera y el Reglamento de la Inversión, Duke Energy era efectivamente la beneficiaria de (a) una exención del impuesto sobre los dividendos y (b) un régimen tributario estabilizado sobre las utilidades generadas por DEI Egenor y puestas a disposición de DEI Bermuda, que incluye la tasa legal general de depreciación y los beneficios de la Ley Fusión-Revaluación.
194. A fin de vincular el CEJ con DEI Bermuda y el CEJ con Egenor, permaneciendo no obstante dentro de los límites establecidos por el Tribunal en los párrafos 132 y 133 de la Decisión sobre Competencia (citados anteriormente), la Demandante se basa, en particular, en el Artículo 23 del Reglamento de la Inversión. Su argumento se expone brevemente en su Memorial (en el párrafo 155):

Desagregado en sus componentes, el Artículo 23 (a) confirma que: (i) si, en realidad, el régimen tributario que se aplica a DEI Egenor (ii) durante la vigencia del CEJ con DEI Bermuda (iii) es diferente al régimen tributario que fue estabilizado para DEI Egenor en virtud del CEJ con DEI Egenor, entonces (iv) DEI Bermuda recibirá la reparación correspondiente a la variación en el régimen tributario (v) conforme al CEJ con DEI Bermuda. Por lo tanto, en esencia, si bien el Artículo 23(b) confirma que el régimen tributario relativo al impuesto a la renta para DEI Egenor será congelado durante los próximos diez años, el Artículo 23.a establece que es DEI Bermuda la que puede reclamar por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de ese régimen tributario por parte del Estado. Más específicamente, el Artículo 23(a) dispone que: (i) el CEJ con DEI Bermuda garantiza a DEI Bermuda que (ii) las utilidades disponibles o los dividendos distribuibles para DEI Bermuda

(iii) serán *iguales* al monto que resulta de la aplicación del régimen tributario estabilizado a las ganancias imponibles de DEI Egenor (iv) en vigor durante la vigencia de los CEJs con DEI Bermuda y DEI Egenor. En otras palabras, se le otorgó a DEI Bermuda el derecho a reclamar al Gobierno por la diferencia entre el monto que esperaba recibir según el régimen estabilizado y el monto que en efecto recibió (o pudo recibir) como resultado de la violación de dicho régimen por parte del Gobierno.

195. Por último, según la Demandante, la modificación del régimen tributario por parte de Perú no era la única manera de violar el Régimen de Estabilización Tributaria. La formulación particular de este argumento de la Demandante evolucionó en el curso de este proceso arbitral.
196. La Demandante primero alegó, en su Memorial (párrafo 169), que la Demandada habría modificado, de manera no permitida, el régimen que se había estabilizado para DEI Bermuda mediante “(a) la *aplicación* de las leyes o reglamentaciones existentes de manera *totalmente incongruente* con las aplicaciones previas de dichas leyes y reglamentaciones o (b) la *aplicación* de una ley existente *de manera ilegítima*” (énfasis del original). En sustento de la posición de la Demandante, el Profesor de Trazegnies sostuvo, en su Segundo Informe Pericial (párrafo 54), que “se puede burlar la estabilidad jurídica si, manteniendo sin cambios el mismo texto de la ley, se lo entiende en una forma radicalmente diferente de la manera como se entendía y se aplicaba anteriormente” (énfasis agregado).
197. En su Réplica (párrafos 220-23), la Demandante modificó el énfasis de su argumento con respecto a este punto y afirmó que la conducta que podría constituir un incumplimiento de la garantía de estabilidad tributaria incluía “cualquier modificación con respecto a la interpretación o aplicación” de la legislación y reglamentaciones tributarias existentes (énfasis agregado). Asimismo, en su presentación posterior a la audiencia y en respuesta a una de las preguntas planteadas por el Tribunal, la Demandante alegó que “cualquier modificación por parte del Estado en la aplicación (interpretación) del régimen tributario estabilizado para un inversionista o para la empresa receptora de la inversión que tenga

por resultado una carga tributaria mayor que la vigente al momento de la suscripción del CEJ constituye una violación del CEJ y, por lo tanto, da derecho a accionar”.

ii) Posición de la Demandada

198. La Demandada sostiene que el Perú cumplió plenamente con la promesa de estabilización tributaria hecha a la Demandante en la Cláusula Tercera, Inciso 1, del CEJ con DEI Bermuda.
199. Según la Demandada, la Demandante –DEI Bermuda– sólo puede invocar las garantías estipuladas en su CEJ y, por lo tanto, el intento de la Demandante de fusionar el CEJ con DEI Bermuda y el CEJ con Egenor (mediante la aplicación del Artículo 23 del Reglamento de la Inversión u otros) es inadmisibles. La Demandada considera que la interpretación de la Demandante no puede imponerse debido a que omite otorgarle sentido alguno a la segmentación de los CEJs.
200. Asimismo, según la Demandada, los CEJs estabilizan la legislación tributaria, pero no estabilizan una interpretación o aplicación específica de dicha legislación. La Demandada alega que en virtud de cualquier CEJ (incluido el CEJ con DEI Bermuda) las autoridades fiscales no están obligadas a interpretar o aplicar la legislación tributaria de una manera determinada, sino que pueden interpretarla y aplicarla libremente, siempre que lo hagan dentro de los límites de la ley y la razón. La Demandada afirma que la Demandante no alcanzó su propio estándar, expresado inicialmente en su Memorial, de demostrar que la aplicación e interpretación de la legislación o reglamentaciones tributarias por parte del Perú fueron “totalmente inconsistentes”, “ilegítimas” o “radicalmente diferentes” en comparación con su aplicación o interpretación previa.

c) El análisis del Tribunal

i) Interpretación del Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión

201. Las partes coinciden en que el vínculo entre el CEJ con Egenor y el CEJ con DEI Bermuda está establecido en el Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión. No concuerdan, sin embargo, respecto del efecto de la disposición de “compensación” en los

casos, como el de DEI Bermuda, en los que el porcentaje de retención de impuestos sobre los dividendos resulta ser de cero por ciento para el inversionista. Según la Demandada, debe concluirse que DEI Bermuda no tiene posibilidad de reclamo con base en su CEJ si la estabilidad tributaria de Egenor se ve afectada, dado que no existía algo respecto de lo cual efectuar la compensación. La Demandante replica que donde existe un derecho, debe existir una acción, y que Perú debe indemnizar a la Demandante mediante el correspondiente pago de daños y perjuicios.

202. La compensación prevista en el Artículo 23(a) es el mecanismo mediante el cual se satisfacen los intereses del inversionista, al evitar una disminución en sus ingresos como resultado de los incrementos tributarios impuestos sobre la empresa receptora, mientras que el interés del Estado se satisface asegurando que los CEJs no “resta[n] recursos a la Caja Fiscal”¹⁹, como lo indica el Considerando del Reglamento.
203. Este mecanismo, por lo tanto, se emplea para equilibrar el incremento de los impuestos sobre la empresa receptora con la disminución de los impuestos sobre los dividendos del inversionista para “permitir que la utilidad o dividendos finalmente disponibles o distribuibles sean iguales a los garantizados, hasta el límite que sea posible con cargo a dicho impuesto a las utilidades o dividendos” (énfasis agregado).
204. La redacción del Artículo 23(a), a primera vista, parece inclinarse por la línea argumentativa de la Demandada. Según los términos expresos del Artículo 23(a), donde, como en el caso en cuestión, los dividendos del inversionista no están gravados en absoluto, parecería que el “límite posible” de la compensación disponible para subsanar los incrementos en la carga tributaria sobre la empresa receptora es cero.
205. El Tribunal debe determinar, sin embargo, si el significado literal del Artículo 23(a) constituye base suficiente sobre la cual establecer la limitación de responsabilidad en los casos en que la Demandada ha violado el CEJ con DEI Bermuda al modificar de manera indebida el régimen tributario estabilizado para Egenor. El Tribunal considera que el planteo contra una limitación literal expresa fue formulado persuasivamente por dos de

¹⁹ Cita original de la norma en español.

los expertos de la Demandante, especialistas en derecho peruano, el Profesor de Trazegnies y el Profesor Talledo.

206. Durante la audiencia, el Profesor de Trazegnies opinó que el Tribunal no debería hacer lugar a la limitación expresa por los siguientes motivos: (i) el Artículo 1322 del Código Civil establece que quien no cumpla con una obligación debe pagar daños y perjuicios; y (ii) dar efecto a la limitación socavaría el objeto mismo del CEJ, que consiste en proteger al inversionista de las modificaciones al régimen tributario (*véase* Transcripción de la Audiencia, 14 de Mayo de 2007, pp. 1149: 22-1153: 18).
207. Por su parte, el Profesor Talledo opinó que el mecanismo de compensación descrito en el Artículo 23(a) era meramente el “mecanismo de compensación” que establecía el régimen de estabilidad (Transcripción de la Audiencia, 14 de Mayo de 2007, p. 1213: 13-14). Sostuvo que, puesto que en el caso donde el impuesto sobre los dividendos ya es igual a cero, el mecanismo de compensación “... no resulta operativo, lógico es entender, atendiendo a la finalidad del convenio, que en ese mismo supuesto [esto es un impuesto a una tasa igual a cero sobre los dividendos] el Estado deberá indemnizar al inversionista por la disminución de la utilidad distribuable de la receptora que resulta del incremento de su carga tributaria” (Transcripción de la Audiencia, 14 de Mayo, 2007, p. 1213: 15-20).
208. El Tribunal coincide con la versión de que el Artículo 23(a) opera como un medio de compensación particular. En el caso de que no pueda aplicarse efectivamente, el inversionista debería poder recurrir a los medios de compensación subsidiarios, es decir, el pago de daños y perjuicios disponible a tenor de la legislación peruana. En este sentido, el Artículo 1321 del Código Civil del Perú establece que la parte que no cumple con sus obligaciones debe pagar daños y perjuicios²⁰. Esta disposición es reflejada en el

²⁰ Artículo 1321: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída*”.

Artículo 1428 del Código Civil del Perú, el cual indica que cuando una parte no cumple con un contrato bilateral, la otra parte puede solicitar el pago de daños y perjuicios²¹.

209. Habiendo considerado toda la prueba y los principios legales aplicables, el Tribunal concluye, no obstante la limitada redacción del Artículo 23(a), que la Demandante tiene derecho a reclamar con base en el CEJ con DEI Bermuda, si con posterioridad al 24 de julio de 2001 -fecha en la que el CEJ con DEI Bermuda entró en vigencia- se violó la estabilidad del régimen tributario garantizada a Egenor (posteriormente, DEI Egenor) en el CEJ con Egenor de 1996.

ii) El significado de la estabilización tributaria conforme a los CEJs

210. La estabilidad jurídica, según surge del Considerando a la Ley de Inversión Extranjera, garantiza a los inversionistas extranjeros la “continuidad de las reglas establecidas”²². El Tribunal debe ahora determinar si la estabilidad jurídica alcanza no sólo al texto formal de las leyes y los reglamentos existentes al tiempo de la celebración del CEJ con Egenor, sino también a su interpretación y aplicación específicas en ese momento.

211. El Artículo 23, en el cual se basó la Demandante para demostrar el vínculo entre el CEJ con Egenor y el CEJ con DEI Bermuda, establece que el impuesto a la renta no puede ser “enmendado” o “modificado” en la medida en que el CEJ esté vigente.

212. De manera similar, el Considerando del Reglamento de la Inversión establece que los CEJs “se limitan a garantizar a los inversionistas y las empresas en que éstos participan que por un determinado período no se les modificará la legislación que les rige en el momento de celebración de los mismos...” (énfasis agregado).

213. Siguiendo esta misma línea, el Artículo 24 del Reglamento de la Inversión dispone lo siguiente:

²¹ Artículo 1428: “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”.

²² Ley de Inversión Extranjera – Preámbulo (Anexo C-8 de la Demandante).

Artículo 24. En mérito a lo prescrito en las normas legales a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto Supremo, por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo en las materias sobre los cuales se otorga la estabilidad.

La ultractividad a que se refiere el párrafo anterior implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre las materias y por el plazo previstos en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables.

214. La Demandante sostiene que una garantía de estabilidad del régimen tributario que proteja al inversionista estricta y solamente contra las modificaciones a las leyes y los reglamentos debilitaría el alcance de la garantía que, como quedó demostrado, las partes se proponían incluir en el CEJ. El Tribunal examinará qué cambios adicionales al régimen tributario, si los hubiere, están comprendidos dentro de la garantía de estabilización además de las enmiendas o modificaciones realizadas por la legislación o los reglamentos peruanos.
215. El Tribunal inicia el análisis de esta difícil cuestión partiendo del principio de que su competencia no le permite determinar si las decisiones y determinaciones de la SUNAT o las decisiones del Tribunal Fiscal son correctas a tenor de la legislación tributaria peruana. Como se expresó en la Decisión sobre Competencia, el Tribunal no actúa como una sala de apelaciones del Tribunal Fiscal.
216. La competencia del Tribunal, con relación a esta garantía en particular, está limitada a determinar si las interpretaciones o decisiones de la SUNAT o del Tribunal Fiscal, sean éstas correctas o incorrectas, son congruentes con el régimen tributario estabilizado para la Demandante en el CEJ con DEI Bermuda. El estándar del Tribunal, en consecuencia, es por naturaleza comparativo y no absoluto. En otras palabras, el Tribunal no opina si la

decisión o interpretación en cuestión es correcta o no, sino que solamente determina si esa decisión de la SUNAT o del Tribunal Fiscal, en el caso que nos ocupa, representa un cambio en sus respectivas decisiones existentes antes de la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda.

217. Este ejercicio comparativo es razonablemente sencillo para la legislación y los reglamentos, en los cuales se puede demostrar un cambio objetivamente. La Demandante acredita un cambio susceptible de originar un reclamo al probar (i) la existencia (o inexistencia) de una ley o un reglamento preexistente al momento en que se otorgó la garantía de estabilidad del régimen tributario y (ii) una ley o un reglamento sancionado o promulgado con posterioridad al CEJ que modificó el régimen preexistente.
218. El ejercicio se torna significativamente más complejo cuando el Tribunal debe analizar cambios en la interpretación o aplicación de una ley o reglamento, susceptibles de dar lugar a determinar el incumplimiento de la estabilidad garantizada por la Demandada. El Tribunal está convencido de que la Demandante en esta instancia debe probar (i) la existencia de una interpretación o aplicación *estable* al momento en que se otorgó la garantía de estabilidad del régimen tributario y (ii) una decisión o acotación adoptada con posterioridad al CEJ que modificó esa interpretación o aplicación estable.
219. Entonces, si al momento en que se otorgó la garantía la aplicación de las normas existentes dio lugar a una interpretación consistente, se debe considerar que esa interpretación es parte de la garantía de estabilidad. En sentido amplio, la estabilidad es el estándar por el cual el ordenamiento jurídico predominante a la fecha en la que se otorgó la garantía se perpetúa, incluyendo la interpretación consistente y estable vigente al momento en que se suscribió el CEJ. El Tribunal se encuentra convencido que el mantenimiento de esas interpretaciones estables de la ley existentes al momento de la celebración del CEJ es parte de la “continuidad de las reglas establecidas”.
220. Para la Demandante, la cuestión es de prueba. Ofrecer prueba de leyes y reglamentos vigentes en una fecha determinada no constituye un problema significativo. Sin embargo, ¿qué se necesita para probar, a satisfacción del Tribunal, el predominio de una interpretación particular, estable y consistente? En suma, el Tribunal, precisa de pruebas

convincentes. Jurisprudencia clara y/o prácticas consolidadas constituyen prueba persuasiva sobre la interpretación consistente, al igual que la doctrina legal generalmente aceptada. La opinión de los abogados contratados por una parte no lo es.

221. Asimismo, las declaraciones o acciones efectuadas por un organismo estatal que meramente *infiere* una interpretación o aplicación específica de la ley, no proporciona según el Tribunal base sólida suficiente para concluir que existió una interpretación estable de la ley. Sin embargo, ello no significa que esas declaraciones o acciones no puedan proporcionar sustento suficiente para responsabilizar al Estado en virtud de la doctrina de los actos propios (o el *estoppel*). Este es un asunto diferente, dado que lleva a investigar si esas declaraciones o acciones eran suficientes para que el inversionista llegara a la conclusión razonable de que esa interpretación o aplicación implícita de la ley no se modificaría en el futuro. Este Tribunal tratará el concepto de *estoppel* y la doctrina de los actos propios en la siguiente Sección del presente Laudo.
222. La falta de prueba de un cambio en la legislación o reglamentaciones o de una interpretación o aplicación estable, ¿pone punto final a la investigación del Tribunal con respecto a la garantía de estabilización tributaria? No. Esta cuestión tiene particular importancia en los casos en que, como el que nos ocupa, no existió tiempo suficiente para que se desarrollaran interpretaciones o aplicaciones estables de la ley y los reglamentos en cuestión, muchos de los cuales fueron sancionados en el marco del programa de liberalización y privatización integral a principios de los '90.
223. En ese caso, el Tribunal puede apartarse del análisis estrictamente comparativo y del cumplimiento estricto del requisito de que la Demandante acredite una interpretación o aplicación preexistente y estable. Aún en este caso, el Tribunal debe ser medurado y evitar la búsqueda de una interpretación o aplicación “correcta” de la ley o el reglamento en cuestión. En la ausencia de una interpretación estable preexistente frente a la cual puede juzgar los acontecimientos subsiguientes, el Tribunal sólo puede evaluar la decisión o determinación impugnada por la Demandante con base en un estándar de razonabilidad.

224. En tal situación, por definición, no existe un estándar objetivo con el que se puedan comparar las acciones de la SUNAT o el Tribunal Fiscal puesto que no se ha enmendado la ley y no existe una interpretación estable que no se haya tenido en cuenta. El único estándar es la legislación peruana en sí misma y, en ese sentido, la competencia del Tribunal se encuentra limitada.
225. Los tribunales del Perú constituyen el foro apropiado para formular reclamos en relación con la incorrecta aplicación de la ley por parte de la SUNAT o el Tribunal Fiscal. Como se explicó *supra*, a consecuencia del uso del sistema de amnistía fiscal por parte de DEI Egenor, este Tribunal no puede sustituir su propia competencia a la que corresponde a los tribunales peruanos en materia de interpretación de la legislación tributaria.
226. Por ello, dado que este no es un tribunal de apelación peruano, se necesita más que la mera demostración de que ha habido una interpretación errónea de la ley. No es función de este Tribunal la de simplemente determinar si se aplicó apropiadamente el derecho peruano, formular su propia teoría sobre el derecho peruano o determinar cuál consideraría una interpretación apropiada a partir de la variedad de interpretaciones que razonablemente se podrían formular. Por su propia naturaleza, las leyes a menudo dan lugar a diferentes interpretaciones con base en principios razonables y justos. Por este motivo, a fin de preservar un balance justo entre las partes de este proceso arbitral, debe probarse en ausencia de pruebas de un cambio en la ley o de un cambio respecto de una interpretación o aplicación estable anterior, que la ley se ha aplicado a DEI Egenor de modo claramente irrazonable o arbitrario.
227. En consecuencia, el Tribunal resuelve que la estabilización tributaria garantiza que: (a) no se modificarán las leyes o los reglamentos que forman parte del régimen tributario al momento de la celebración del CEJ en perjuicio del inversionista, (b) no se modificarán las interpretaciones o aplicaciones estables existentes al momento de la celebración del CEJ en perjuicio del inversionista, e, (c) incluso si no se configuran los supuestos (a) y (b), las leyes estabilizadas no se interpretarán ni aplicarán de manera claramente irrazonable o arbitraria.

228. Sin embargo, estabilización tributaria no significa que las leyes sólo se interpretarán o aplicarán en el sentido que más favorezca al beneficiario o en el sentido que sus asesores jurídicos consideren el más apropiado. La estabilización tributaria no brinda una garantía contra el riesgo de que el Gobierno o los tribunales interpreten la ley de manera desfavorable para el inversionista o de forma diferente a la opinión de sus asesores jurídicos. Una interpretación opuesta a la del inversionista no puede, en sí misma, tomarse como una modificación o violación a la estabilidad jurídica a menos que sea tan irrazonable que, en la práctica, viole la misma estabilidad que se había garantizado.

2. Buena fe y doctrina de los actos propios

a) Introducción

229. En su Decisión sobre Competencia (párrafo 134), el Tribunal estableció que Duke Energy no sólo está protegido por el texto del CEJ con DEI Bermuda, sino también por cualquier garantía implícita del CEJ con DEI Bermuda con arreglo a la legislación peruana:

[E]l Tribunal no está restringiendo al Demandante estrictamente al texto del CEJ con DEI Bermuda. En primer lugar, la Demandante tiene derecho a las garantías comprendidas en el CEJ con DEI Bermuda de conformidad con la legislación del Perú. En segundo lugar, la Demandante goza de las garantías estipuladas en las reglas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables al fondo de la diferencia en virtud de lo dispuesto en el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI.

(Énfasis agregado)

230. La más importante de las garantías implícitas es la obligación del Gobierno de actuar de buena fe. Ello surge directamente del Artículo 1362 del Código Civil del Perú, que establece que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.
231. Uno de los aspectos fundamentales de la buena fe dentro de la legislación peruana es la doctrina de los actos propios. Este elemento esencial de la buena fe – conocido en varios

sistemas jurídicos como *venire contra factum proprio non valet*, doctrina de los actos propios, *allegans contraria non est audiendus*, *estoppel* o principio de congruencia – también se aplica universalmente como principio general del derecho, tanto en el derecho civil como internacional a efectos de prohibir a un Estado realizar actos o declaraciones que sean contrarias o incongruentes respecto de las acciones o declaraciones efectuadas anteriormente, en detrimento de un tercero.

232. Las partes coinciden respecto del contenido genérico del principio de buena fe y que la doctrina de los actos propios está comprendida en todos los contratos, incluidos los CEJs, conforme a la legislación peruana. Difieren, sin embargo, en cuanto a si la Demandada ha incumplido con su obligación de actuar de buena fe cuando la SUNAT emitió las Acotaciones Fiscales contra DEI Egenor y respecto de si la conducta de la SUNAT podría evaluarse apropiadamente frente a las conductas y declaraciones realizadas anteriormente por varios órganos y entidades del Gobierno tales como COPRI, CEPRI-ELP, el Ministerio de Energía y Minas y la Corporación Nacional de Desarrollo (“CONADE” – hoy conocida como el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado “FONAFE”). Este último punto suscita la cuestión de si los principios de derecho internacional necesitan aplicarse para complementar la doctrina de los actos propios y, de ser ése el caso, de qué manera.

b) Las posiciones de las partes

i) Posición de la Demandante

233. La Demandante alega que, si bien la segmentación o división del Estado puede ser aceptable como cuestión interna del derecho peruano, ello resulta inconsistente con el principio de unidad del Estado conforme al derecho internacional. Según la Demandante, ambas partes aceptan que este último principio debe tener prioridad en caso de conflicto de conformidad con el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI.
234. La Demandante sostiene que SUNAT, COPRI, CONADE, CEPRI-ELP y el Ministerio de Energía y Minas son entes estatales interrelacionados. Respecto del inversionista, son partes indistinguibles de un mismo Estado, cuyas acciones y declaraciones son

vinculantes para unos y otros a los efectos de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

235. La Demandante señala que la presunta autonomía de la SUNAT en el marco del sistema jurídico peruano no significa que sea distinguible, a todos los efectos, del resto del Gobierno. Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad Internacional del Estado son absolutamente inequívocos para determinar que la SUNAT es parte del mismo Gobierno, como, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas. Más aún, la SUNAT es parte del mismo Gobierno que COPRI y CEPRI-ELP, las cuales organizaron e implementaron la privatización de Egenor de 1996 a 1999, y como CONADE, quien instruyó a Electoperú sobre cómo votar en las juntas de accionistas de Egenor.
236. En otras palabras, la Demandante afirma que cuando se observa en conjunto la conducta de los funcionarios, las entidades y los órganos de la Demandada, los argumentos de ésta última no sustentan la posición de que dicha conducta no es imputable al Gobierno del Perú. Es decir, según la Demandante, Perú no es una parte pasiva: las acciones coherentes de un sector del Gobierno a cargo de los asuntos tributarios y de otra parte a cargo de la promoción de inversiones son responsabilidad de la Demandada como una única entidad. La Demandante sostiene que no es su responsabilidad soportar el riesgo de la ambigüedad e incongruencia del Gobierno.

ii) Posición de la Demandada

237. Según la Demandada, que se basa a este respecto en la opinión de su perito, el Profesor Bullard, para actuar en violación de los actos propios se deben configurar tres elementos:
- En primer lugar, la entidad debe haber incurrido en una “conducta vinculante”, es decir, en acciones que hayan inducido a otra persona a confiar razonablemente en ellas.
 - En segundo lugar, la entidad debe haber desarrollado una conducta posterior que contradice o menoscaba su comportamiento inequívoco anterior.

- Por último, la entidad que desarrolló la conducta posterior presuntamente contradictoria debe ser la misma que realizó las acciones que generaron confianza razonable en terceras personas.
238. En otras palabras, la Demandada sostiene que la conducta de la entidad A normalmente no resulta vinculante para la entidad B. Las acciones de una entidad estatal que actúa en el carácter limitado de accionista de una sociedad (*acta jure gestionis*), por ejemplo, no puede vincular las acciones posteriores de un organismo estatal actuando en ejercicio de potestades públicas (*ius imperium*).
239. En respuesta a la invocación del derecho internacional por parte de la Demandante, la Demandada sostiene que el derecho internacional resulta aplicable a los reclamos de la Demandante sólo en dos situaciones: (i) cuando existe una laguna jurídica en la legislación peruana y (ii) cuando se presentan graves discrepancias entre la legislación peruana y el derecho internacional, de modo que la aplicación de la legislación peruana violaría el derecho internacional.
240. En el presente caso, la Demandada, señala que ambas partes concuerdan en que la doctrina peruana de los actos propios se ocupa de las materias controvertidas, con lo cual no habría laguna jurídica alguna en el derecho interno. Asimismo, sostiene la Demandada que, la Demandante ni siquiera ha intentado explicar de qué forma la doctrina de los actos propios o la legislación peruana sobre buena fe pueden entrar en conflicto con el derecho internacional. Es por ello que la ligera referencia de la Demandante al derecho internacional sobre la buena fe debe ser desestimada.

c) El análisis del Tribunal

241. El CEJ con DEI Bermuda, como instrumento legal, no es un instituto del dominio exclusivo del derecho peruano. Como se indicó *supra*, al abordar el tema del derecho aplicable, el Tribunal considera que se deben aplicar los principios de derecho internacional al determinar en qué medida la división del Estado en entes y organismos separados puede aislar al Estado de la responsabilidad emergente de ciertas acciones y declaraciones. Más específicamente, al interpretar el significado de la doctrina de los

actos propios (o *estoppel*)²³ en el contexto del CEJ, el Tribunal debe tomar en cuenta la perspectiva de un inversionista extranjero razonable percibiendo, observando o interactuando con el Gobierno del Perú, el Estado anfitrión.

242. El Tribunal coincide con la Demandante hasta este punto. Sin embargo, la Demandante va demasiado lejos al asegurar que los principios de responsabilidad del Estado deberían aplicarse, a los efectos del *estoppel*, para imputar conductas de varios órganos u entes estatales al Estado como unidad. El Tribunal rechaza este aspecto del argumento de la Demandante dado que existe una distinción importante y material entre, por un lado, la doctrina del *estoppel* con relación al Estado, originada por actos o declaraciones de sus órganos y, por el otro, la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos internacionales cometidos por sus órganos.
243. En el contexto de la responsabilidad del Estado, el análisis comienza a partir de una violación al derecho internacional, y la investigación subsiguiente se focaliza en determinar si se puede imputar esa violación – el hecho ilícito internacional – al Estado en su conjunto. En el contexto del *estoppel*, cualquier determinación de una “falta” – si ese fuera el concepto correcto – es el punto final de la investigación. El análisis empieza con una revisión de los actos y las declaraciones de los órganos y funcionarios del Estado, todos los cuales, analizados independientemente, pueden resultar legítimos. Determinar si se configuró una acción ilegítima depende de la intrincada dinámica entre el tercero y los sujetos del Estado a lo largo del tiempo.
244. Según el derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado, la conducta de un órgano del Estado, o de una persona o entidad competente para ejercer la autoridad estatal, se considera un acto del Estado si el órgano, la persona o la entidad actúa en dicho carácter, incluso si excede su competencia o actúa en contra de las instrucciones recibidas. En tal caso, si la persona o entidad estaba investida con *alguna* forma de autoridad pública, el Estado es responsable de sus acciones independientemente de su rango dentro de la jerarquía estatal, de que haya actuado dentro del ámbito de su

²³ El Tribunal utiliza el término *estoppel* como abreviatura del concepto general, existente tanto en la doctrina de los actos propios y en el derecho internacional, por el cual le es prohibido a una parte adoptar conductas o efectuar declaraciones que contradigan lo que ha hecho o dicho con anterioridad.

competencia o de que haya generado la confianza de la víctima del acto sobre la base del carácter en el que estaba actuando.

245. El *estoppel* es diferente. El *estoppel* no implica necesariamente, *a priori*, un comportamiento ilícito que cause un daño. En cambio, el *estoppel* implica una conducta que genera la confianza de un tercero respecto de la posición del Estado sobre un tema en particular, independientemente de que esa conducta sea legítima o no.
246. En el caso de la responsabilidad del Estado, el Estado asume el riesgo por los actos ilícitos cometidos por sus órganos y funcionarios. En el contexto del *estoppel*, el Estado asume el riesgo por los actos de los órganos o funcionarios que, *por su naturaleza*, pueden razonablemente *generar confianza* en terceros. Lo que resulta relevante a los efectos del *estoppel* es que se ha producido una declaración, manifestación o conducta que ha generado efectivamente la razonable confianza de un tercero, lo que significa que el Estado se ha comprometido, aunque sólo sea implícitamente, a no modificar su comportamiento.
247. El elemento decisivo en el *estoppel* es la *apariencia razonable* de que la declaración resulta vinculante para el Estado. En este sentido, la competencia, o mejor dicho, *la manifiesta falta de competencia*, de un órgano del Estado es relevante dado que nadie puede razonablemente confiar en declaraciones o manifestaciones realizadas por un órgano que claramente no tiene competencia para formularlas.
248. Por ello, a los efectos del *estoppel*, el Tribunal no considera útiles los principios sobre la atribución de un comportamiento al Estado establecida en los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Por el contrario, el Tribunal toma como inspiración, por analogía, el criterio aplicable en el derecho internacional para determinar si un tratado es vinculante aún si se hubiera celebrado en violación del derecho interno del país. Para el Tribunal, este criterio facilita la comprensión del estándar que debe ser aplicado para determinar si una declaración debe ser vinculante para el Estado, aún, incluso, de haberse formulado en violación de su derecho interno. El Artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece el criterio referido:

46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

249. Siguiendo esta línea de razonamiento, para que la conducta o declaración de una entidad estatal pueda ser invocada como causa de *estoppel*, debe ser *inequívoca*, es decir, debe resultar de una acción o conducta que, *conforme a la práctica usual y a la buena fe*, sea percibida por los terceros como la expresión de la posición del Estado, incompatible con la posibilidad de ser contradicha en el futuro.
250. La *competencia* de la entidad o el funcionario estatal también es relevante en este contexto. Es lógico que este aspecto no tenga relevancia dentro del régimen de la responsabilidad estatal, porque lo que resulta esencial es el acto ilícito (la violación del derecho internacional) que comete un órgano o una persona que actúa bajo la cobertura del Estado. En cambio, es difícil que un órgano o funcionario que carece manifiestamente de competencia pueda generar confianza razonable en un tercero, como por ejemplo un inversionista extranjero.
251. Este análisis sólo aborda el tema hasta este punto. En definitiva, todo dependerá de las circunstancias particulares que rodean los actos o declaraciones involucrados en la alegación del *estoppel*. El Tribunal examinará dichas circunstancias con más detalle respecto a la Acotación de la Depreciación y la Acotación por Revaluación de Activos en la Sección sobre Responsabilidad más adelante.

3. Otras garantías

a) No discriminación

252. El compromiso de no discriminación del Gobierno peruano se encuentra consagrado en la Cláusula Tercera, Inciso 5 del CEJ con DEI Bermuda, que establece lo siguiente:

TERCERA- EL ESTADO, en virtud del presente Convenio, y mientras éste se encuentre vigente, se obliga, en relación con la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA, a garantizar la estabilidad jurídica para DUKE ENERGY INTERNATIONAL, en los siguientes términos:

[...]

5. Estabilidad del derecho a la no discriminación conforme a lo prescrito en el inciso c) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 662, que implica que el ESTADO en ninguno de sus niveles, ya se trate de entidades o empresas del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales, podrá aplicar a DUKE ENERGY INTERNATIONAL un tratamiento diferenciado atendiendo a su nacionalidad, los sectores o tipos de actividad económica que desarrolle o la ubicación geográfica de la empresa en que invierta, ni en las siguientes materias:

- a) cambiaria, de tal modo que el ESTADO no podrá aplicar a DUKE ENERGY INTERNATIONAL en lo relativo a la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA, un régimen cambiario que implique un tratamiento menos favorable que el que se aplique a cualquier persona natural o jurídica por la realización de cualquier clase de operación cambiaria;
- b) precios, tarifas o derechos no arancelarios, de tal modo que el ESTADO no podrá aplicar por estos conceptos a DUKE ENERGY INTERNATIONAL en lo relativo a la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA, montos o tasas diferenciados;

- c) forma de constitución empresarial, de tal modo que el ESTADO no podrá exigir a DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS S.R.L., en la que va a invertir, adopte una determinada modalidad empresarial;
- d) su condición de persona natural o jurídica, de tal modo que el ESTADO no podrá aplicar a DUKE ENERGY INTERNATIONAL un tratamiento diferenciado por este concepto; y,
- e) Ninguna otra causa de efectos equivalentes, como es el caso de la aplicación de tratamientos discriminatorios para DUKE ENERGY INTERNATIONAL resultantes de cualquier combinación de los diversos acápites del presente numeral

(Énfasis agregado)

- 253. No existe garantía de no discriminación similar en el CEJ con Egenor.
- 254. La Demandante se basa en varias disposiciones adicionales para definir el alcance de la garantía de no discriminación, a saber el Artículo 2 y el Artículo 10(c) de la Ley de Inversión Extranjera.
- 255. El Artículo 10(c) de la Ley de Inversión Extranjera, citada específicamente en el CEJ con DEI Bermuda, garantiza al inversionista extranjero la “estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo”. A su vez, el Artículo 2 de la Ley de Inversión Extranjera establece el principio general de tratamiento igualitario a los inversionistas extranjeros y nacionales y aclara, según la Demandante, que la garantía de no discriminación otorgada al inversionista extranjero comprende acciones dirigidas contra la empresa nacional en la cual el inversionista extranjero tiene participación:

Artículo 2.- Los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos

participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del presente Decreto Legislativo.

En ningún caso el ordenamiento jurídico nacional discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones.

(Énfasis agregado)

256. Según la Demandante, el Artículo 2 de la Ley de Inversión Extranjera establece claramente que tanto DEI Bermuda como DEI Egenor (esto es, “la empresa en que DEI Bermuda participe”) tienen el derecho al tratamiento igualitario bajo los mismos términos que los otorgados al inversionista nacional y la empresa receptora. Según el Demandante, igualmente claro es, sin embargo, el hecho de que sólo DEI Bermuda puede formular un reclamo en virtud del CEJ con DEI Bermuda, por acciones que no respeten este estándar, independientemente de si la acción discriminatoria ha sido dirigida contra el inversionista extranjero o contra la empresa en la que éste invierte.
257. La Demandante alega que la prohibición de discriminar basada en “ninguna otra causa de efectos equivalentes” (Cláusula Tercera, Inciso 5(e) del CEJ con Bermuda) es un sinónimo de la prohibición existente en la Constitución del Perú al tratamiento diferenciado basado en razones injustificadas.
258. Finalmente, la Demandante sostiene que el principio de no discriminación conforme al derecho peruano, al igual que en el derecho internacional, implica que el tratamiento diferenciado debe ser apreciado en el contexto de aquellas entidades o individuos que están en la misma situación. Por lo tanto, sin justificación válida, el Gobierno del Perú tenía prohibido tratar a DEI Egenor de forma diferente a otras empresas en situación similar.
259. La Demandada no está en desacuerdo con el alcance de la protección que estas disposiciones otorgan a la Demandante. El Tribunal, en consecuencia adhiere a la

descripción del alcance hecha por la Demandante. Donde las partes difieren es en la cuestión de determinar si la acotación fiscal, en particular la Acotación por Revaluación de Activos, fue discriminatoria. Los argumentos de las partes en este sentido son presentados *infra* en la Sección V.B.4. sobre Responsabilidad.

b) Libre remesa de capital

i) Disposiciones relevantes del CEJ con DEI Bermuda

260. En la Cláusula Tercera, Inciso 3 del CEJ con DEI Bermuda, el Gobierno Peruano garantizó la libre remesa de capital en los siguientes términos:

TERCERA – EI ESTADO, en virtud del presente Convenio y mientras éste se encuentre vigente, se obliga, en relación con la inversión a que se refiere la **CLÁUSULA SEGUNDA**, a garantizar la estabilidad jurídica para **DUKE ENERGY INTERNATIONAL**, en los siguientes términos:

[...]

3. Estabilidad del derecho de libre remesa de sus utilidades y capitales conforme a lo prescrito en el inciso b) del Artículo 10 ° del Decreto Legislativo N° 662, que implica que **DUKE ENERGY INTERNATIONAL** podrá transferir al exterior en divisas libremente convertibles, sin requerir autorización previa de ninguna entidad del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales, siempre que la inversión correspondiente haya sido registrada ante el Organismo Nacional Competente y se haya cumplido con las obligaciones tributarias correspondientes, y sin que el **ESTADO** pueda establecer restricción o limitación alguna a este derecho, lo siguiente:

a) el íntegro de sus capitales provenientes del exterior, incluyendo el capital proveniente de la venta de sus acciones, participaciones o derechos sobre empresas, de la reducción del capital y de la liquidación parcial o

total de empresas, provenientes de la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA;

- b) el íntegro de los dividendos o las utilidades netas comprobadas provenientes de la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA, así como las utilidades obtenidas por concepto de contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país destinados a dicha inversión; y,
- c) el íntegro de las regalías y contraprestaciones por el uso y transferencia de tecnología, marcas y patentes y cualquier otro elemento de la propiedad industrial que autorice el Organismo Nacional Competente.

ii) Posición de la Demandante

- 261. Según la Demandante, la garantía contenida en la Cláusula Tercera, Inciso 3 del CEJ con DEI Bermuda debe ser examinada como incluyendo dos aspectos diferenciados pero al mismo tiempo relacionados: (i) el derecho a remitir libremente el monto total de las utilidades producidas por DEI Egenor o repatriar libremente la inversión sin restricciones o aprobaciones regulatorias de ningún tipo; y (ii) (condición *sine qua non* de (i)) el derecho de propiedad subyacente a la distribución de las utilidades disponibles al inversionista o la repatriación de la inversión.
- 262. Asimismo, la Demandante sostiene que el cumplimiento por parte de Duke Energy de todas las obligaciones tributarias correspondientes no afecta su derecho de libre remesa o su derecho de propiedad subyacente. Por el contrario, la Demandante sostiene que ello pone de relieve la violación de esos derechos por parte del Gobierno, dado que el derecho de libre remesa tiene como presupuesto el requisito del pago de impuestos *legítimos*.
- 263. La Demandante sostiene que las multimillonarias acotaciones en dólares de la SUNAT fueron ilegítimas, discriminatorias y confiscatorias. Ello impidió que Duke Energy ejerciera su derecho a la libre remesa de la *totalidad* de sus utilidades.

iii) Posición de la Demandada

264. La Demandada afirma que la “imaginativa interpretación” del Artículo Tercero, Inciso 3 del CEJ con DEI Bermuda resulta insostenible. En el párrafo 202 del Memorial de Contestación, la Demandada manifiesta:

según la Demandante, el derecho a la libre transferencia incluye no sólo el derecho a no tener impedimentos para realizar transferencias sino también el derecho a no soportar medidas que puedan tener el efecto de reducir “ilegítimamente” o “irrazonablemente” el monto de capital disponible para transferencias. La interpretación de la Demandante carece de fundamento y debe desestimarse en caso de ausencia de ninguna prueba real de que Perú ha restringido el derecho de transferencia de la Demandante.

265. Además, la Demandada menciona que el derecho a remitir dividendos y capital se encuentra expresamente condicionado en la disposición correspondiente del CEJ al cumplimiento de la legislación tributaria.

iv) El análisis del Tribunal

266. El Tribunal coincide con la interpretación de la Demandada de la garantía de libre remesa en virtud del CEJ con DEI Bermuda. La garantía de libre remesa no garantiza indirectamente al Demandante la estabilización tributaria o la no discriminación. De hecho, en la estructura del CEJ con DEI Bermuda, la garantía de libre remesa no tiene otro objeto que el que allí se dispone expresamente, toda vez que la estabilización tributaria y el principio de no discriminación están específicamente previstos en garantías separadas.

c) Garantías independientes según el Derecho Internacional

i) Posición de la Demandante

267. En la sección anterior de este Laudo que examinara el derecho aplicable, el Tribunal ya describió el argumento esgrimido por la Demandante según el cual el derecho internacional en este caso establece ciertos derechos independientes y autónomos a su

favor. Para ser más específicos, la Demandante afirma que el Tribunal debería aplicar las garantías y protecciones relevantes existentes en el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

268. La Demandante se basa en jurisprudencia arbitral emitida en procedimientos entre inversionistas y Estados y en la opinión de profesores de derecho internacional, como el Profesor Dolzer (uno de los expertos aportado por la Demandante) para argumentar que el requisito de trato justo y equitativo de una inversión por parte del Estado anfitrión es vastamente reconocido como formando parte del estándar de tratamiento consuetudinario según el derecho internacional. Según la Demandante, la referida jurisprudencia confirma que la mala fe no constituye un requisito del estándar. E incluso si lo fuera, según la Demandante, hay prueba de que el requisito de mala fe está presente en este caso.
269. La Demandante afirma que no existen diferencias entre el estándar de trato justo y equitativo y el estándar mínimo de tratamiento según el derecho internacional consuetudinario, con respecto a las expectativas legítimas de predictibilidad, estabilidad y transparencia.
270. El estándar mínimo de protección requiere que el estado anfitrión: (1) actúe de buena fe, con transparencia y en protección de expectativas legítimas; (2) proporcione un marco jurídico estable y predecible para las inversiones extranjeras; y (3) se abstenga de adoptar conductas arbitrarias.
271. La Demandante sostiene que la Demandada violó el estándar mínimo de tratamiento al (1) no satisfacer las expectativas legítimas de Duke Energy sobre un marco jurídico estable y predecible para su inversión, y (2) no abstenerse de adoptar conductas arbitrarias.
272. La Demandante también se funda en “principios generales del derecho”, y en particular, en los principios de buena fe y el *estoppel*. En su informe de experto, respaldado por el testimonio que prestó ante el Tribunal, el Prof. Rudolf Dolzer indicó (párrafo 66):

En caso de que un inversionista se base en esas declaraciones al realizar una inversión en el país anfitrión, en caso de que el país anfitrión actúe

posteriormente de manera incongruente con su posición anterior, y en caso de que el inversionista se vea perjudicado por su confianza en esta posición anterior, los principios de buena fe y el *estoppel* se fusionan y constituyen la base de una regla según la cual un estado anfitrión incurre en responsabilidad según las reglas generales del derecho internacional bajo las circunstancias de haber quebrado el estado anfitrión una promesa.

273. Según la Demandante, basándose nuevamente en la opinión del Profesor Dolzer, los principios generales del derecho son, en primer lugar, fuente de derecho internacional atinentes a la relación entre Estados, pero también resultan aplicables entre el Estado anfitrión y el inversionista extranjero.

ii) Posición de la Demandada

274. La Demandada alega que la Demandante no puede efectuar, en este caso, reclamos independientes basados en el derecho internacional. En este contexto, el derecho internacional sólo puede llenar lagunas jurídicas o corregir deficiencias en el derecho interno. Incluso, sostiene la Demandada, si el derecho internacional fuera aplicable como base para un reclamo, únicamente podría aplicarse el derecho internacional consuetudinario porque no existe un tratado de inversión aplicable.
275. La Demandada agrega que los laudos arbitrales que la Demandante y sus expertos han citado no establecen que el trato justo y equitativo forma parte del derecho internacional consuetudinario. De hecho, prácticamente todas las citas de la Demandante están explícitamente relacionadas con la interpretación de disposiciones específicas del *tratado* que requieren un “trato justo y equitativo”; en lugar de pronunciarse sobre el contenido del *derecho internacional consuetudinario*.
276. La Demandada afirma que la Demandante se abstiene de admitir que el contenido y la existencia misma del estándar mínimo de tratamiento es un tema altamente controvertido. La Demandada destaca que diversos tribunales arbitrales han determinado que el estándar mínimo internacional sólo se puede violar mediante la demostración de “mala fe” u otra “conducta flagrante” por parte del estado anfitrión.

277. La Demandada menciona que varios países, sobre todo los Estados Unidos y Canadá, niegan la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario que proteja las expectativas “establecidas” o “legítimas” de los inversionistas o prohíba conductas “arbitrarias”.
278. La Demandada sostiene que el argumento de la Demandante fundado en el derecho internacional sucumbe ante la mera existencia de debates y discusiones entre estados clave sobre estas mismas cuestiones. El hecho de que el Estado de origen de la Demandante (los EE.UU.) – el Estado exportador de capital predominante durante el siglo pasado – no considere que el derecho internacional consuetudinario incluye los principios que invoca la Demandante demuestra, según la Demandada, que la práctica estatal consistente y la *opinio juris* necesarias para una regla de derecho internacional consuetudinario no existen.
279. Más aún, la Demandada sostiene que, incluso si el Tribunal decidiera que el estándar del trato justo y equitativo es aplicable a este caso, no podría haber incumplimiento:
- La determinación de la existencia de un incumplimiento del trato justo y equitativo debe hacerse a la luz de la alta deferencia que el derecho internacional generalmente extiende al derecho de las autoridades nacionales de un país de regular asuntos dentro de sus propias fronteras;
 - el umbral para determinar una violación es alto; y
 - el estándar mínimo de tratamiento se aplica con particular moderación cuando la acción que se objeta se relaciona con una interpretación definitiva de la ley del Estado anfitrión por parte de un tribunal administrativo o judicial.

iii) El análisis del Tribunal

280. El Tribunal considera que no es necesario tratar el espinoso tema del contenido del estándar mínimo de tratamiento. Incluso si el Tribunal sostuviera que el estándar mínimo contiene los elementos que la Demandante ha alegado, la conclusión del Tribunal no aportaría demasiado al resultado del presente arbitraje. Como el Tribunal explicó

anteriormente, esto se debe a que los elementos que la Demandante ha esgrimido como parte de los principios de derecho internacional, y que deberían estar incluidos implícitamente como garantías independientes en el CEJ con DEI Bermuda, se superponen en su totalidad, en la opinión del Tribunal, con las protecciones otorgadas a la Demandante en virtud del CEJ con DEI Bermuda, interpretado con arreglo al Artículo 42(1) del Convenio del CIADI.

V. RESPONSABILIDAD

A. LA ACOTACIÓN DE LA DEPRECIACIÓN

1. Antecedentes

281. La Acotación de la Depreciación se basó en el criterio de la SUNAT de que Egenor debería haber depreciado los activos que Electroperú le había transferido durante el proceso de privatización, mediante una tasa desacelerada especial que la SUNAT había otorgado a Electroperú en diciembre de 1995, en lugar de hacerlo mediante la tasa legal general establecida en el Reglamento del Impuesto a la Renta.
282. La SUNAT basó la Acotación de la Depreciación en el Capítulo XIII del Decreto Legislativo N° 774 (la Ley del Impuesto a la Renta que entró en vigencia el 1 de enero de 1994). Su Artículo 105 se refiere a la llamada regla de continuidad de la siguiente manera: “El valor depreciable y la vida útil de los bienes transferidos por reorganización de sociedades serán los que hubieran correspondido en poder del transferente”.
283. La SUNAT sostuvo que Egenor se había constituido como consecuencia de la reorganización de Electroperú (mediante una “división”) y, por ello, a tenor de los Artículos 103 y 105 de la Ley del Impuesto a la Renta, debería haber aplicado las mismas tasas de depreciación que se habían otorgado a Electroperú.
284. El 21 de diciembre de 2001, Egenor objetó por vía administrativa la Acotación de la Depreciación, recurso que fue rechazado en septiembre de 2002. El 23 de septiembre de 2002, Egenor apeló esta decisión ante el Tribunal Fiscal.

285. El Tribunal Fiscal determinó que el Capítulo XIII del Decreto Legislativo N° 774 no resultaba aplicable dado que su entrada en vigencia estaba condicionada, de conformidad con su Artículo 106, a la sanción de la reglamentación que aún no había sido dictada. Sin embargo, sostuvo que la regla de continuidad era aplicable dado que había sido acogida por la doctrina legal, que constituye una fuente de derecho tributario en virtud de la Norma III del Código Tributario del Perú. El Tribunal Fiscal concluyó que, como Egenor había recibido un bloque de propiedades que formaban una unidad económica, para permitirle continuar con la actividad para la cual había sido destinado por el transferente (Electroperú), se deberían haber depreciado los activos transferidos por el resto de la vida útil que ellos tenían mientras estaban en posesión del transferente.
286. Al respecto, el Tribunal Fiscal afirmó: “Los activos recibidos por EGENOR debían conservarse con la misma vida útil y consecuentemente, con los mismos porcentajes que mantenía ELECTROPERÚ S.A. antes de la reorganización, para los efectos del cálculo de la depreciación, por lo que en el caso de autos procede que se mantenga el reparo efectuado por la [SUNAT] a la transferencia de bienes realizada por ELECTROPERÚ S.A. en el ejercicio 1996”.
287. No obstante, el Tribunal Fiscal revocó parcialmente la acotación de la SUNAT al determinar que Egenor estaba obligado a aplicar la tasa de depreciación especial otorgada a Electroperú sólo a aquellos activos que le habían sido transferido después de que se estableció esa tasa especial, el 28 de diciembre de 1995. El 27 de julio de 2004, la SUNAT presentó una acotación impositiva contra Egenor revisada de conformidad con la conclusión del Tribunal Fiscal. El 27 de agosto de 2004, Egenor presentó una solicitud de amnistía respecto de la Acotación de la Depreciación.

2. ¿Violación de la garantía de estabilización tributaria?

a) Posición de la Demandante

288. La Demandante sostiene que la tasa de depreciación que Egenor estabilizó mediante el CEJ con Egenor el 24 de julio de 1996 fue la tasa legal general y no la tasa especial. La posición de la Demandante se basa en dos puntos fundamentales:

- al momento de la transferencia de activos de Electroperú a Egenor, ninguna disposición legal exigible establecía la supuesta regla de continuidad, según la cual Egenor se habría visto obligada a aplicar la misma tasa de depreciación autorizada para Electroperú; y
- en cualquier caso, la transferencia de activos a Egenor constituía un “aporte de capital”, no una reorganización de sociedades bajo la forma de una “división”.

i) La regla de continuidad

289. La Demandante afirma que si bien el Artículo 105 del Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta – antes de la enmienda de 1998 – disponía la aplicación de la regla de continuidad a las transferencias de activos que se produjeran como resultado de reorganizaciones de sociedades, el Artículo 106 restringía el concepto de “reorganización” a fusiones y divisiones societarias cuyo significado preciso debía ser establecido por el reglamento²⁴. No obstante, dicho reglamento no había sido dictado al momento de la transferencia de activos de Electroperú a Egenor y, en consecuencia, según la Demandante, el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta no era aplicable.
290. Dado que la regla de continuidad no estaba en vigencia en ese momento, la Demandante sostiene que Egenor tenía la obligación legal de aplicar la tasa de depreciación general contenida en el Artículo 22(b) del Reglamento del Impuesto a la Renta, como efectivamente lo hizo. De esta manera, la tasa de depreciación estabilizada conforme al CEJ con Egenor y, por ende, conforme al CEJ con DEI Bermuda, era la tasa general, no la especial. Según la Demandante, al insistir que Egenor debería haber aplicado la tasa de depreciación especial, la Demandada violó el CEJ con DEI Bermuda

ii) Aporte de capital v. reorganización de sociedades

291. La Demandante sostiene que, incluso si se aplicara la regla de continuidad, la SUNAT no podría aplicarla a Egenor porque los activos no fueron transferidos de Electroperú a

²⁴ El Artículo 106 de la Ley del Impuesto a la Renta establece: “*La reorganización de sociedades o empresas se configura únicamente en los casos de fusión y división de las mismas con las limitaciones y con arreglo a lo que establezca el reglamento*” (énfasis agregado).

Egenor mediante una “reorganización de sociedades” (como lo requiere la regla de continuidad), sino mediante un aporte de capital.

292. Al momento en que se transfirieron los activos de Electroperú a Egenor, no existía una definición particular de “división” societaria a efectos tributarios. En ese contexto, asegura la Demandante, el concepto de “división” debería ser el que se utiliza en derecho societario.

293. Según la Demandante, los elementos que definen una “división” surgen de la Ley N° 26.887, la nueva Ley General de Sociedades que entró en vigencia el 1 de enero de 1998. La Demandante explica, con fundamento en la opinión del Profesor Avendaño, que la Ley N° 26.887 reflejaba lo que se entendía generalmente por división en el Perú antes de que esa ley entrara en vigencia. El Artículo 367 de la Ley N° 26.887 establece:

Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o,
2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso.

(Énfasis agregado)

294. En síntesis, la Demandante sostiene que en una división, (i) una vez que los activos fueron transferidos a la nueva empresa, la empresa original reduce su capital por el monto del valor de los activos transferidos y (ii) los accionistas de la empresa original reciben acciones de la nueva sociedad.
295. Según la Demandante, la reorganización de Electroperú no cumplió con ninguno de estos dos requisitos. En primer lugar, luego de la transferencia de activos a Egenor, no fue seguida de una reducción de capital de Electroperú. En segundo lugar, quien recibió acciones de Egenor fue Electroperú, no sus accionistas.
296. La Demandante afirma que elementos adicionales confirman que la constitución de Egenor no se produjo como resultado de la división de Electroperú. Por ejemplo, la transferencia de activos a Egenor no se realizó en un acto único, como normalmente ocurriría en una división, sino mediante una serie de actos. Egenor recibió aportes de cuatro empresas diferentes – Electroperú, Electronorte S.A., Electronoroeste S.A. y Electrolima – y devolvió algunos de esos activos a Electroperú.
297. Por ello, la Demandante sostiene que la reorganización de Electroperú no puede clasificarse como una “división” sujeta a la regla de continuidad de los Artículos 105 y 106 del Decreto Legislativo N° 774, aun si se aceptara que la regla contenida en el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta estuviera en vigencia y con plenos efectos. Según la Demandante, esto confirma que lo que se estabilizó mediante el CEJ con Egenor y, en consecuencia, mediante el CEJ con DEI Bermuda, fue la tasa legal general y no la tasa especial autorizada para Electroperú.

b) Posición de la Demandada

298. La Demandada argumenta que la tasa de depreciación que se había empleado para Egenor en virtud del CEJ con Egenor era la tasa especial, no la tasa legal general. Para respaldar sus afirmaciones, la Demandada presenta los siguientes argumentos principales:
- Incluso si la regla de continuidad no estaba codificada en 1996, ésta había sido claramente establecida por la doctrina legal, que en el Perú es reconocida como fuente del derecho tributario.

- Antes de la sanción del Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta, el Decreto Legislativo N° 200 consagraba la regla de continuidad.
- La transferencia de activos de Electroperú a Egenor constituyó una transferencia de unidades económicas – no de unidades independientes – en virtud del denominado régimen permanente establecido por el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta. La tasa de depreciación establecida por el Artículo 22(b) del Reglamento de Impuesto a la Renta resulta únicamente aplicable a la transferencia de unidades independientes.
- Para llevar a cabo el proceso de privatización, Electroperú reorganizó sus actividades y activos en varias compañías. A pesar de que, como lo afirma la Demandante, la constitución de Egenor se produjo como resultado de varios aportes de capital, esos aportes tuvieron lugar en el contexto de la reorganización de Electroperú de conformidad con el Decreto N° 674 y el Decreto Legislativo N° 782.
- La Ley General de Sociedades vigente al momento en que se celebró el CEJ con Egenor (Decreto Supremo N° 003-85-JUS) no contenía una definición de “división”. Al pronunciarse sobre la objeción de Egenor a la Acotación de la Depreciación, el Tribunal Fiscal sostuvo lo siguiente sobre el concepto de “división”:

(...) durante la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades aprobado por Decreto Supremo N° 003-85-JUS, aplicable al caso de autos, no era posible entender el término “división” y el verbo “dividir” tan sólo como sinónimos del término “escisión” y el verbo “escindir”, respectivamente, sino que debía adoptarse una acepción más amplia, haciéndolos extensivos también al acto de dividir las actividades de una sociedad o empresa, aún cuando ella pueda no entenderse como una escisión o división propiamente dicha en términos societarios,

pero siempre dentro del contexto de la reorganización de una sociedad o empresa.²⁵

c) El análisis del Tribunal

299. El Tribunal comienza su análisis observando de que tanto la tasa legal general como la tasa desacelerada especial formaban parte del régimen tributario existente al momento en que se celebró el CEJ con Egenor. Lo que el Tribunal debe realmente determinar es qué tasa en particular debería haber aplicado Egenor a los activos que Electroperú le transfirió, en el marco del derecho tributario peruano.
300. El Tribunal ya ha decidido que no tiene competencia para decidir si las interpretaciones particulares del derecho tributario peruano son correctas o no. En consecuencia, esta es una instancia en la que el Tribunal debe simplemente determinar si la Acotación de la Depreciación estaba basada en una interpretación claramente irrazonable o arbitraria de las normas tributarias. Por los motivos que se indican *infra*, el Tribunal concluye que no es éste el caso.
301. El Tribunal tratará primero la cuestión de la continuidad. Si bien es cierto que la decisión del 23 de abril de 2004 del Tribunal Fiscal (Resolución N° 02538-1-2004) cuestionó la validez del Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta antes de 1998, confirmó que el principio de continuidad era parte del régimen tributario (como doctrina legal) al momento en que Electroperú transfirió sus activos a Egenor y en la fecha del CEJ con Egenor.
302. El Tribunal no considera que la decisión del Tribunal Fiscal sea irrazonable. Es razonable que la depreciación a lo largo de la vida útil de los activos no se vea modificada por el mero hecho de que se ha transferido su dominio si los activos son utilizados del mismo modo. La depreciación está ligada al activo que se deprecia y a su uso económico y no a la identidad de su dueño. No es ilógico o arbitrario que la tasa se determine *intuitu rei* y no *intuitu personae*.

²⁵ Anexo C-119 (Resolución del Tribunal Fiscal N° 02538-1-2004).

303. El Tribunal considera que la decisión del Tribunal Fiscal tampoco viola el principio de legalidad, dadas las particulares circunstancias en las que aplicó la doctrina legal para llenar la laguna jurídica derivada de la presunta inaplicabilidad del Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta. Es de destacar que, este Tribunal considera que si el Tribunal Fiscal no se hubiera basado en la doctrina legal para fundamentar la existencia de la regla de continuidad, podría haberlo hecho con base en otras fuentes de derecho tributario peruano. Por ejemplo, el Tribunal Fiscal citó en su decisión, entre otros argumentos que justifican la validez del Capítulo XIII, una decisión de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia que había sostenido la validez de una ley (Decreto Legislativo N° 25.764) aunque su reglamento no se había aprobado aún²⁶.
304. En efecto, luego de leer detenidamente los Artículos 105 y 106 del Capítulo XIII, el Tribunal no está convencido de la conclusión de que el Capítulo XIII no estaba en vigor o era inaplicable debido a la falta de un “reglamento” sea sólida. Los Artículos 105 y 106 se transcriben a continuación:

Artículo 105. El valor depreciable y la vida útil de los bienes transferidos por reorganización de sociedades serán los que hubieran correspondido en poder del transferente.

Artículo 106. La reorganización de sociedades o empresas se configura únicamente en los casos de fusión y división de las mismas con las limitaciones y con arreglo a lo que establezca el reglamento.

Puede argumentarse que si bien el Artículo 106 otorga al Poder Ejecutivo la oportunidad de determinar los límites aplicables al concepto de fusión y división mediante el reglamento, no exige, empero, que se dicte dicho reglamento como requisito de aplicación del concepto general. En este sentido, el Tribunal destaca que la redacción del Artículo 106 del Capítulo XIII se puede distinguir de expresiones más explícitas existentes en otras leyes peruanas que aclaran que una medida tributaria necesariamente

²⁶ El Segundo Informe Pericial del Dr. Luis Hernández Berenguer del 21 de marzo de 2007 proporciona detalles sobre esta decisión del 28 de noviembre de 2001 en el párrafo 73.

depende de la promulgación de un reglamento. Por ejemplo, el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 26.009 establecía que la aplicabilidad de un beneficio con relación al Impuesto Selectivo al Consumo dependería exclusivamente de su reglamento²⁷. Por el contrario, el texto del Artículo 106 no condiciona expresamente la entrada en vigencia de dicha disposición, o de cualquier otro artículo del Capítulo XIII, a la promulgación de un reglamento.

305. El Tribunal también hace notar que la prueba suministrada por el Profesor Talledo, uno de los expertos de la Demandante en derecho tributario peruano, respecto de que la regla de continuidad del Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta no podía entrar en vigencia debido a la falta de un reglamento²⁸, parece contradecir sus opiniones anteriores respecto de disposiciones análogas, en particular, el Capítulo XIV del Decreto Legislativo N° 25.751²⁹.
306. El Tribunal examinará a continuación la cuestión de la “reorganización de las sociedades”. Antes del caso Egenor, en la Decisión N° 594-2001 del 25 de marzo de 2001, el Tribunal Fiscal había sostenido que el concepto de reorganización de las sociedades en derecho tributario es una cuestión de fondo y no de forma. En ese caso, el Tribunal Fiscal concluyó que el término “división” o “escisión”, de conformidad con el Decreto Supremo N° 003-85-JUS de 1985³⁰, predecesor de la Ley General de Sociedades, era interpretado como incluyendo el acto de dividir la actividad de una sociedad en el contexto de una reorganización de sociedades, aún si la escisión formal no se había realizado³¹. El Tribunal Fiscal determinó que los activos transferidos por una sociedad estatal a una empresa adquirente en el marco de una privatización conforme al Decreto Legislativo N° 674, equivalía a una “división” en el marco de una reorganización de sociedades. En consecuencia, la empresa adquirente debía continuar con la depreciación de esos activos de conformidad con la vida útil y la base de costos que la sociedad estatal había aplicado a los activos antes de su transferencia. El Tribunal Fiscal en el caso

²⁷ Memorando de SUNAT N° 370-2001-K00000, 12 de julio de 2001 (énfasis agregado) (Anexo R-079).

²⁸ Véase Informe del Prof. César Talledo del 20 de diciembre de 2006, párrafo 5.

²⁹ Véase el Segundo Informe Pericial del Dr. Luis Hernández Berenguel del 21 de marzo de 2007, párrafos 74–79.

³⁰ Véase Decreto Supremo N° 003-85-JUS del 14 de enero de 1985 (Anexo R-204).

³¹ Resolución del Tribunal Fiscal N° 594-2-2001 del 25 de mayo de 2001, página 2 (Anexo R-134).

Egenor citó esa decisión anterior e hizo notar que, de acuerdo con la interpretación del término “división”, *Egenor* debía continuar con la depreciación de activos utilizando la misma vida útil que aquellos activos tenían al momento en que *Electroperú* los transfirió³².

307. Por supuesto que es posible interpretar estas disposiciones de forma diferente y llegar a la conclusión de que el concepto de reorganización de sociedades debería aplicarse de igual manera a efectos tributarios y societarios. Esto no significa, sin embargo, que la decisión del Tribunal Fiscal o la Acotación de la Depreciación en sí misma sean irrazonables al punto de constituir una violación de la garantía de estabilización tributaria. No es irrazonable, en la opinión del Tribunal, que la depreciación de los activos a lo largo de su vida útil no deba ser modificada por la mera transferencia de dominio, siempre que el uso económico y la naturaleza de los activos continúe siendo la misma. Ese fue el caso de los activos que *Electroperú* transfirió a *Egenor*.

3. ¿Violación de la buena fe (doctrina de los actos propios)?

a) La posición de la Demandante

308. La Demandante afirma que el Gobierno del Perú:
- ordenó la aplicación de la tasa legal de depreciación a los activos de *Egenor*;
 - confirmó durante las negociaciones con *Duke Energy* que la tasa legal general de depreciación se encontraba estabilizada para *Egenor*;
 - ratificó la aplicación de la tasa legal general de depreciación por parte de *Egenor* mediante el voto de *Electroperú* en su carácter de accionista;
 - omitió mencionar la posible responsabilidad tributaria, futura o latente, durante las negociaciones con *Duke Energy*;

³² Resolución del Tribunal Fiscal N° 2538-1-2004 del 23 de abril de 2004, página 5 (Anexo R-146).

- obtuvo un precio mayor de Duke Energy al presentar a Egenor como una empresa en la que la tasa legal de depreciación estaba estabilizada; y
 - se benefició financieramente de la aplicación de la tasa legal de depreciación en Egenor.
309. La Demandante sostiene que, a la luz de estas acciones y declaraciones, con base en las cuales Duke Energy actuó, la Acotación de la Depreciación constituye una violación de la buena fe.
310. La Demandante sostiene que el Gobierno no puede evadir las consecuencias de su conducta inconsistente basándose en el principio de la separación de poderes, tal como sugiere la Demandada. SUNAT, COPRI, CONADE, CEPRI-ELP y el Ministerio de Energía y Minas son todas dependencias gubernamentales interrelacionadas. Como tales, éstas son indivisibles frente al inversionista y sus acciones deben considerarse sinónimas para el inversionista extranjero.
311. Con respecto a CEPRI-ELP, la Demandante argumenta que:
- CEPRI-ELP, la única entidad gubernamental facultada para dirigirse a los posibles oferentes en representación del Estado, tenía plena capacidad para hacer pronunciamientos vinculantes en materia tributaria y, mas aún, tenía el derecho de obtener asesoramiento de la SUNAT.
 - Específicamente, dentro del marco de la privatización de Egenor, CEPRI-ELP fue la “única voz” del Gobierno, y sus pronunciamientos, por ej. la Circular 15, se convirtieron en parte vinculante del Convenio de Privatización, de conformidad con las disposiciones de las Bases del Concurso Público.
312. Según la Demandante, CEPRI-ELP confirmó en la Circular 15 que las tasas generales de depreciación estipuladas en las Normas del Impuesto a la Renta eran las que debían ser aplicadas a los activos de Egenor, excluyendo así la aplicación de la Tasa Especial.

313. Según la Demandante, no hay pruebas que sugieran que cuando CEPRI-ELP emitió la Circular 15 hubiera posibles compradores interesados en adquirir el Tramo del 60% de Egenor que siquiera estuvieran al tanto de que se había solicitado o aprobado una Tasa Especial para los activos de Electroperú. Mucho menos aún, que CEPRI-ELP tuviera la intención de que el oferente aplicara dicha tasa a los activos de Egenor.
314. La Demandante observa que, de hecho, en la Circular 15 se le pregunta a CEPRI-ELP si a los activos de Egenor se les aplicaría la tasa legal de depreciación o si se les aplicaría una *tasa incluso más acelerada*. En otras palabras, (a) el inversionista que presentó las preguntas ni siquiera consideró una tasa desacelerada especial; y (b) la respuesta de CEPRI-ELP debe ser juzgada en referencia a dos variables (la tasa legal o una tasa incluso más acelerada), ninguna de las cuales prevé una tasa desacelerada especial.

b) La posición de la Demandada

315. La Demandada sostiene que, según el derecho peruano, Egenor debía seguir aplicando la misma tasa de depreciación a los activos que recibió de Electroperú de la misma manera que Electroperú la había aplicado a dichos activos antes de su transferencia, y que se asumía que los oferentes conocían las leyes y las normas aplicables en el Perú.
316. Según la Demandada, la Circular 15 de CEPRI-ELP “remite al oferente a las normas del Impuesto a la Renta para que el oferente mismo determine la tasa que corresponde de conformidad con dichas normas, en base a su análisis y conocimiento”. La Demandada sostiene que CEPRI-ELP no especificó, ni podría haber especificado, qué tasas de depreciación se debían aplicar a Egenor en virtud de las normas del Impuesto a la Renta.
317. La Demandada también se refiere a la opinión que el estudio jurídico Luna Victoria – Vásquez & Asociados presentó por escrito a Egenor el 25 de septiembre de 1996 (a los pocos meses de su privatización en favor de Dominion). En dicha opinión, se informó a Egenor que las tasas especiales “pueden y deben ser utilizadas por EGENOR” de conformidad con la Ley del Impuesto a la Renta y con el Decreto Supremo 122-94-EF.
318. La Demandada presentó declaraciones testimoniales de distintos funcionarios del Gobierno que, según la Demandante, habían dado seguridad respecto de la Tasa de

Depreciación a Duke Energy a fines de 1999. Estos testigos afirman que nunca le otorgaron tal seguridad.

319. Con respecto a CEPRI-ELP, la Demandada argumenta que CEPRI-ELP no instruyó ni podría haber instruido a Electroperú que aprobara los estados financieros de Egenor. El Artículo 9 de la Ley de Privatización no faculta a CEPRI-ELP para emitir “órdenes e instrucciones” en relación con Egenor fuera del marco del proceso de privatización. Para CEPRI-ELP, el proceso de privatización de Egenor se limitaba a la venta del 60% de las acciones.

c) El análisis del Tribunal

320. Tal como el Tribunal explicó anteriormente, establecer si la Acotación de la Depreciación constituyó una violación de la obligación implícita de obrar con buena fe o de la doctrina de los actos propios requiere un análisis detallado de las declaraciones y de los actos específicos que, según se alega, han generado una confianza razonable por parte de Duke Energy. Por las razones que se detallan a continuación, el Tribunal concluye que la Demandante no ha satisfecho la carga de probar que la Demandada, a través de sus entes o funcionarios indicó de manera inequívoca a Egenor que debía aplicar la tasa legal general. A fin de arribar a dicha conclusión, el Tribunal otorga especial atención a las señales contemporáneas que, al menos, advirtieron a Dominion (y, posteriormente, a Duke Energy) que debía seguir aplicando las tasas desaceleradas especiales.
321. La decisión del Tribunal se basa, especialmente, en las siguientes observaciones:
- las Bases del Concurso Público del Tramo del 60% nada estipulaban sobre la cuestión de la tasa de depreciación aplicable;
 - la Circular 15 remitía al oferente a las “Normas del Impuesto a la Renta”, pero no a una tasa de depreciación en particular;
 - los estados financieros de Egenor al 31 de mayo de 1996 y al 30 de junio de 1996 sugieren que se estaba aplicando la tasa desacelerada;

- en la carta de fecha 10 de junio de 1996, Dominion, a través de IDP, preguntó específicamente a CEPRI-ELP si la SUNAT le había otorgado a Egenor una tasa de depreciación especial. Si bien CEPRI-ELP nunca contestó la pregunta de IDP, surge claramente de la carta que Dominion no sabía con certeza qué tasa de depreciación debía aplicar, incluso después de la emisión de la Circular 15;
- en la carta que envió a sus asesores (Deloitte & Touche, y Luna Victoria-Vásquez) el 9 de septiembre de 1996, Egenor reconoció que en ese momento estaba aplicando la tasa de depreciación especial, al preguntar si podía modificar su tasa de depreciación y aplicar una tasa general;
- a pesar de que las respuestas de sus asesores fueron contradictorias, la respuesta que Egenor recibió de Luna Victoria-Vásquez el 25 de septiembre de 1996 expresaba que Egenor debía aplicar la tasa especial otorgada a Electroperú en 1995 en virtud de la regla de continuidad establecida en el Artículo 105 de la Ley del Impuesto a la Renta;
- Egenor, aceptó en cambio, el asesoramiento recibido de Deloitte & Touche, en el sentido que debía aplicar la tasa legal general, pero nunca le envió la respuesta de Deloitte & Touche a Luna Victoria-Vásquez para solicitar sus observaciones; y
- estos elementos estuvieron a disposición de Duke Energy en 1999, cuando estaba realizando el procedimiento de “*due diligence*” para adquirir el Tramo del 60% de Dominion y el Tramo del 30% del Gobierno.

322. Se demostró, asimismo, en particular durante el contra-interrogatorio al Pastor Narron, que, de hecho, Egenor no interpretó la Circular 15 como una instrucción clara del Gobierno respecto de qué tasa de depreciación debía aplicar. La redacción de la Circular 15, combinada con el uso histórico de la tasa desacelerada especial por parte de Egenor, solo generó confusión, no seguridad y confianza. De haber generado esto último, esa confianza no habría sido razonable.

323. Por ello, el Tribunal concluye que la Demandante no ha probado que podía confiar razonablemente en la Circular 15 y en la aprobación general de los estados financieros de Egenor por parte de Electroperú, como fundamentos para cuestionar la Acotación de la Depreciación con base en la buena fe y la doctrina de los actos propios.

B. LA ACOTACIÓN POR REVALUACIÓN DE ACTIVOS

1. Antecedentes

324. En la Acotación por Revaluación de Activos, la SUNAT determinó que en virtud de la Norma VIII, podía efectuar una acotación a las empresas que a su criterio habían realizado una fusión “simulada” (o “ficticia”) para gozar de los beneficios de la revaluación. La SUNAT llegó a la conclusión de que la fusión entre Egenor y Power North no constituía una “transacción económica real” y declaró a esta transacción como una “simulación”³³.

325. El informe pericial de la Prof. Shoschana Zusman de fecha 29 de septiembre de 2006, presentado por la Demandada, contiene una útil explicación sobre los antecedentes de la Norma VIII. En el párrafo 35, la Profesora Zusman señala que “[l]a recalificación de los actos de los particulares por la Administración Tributaria y la aplicación del criterio de realidad económica, data del año 1968 cuando todavía no existía regulación legal sobre la elusión”. Además, observa que las disposiciones de los sucesivos Códigos Civiles del Perú “[s]e consideraba[n] suficiente[s] para aplicar el criterio de realidad y recalificar los actos elusivos”. A continuación, la Profesora Zusman detalla la evolución del texto de la Norma VIII en los párrafos 36 y 37:

36. Luego de una evolución, el Código Tributario aprobado mediante Decreto Legislativo 816° de fecha 21 de abril de 1996 incluyó en la Norma VIII, una disposición antielusiva. Su texto es el siguiente:

³³ En este contexto, no se debe confundir el término “simulación” con el concepto de simulación del derecho civil, en el que una transacción simulada se puede declarar nula y carente de efectos legales. En el contexto de la Norma VIII, la “simulación” se refiere a la determinación de la SUNAT de que una transacción, como una fusión, carece de realidad económica. Si bien tal determinación de la SUNAT anula los efectos tributarios de la transacción, no afecta la validez de la transacción a los efectos del derecho civil o comercial. El Profesor Talledo dio una explicación valiosa al respecto durante el día 5 de la audiencia (Transcripción de la Audiencia, 14 de mayo de 2007, págs. 1304-05).

“Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de la Administración Tributaria –SUNAT– atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios. Cuando éstos sometan sus actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios, se prescindirá, en la consideración del hecho imponible real, de las formas o estructuras jurídicas adoptadas y se considerará la situación económica real.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.”

37. Dicho texto tuvo vigencia únicamente hasta el 22 de septiembre de 1996, en que fue expedida la Ley N° 26663 que suprimió el acápite segundo del segundo párrafo de la misma (en adelante el Segundo Párrafo), referido a la potestad de la Administración Pública de prescindir del sometimiento de actos a las formas que no sean las provistas manifiestamente por el Derecho Privado. El nuevo texto de la Norma VIII quedó, entonces, redactado de la siguiente manera:

“Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de la Administración Tributaria –SUNAT atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.”

326. En su decisión sobre el caso Edegel³⁴, el Tribunal Fiscal analizó el texto enmendado de la Norma VIII. El Tribunal concluyó que el nuevo texto de la Norma VIII conservaba la facultad de recalificación de la SUNAT, incluida la facultad de recalificar actos simulados, aun cuando la enmienda del 22 de septiembre de 1996 (Ley N° 26.663) suprimió la recalificación basada en el fraude a la ley.

2. ¿Incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria?

a) La posición de la Demandante

i) Norma VIII

327. La Demandante argumenta que la SUNAT le otorgó a la Norma VIII un alcance mucho más amplio que el permitido por la ley. El texto original de la Norma VIII permitía a la SUNAT evaluar la finalidad de una transacción a fin de determinar la existencia del fraude a la ley tributaria. Sin embargo, el texto original fue derogado explícitamente en 1996, mucho antes de la Acotación por Revaluación de Activos. La Demandante sostiene que la Norma VIII, enmendada, no autoriza a la SUNAT a examinar la finalidad de una fusión.

³⁴ Caso N° 4852/2003 de fecha 8 de septiembre de 2004 (Anexo C-115).

328. Según la Demandante, de conformidad con la Norma VIII enmendada, la SUNAT sólo puede analizar si la sustancia económica de una transacción comercial (por ejemplo, una fusión) se corresponde con lo que es típico de la transacción en cuestión. En este caso, la SUNAT estaba facultada para examinar dos aspectos de la fusión: (a) las características económicas típicas de una fusión; y (b) la presencia de esas características en esta transacción. La Demandante afirma que si la SUNAT examinó factores ajenos a estos dos aspectos, entonces excedió arbitrariamente la competencia que le confiere la Norma VIII.
329. Según la Demandante, la Acotación por Revaluación de Activos constituye en sí misma un claro incumplimiento de la ley y, por ende, un incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria detallada en el CEJ con DEI Bermuda.

ii) La LFR

330. La Demandante también argumenta que la SUNAT privó a DEI Egenor de los beneficios de la LFR, que formaban parte del Régimen Tributario Estabilizado.
331. La Demandante sostiene que los dos expertos en materia tributaria presentados por la Demandada concluyeron, si bien en escritos ajenos al contexto de este proceso arbitral, que los criterios considerados por la SUNAT (es decir, el plazo de la existencia de las empresas, el nexo económico entre las empresas, la existencia de operaciones desarrolladas previamente, la magnitud de las operaciones existentes, etc.) no eran requisitos para la validez de la fusión de conformidad con la Ley Fusión-Revaluación. En otras palabras, la LFR no prohibía la fusión de empresas “de papel”. Al anular la fusión con base en los criterios expuestos, la SUNAT violó el régimen tributario estabilizado contemplado para la inversión de Duke Energy: (a) al privar efectivamente a DEI Egenor de hacer uso de los beneficios de una ley estabilizada; y (b) al modificar el alcance de la ley estabilizada al exigir el cumplimiento de requisitos adicionales.
332. La Demandante sostiene que la Ley Fusión-Revaluación disponía, de manera incondicional, exoneraciones tributarias para las transferencias de activos “derivados de acuerdos de fusión o división de toda clase de personas jurídicas”. No contemplaba requisitos adicionales ni indicaciones específicas relacionadas con el modo en que se debían fusionar o dividir las empresas. De la misma manera, argumenta la Demandante,

que el reglamento de la Ley Fusión-Revaluación no estableció requisitos o condiciones para la aplicación de la ley relacionadas con el objetivo de las empresas fusionadas.

333. En consecuencia, la Demandante afirma que el único requisito para que la fusión calificara para gozar de los beneficios de la LFR consistía en que ella fuera válida de conformidad con el derecho societario peruano.
334. Según la Demandante, cuando Egenor y Power North se fusionaron en diciembre de 1996, los requisitos para la validez de las fusiones estaban delineados en los Artículos 355, 356 y 358 de la Ley General de Sociedades. En virtud de estas disposiciones, una fusión válida debía cumplir con tres requisitos esenciales: (i) la extinción de la personalidad jurídica de la empresa absorbida; (ii) la transferencia universal y en bloque del capital; y (iii) la entrega de acciones o participaciones de la nueva empresa o de la empresa absorbente a los socios o accionistas de la empresa absorbida, según corresponda.
335. Éstos eran los únicos requisitos exigibles conforme al derecho societario peruano que regía la validez de la fusión de Egenor y Power North. La Demandante sostiene que todos y cada uno de dichos requisitos se encontraban satisfechos.

iii) Los motivos de la fusión

336. Incluso si la motivación económica fuera hasta cierto punto relevante para determinar si la fusión era simulada, la Demandante sostiene que Perú ignoró varias razones válidas subyacentes a la fusión, entre otras:
- revaluar los activos transferidos por Electroperú a Egenor, que CEPRI-ELP no había revaluado de conformidad con el Decreto Legislativo 782.
 - maximizar el valor de Egenor y, por ende, el de las acciones del Gobierno, para cumplir con el Convenio de Privatización. La Cláusula 12.1 del Convenio de Privatización obligaba a Egenor, y por ende a Dominion, a adoptar todas las acciones necesarias para facilitar la venta del 30% de las acciones de Egenor que tenía el Gobierno. La fusión aumentó el valor de la empresa y, por ende, el de las

acciones de Electroperú, cumpliendo así con el objetivo perseguido en la Cláusula 12.1 del Convenio de Privatización.

- obtener los beneficios contemplados en las leyes de inversión privada del Perú. Los incentivos tributarios fueron un factor clave en la decisión de revaluar los activos y, de hecho y en primer lugar, de invertir en el Perú.

b) La posición de la Demandada

i) La Norma VIII

337. La Demandada sostiene que la SUNAT aplicó la Norma VIII apropiadamente. Según la Demandada, la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario exige que la SUNAT interprete y aplique las leyes tributarias tomando en consideración la sustancia económica de los hechos imponibles (incluidas las transacciones comerciales) y no solo sus formas legales.
338. A pesar de que la Norma VIII no se codificó hasta 1996, la Demandante afirma que el principio subyacente en ella había formado parte del Código Civil peruano por décadas. El Artículo 191 del Código Civil, en particular, establece que los efectos legales derivados de transacciones que carecen de sustancia económica (es decir, transacciones “simuladas”) deben ser ignorados si afectan los derechos de terceros.
339. En respuesta a la descripción efectuada por la Demandante de la Norma VIII como una “disposición escasamente utilizada” del derecho tributario peruano, la Demandada afirma que la SUNAT y el Tribunal Fiscal han aplicado y confirmado, respectivamente, el principio que subyace a en la Norma VIII en diversos casos durante, por lo menos, los últimos cuarenta años. Asimismo, observa la Demandada, las decisiones que el Tribunal Fiscal ha tomado recientemente revisando la aplicación de la Norma VIII por la SUNAT, también confirman que el principio subyacente, que exige que las transacciones tengan sustancia económica (primero reflejado en el Artículo 191 del Código Civil y ahora establecido en la Norma VIII), continúa siendo aplicado.

ii) La LFR

340. La Demandada argumenta que la Demandante no puede desviar el foco de su argumento hacia la Ley Fusión-Revaluación, porque la sustancia económica no es un requerimiento sólo de la Norma VIII, sino también de la misma Ley Fusión-Revaluación. La Demandada sostiene que esto se confirma por (i) la estructura y el marco de la Ley Fusión-Revaluación; y (ii) los objetivos con base en los cuales se sancionó la ley:

- la estructura y el marco de la Ley Fusión-Revaluación indican que el Estado estaba dispuesto a sacrificar los ingresos tributarios que de otro modo percibiría a cambio de fusiones que fortalecieran a las empresas involucradas en esas transacciones.
- los objetivos de la Ley Fusión-Revaluación confirman que la ley se basó en la premisa subyacente de que las empresas se fusionarían genuinamente a fin de exigir los beneficios tributarios que ésta otorgaba a cambio de la reorganización.

341. La Demandada no niega que la Ley Fusión-Revaluación perseguía diversos objetivos, incluido el de “mejorar la situación financiera de las empresas”, como lo expresó la Demandante, a través de la revaluación de sus activos. Sin embargo, la Demandada argumenta que la Demandante no puede escapar al hecho de que los “acuerdos de fusión o división” eran los medios a través de los cuales se alcanzarían los objetivos de la ley, incluso aquellos citados por la Demandante. En términos más sencillos, la Demandada afirma que la fusión de 1996 no cumplió con el objetivo de la Ley, que consistía en que la fusión fuera una reorganización genuina de empresas reales.

iii) Los motivos de la fusión

342. La Demandada no cuestiona a la afirmación de la Demandante de que Egenor deseaba revaluar sus activos para “rectificar las distorsiones de los balances”. Sin embargo, la Demandada replica que la Demandante podría haber remediado la distorsión del valor de sus activos mediante una revaluación voluntaria libre de impuestos, conforme al Artículo 252 de la Ley General de Sociedades del Perú. De hecho, la Demandada observa que justamente esta fue la respuesta tanto de Victoria-Vázquez como de Deloitte & Touche a

Egenor en septiembre de 1996, cuando Egenor les preguntó específicamente si “[e]s procedente efectuar la Revaluación Voluntaria del Activo Fijo”.

343. La Demandada sostiene que, contra el consejo de sus asesores, Egenor decidió aprovechar la Ley Fusión-Revaluación mediante una fusión simulada como alternativa con fines tributarios para alcanzar el objetivo mencionado, sin duda, porque dicha opción le brindaba ciertos beneficios tributarios que no le ofrecía el Artículo 252.

c) El análisis del Tribunal

344. Para determinar si la Acotación por Revaluación de Activos constituyó un incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria estipulada en el CEJ con DEI Bermuda, el Tribunal debe determinar las siguientes cuestiones: (1) si la Norma VIII formaba parte del régimen tributario estabilizado de Egenor de fecha 24 de julio de 1996; y (2) en tal caso, si la acotación de la SUNAT basada en la Norma VIII se correspondía con alguna aplicación e interpretación estabilizada de la Ley Fusión-Revaluación de 1996.
345. Por las razones que se exponen a continuación, el Tribunal concluye que si bien la SUNAT podía invocar apropiadamente la Norma VIII a fin de evaluar la legitimidad de las transacciones a los fines tributarios, la SUNAT violó la garantía de estabilización tributaria al utilizar la Norma VIII para modificar la interpretación estable de la LFR que predominaba en 1996 y que, por ende, formaba parte del régimen tributario estabilizado de Egenor.

i) La Norma VIII

346. El Tribunal observa que la Norma VIII fue dictada en abril de 1996, varios meses antes de la fecha del CEJ con Egenor. Se podría decir entonces que el régimen tributario que estaba estabilizado para Egenor, y luego para DEI Bermuda con respecto a Egenor, incluía la versión original de la Norma VIII. El mismo Demandante admite que esta versión original le permitía a la SUNAT examinar el propósito subyacente de una transacción, como por ejemplo una fusión, e ignorarla a efectos tributarios si concluía que la transacción era fraudulenta.

347. A la luz de dicha observación, un reclamo por incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria basado en la aplicación incorrecta de la nueva versión de la Norma VIII no resultaría procedente en tanto la nueva versión de la Norma VIII no era aquélla que se encontraba estabilizada. Pareciera en opinión del Tribunal que la Demandante sólo podría reclamar que la SUNAT habría malinterpretado la nueva versión de la Norma VIII, pero no podría presentar un reclamo basado en la garantía de estabilización tributaria contemplada en el CEJ con DEI Bermuda.
348. De todas maneras, el Tribunal acepta que ambas versiones de la Norma VIII facultaban a la SUNAT para desconocer, a efectos tributarios, aquellas transacciones que concluyera que eran “simuladas”.
349. Por ello, el Tribunal concluye que la SUNAT no violó la garantía de estabilización tributaria contemplada en el CEJ con DEI Bermuda meramente al invocar la Norma VIII.

ii) La LFR

350. La LFR formaba parte del régimen tributario estabilizado para Egenor. El Congreso aprobó dicha ley en 1994 y la prorrogó por períodos anuales hasta fines de 1998. La estabilización de la LFR de conformidad con el régimen de CEJs de Perú fue confirmada, como una cuestión general, en las decisiones arbitrales de Edelnor y Luz del Sur. Con respecto a la situación específica de Egenor, todos los asesores que analizaron la cuestión concluyeron que la LFR estaba estabilizada en virtud del CEJ con Egenor. El Tribunal se refiere al informe de “*due diligence*” que el Estudio Grau preparó para la privatización del Tramo del 30%, a la opinión legal que el mismo Estudio preparó para Egenor el 5 de enero de 1999 y a la opinión legal que el Estudio Miranda & Amado preparó para Duke Energy el 20 de septiembre de 1999. De hecho, en el caso de Egenor, la SUNAT no objetó esta conclusión.
351. La Demandante argumenta que la LFR no imponía requisitos previos relativos al tipo de empresas que podían gozar de sus beneficios tributarios. Por otra parte, la Demandada sostiene que estaba implícito en la estructura, el marco y el objetivo de la LFR que solo las empresas “reales”, que genuinamente se fortalecerían con una fusión, podían valerse de la Ley Fusión-Revaluación.

352. El Tribunal concluye que la Demandante ha cumplido con la carga de probar que al usar la Norma VIII para anular las consecuencias tributarias de la fusión de Egenor con Power North SUNAT no cumplió con la aplicación o interpretación estable de la LFR al momento de la celebración del CEJ con Egenor.
353. El Tribunal llega a su conclusión respecto de la aplicación e interpretación estable de la LFR basándose en su evaluación de los informes de expertos que presentaron las partes. El testimonio del profesor de Trazegnies resultó especialmente convincente para el Tribunal. El profesor de Trazegnies declaró que cuando el Congreso aprobó la LFR estaba claro para todos que “[e]n realidad el objetivo de la ley, conforme a las declaraciones de las personas que en esa época opinaron sobre esa ley, el objetivo era básicamente la revaluación” (Transcripción de la Audiencia, 14 de Mayo de 2007, p. 1140: 5-8). El profesor de Trazegnies observó que la ley abordaba los problemas causados por el período hiperinflacionario que azotó al Perú entre 1985 y 1991.
354. Asimismo, el Tribunal observa la siguiente declaración del Profesor de Trazegnies, tomada de su interrogatorio directo realizado en la audiencia:

P. La ley de revaluación en fusiones fue aprobada en enero de 1994 y renovada cuatro veces por el Parlamento peruano. ¿Qué le sugiere este hecho a usted?

R. Bueno, lo que me hace parecer evidente es que el Gobierno, el Congreso, el país estaba muy contento con esa ley de revaluación en fusiones y con la forma en que se estaba aplicando. No era un misterio que se estaban produciendo estas fusiones con el objeto de la revaluación. Esto lo ha declarado todo el mundo y lo hecha notar que lo ha declarado César Luna Victoria, Luís Hernández; todos los que en esa época intervinieron y reconocían que esto era así.

Sin embargo, esa ley se siguió prorrogando durante cuatro años, lo cual quiere decir que su finalidad no había sido terminada de cumplir y se consideraba que era una finalidad positiva, buena.

(Transcripción de la Audiencia, 14 de Mayo de 2007, pp. 1145: 7
– 1146: 2).

355. Asimismo, el Tribunal se remite al artículo del Dr. César Luna Victoria, publicado en *Semana Económica* el 16 de diciembre de 2001 (Anexo C-114), que confirma que la LFR no imponía restricciones o condiciones a las empresas para que pudieran gozar de los beneficios que otorgaba. El Dr. Luna Victoria afirma en el artículo que: “(...) *la [LFR] nunca estableció un plazo de preexistencia, un capital mínimo ni un número determinado de operaciones, como lo ha hecho en otros casos. Si la ley no lo hizo la empresa (de papel o no) tuvo preexistencia jurídica y la fusión ha sido jurídicamente válida. La Sunat, en vía de interpretación, no puede completar las omisiones que la ley, por mandato de la misma Norma VIII que invoca*³⁵”.
356. La posición de la Demandada, que sostiene que la LFR imponía determinados requisitos implícitos que las empresas debían cumplir para poder gozar de sus beneficios, fue respaldada por la Profesora Shoschana Zusman. La profesora Zusman no fue citada a declarar en la audiencia sobre el fondo, pero el Tribunal ha considerado sus dos informes periciales, presentados por la Demandada. En su Segundo Informe, de marzo de 2007, la Profesora Zusman concluye lo siguiente respecto a la LFR:
- (ii) Aunque la Ley N° 26283 no haya establecido requisitos para la fusión, no era suficiente con pasar por el proceso formal de fusión, para considerar que ésta era válida a efectos tributarios.
 - (iii) La fusión no puede considerarse válida si se realiza con una empresa que no tiene una verdadera realidad económica y si el único propósito de la fusión era tributario porque la Ley N° 26283 era una norma promocional que, precisamente por dar un incentivo, imponía que la fusión tuviera sustancia económica.
357. El Tribunal observa que la Profesora Zusman basa sus conclusiones en un análisis abstracto de lo que ella considera principios legales aplicables del derecho peruano,

³⁵ El Tribunal no puede aceptar la posición del perito de la Demandada, Dr. César Luna-Victoria, de que la cita de este artículo fue sacada de contexto.

como el principio de la “auto integración” y la necesidad de interpretar la LFR como una ley “promocional” (véase el Segundo Informe de la Profesora Zusman, párrafos 6–14). Sin embargo, el Tribunal concluye que la opinión de la Profesora Zusman no guarda correspondencia con el objeto y finalidad de la LFR, con su redacción (esto es, no indica ningún requisito especial) y, especialmente, con la interpretación de la LFR que prevalecía al momento en que se otorgó la garantía de estabilidad tributaria a Egenor. El Tribunal considera más convincente el testimonio del profesor de Trazegnies al referirse directamente a opiniones y documentos contemporáneos.

358. De todos modos, la opinión de la Profesora Zusman fue efectivamente refutada por el testimonio del Profesor Talledo, en relación a legislación comparable de otras jurisdicciones. El siguiente es un extracto de su interrogatorio directo, llevado a cabo en la audiencia:

P. “P. La profesora Zusman afirma que los beneficios tributarios conferidos por la ley de revaluación en fusiones no se aplican a todo tipo de fusiones sino sólo a las fusiones entre compañías activas y a las fusiones que ayuden a la consolidación o aumento del volumen de negocios de las compañías que llevan a cabo la fusión.

¿Está usted de acuerdo con esta posición?

R. No, no estoy de acuerdo. Está implícita en la afirmación hecha por la doctora Zusman, está implícita en esa afirmación que en el régimen de la 26283 existían prerrequisitos o condiciones para la operatividad de la exoneración. El prerrequisito vendría a ser que se tratara de empresas que desarrollaran actividad, que tuvieran patrimonio, que tuvieran algo que fortalecer e integrar y que además estuvieran en condiciones de alcanzar los objetivos buscados con la dación de este régimen. En la legislación comparada el señalamiento de requisitos, condiciones, sea de carácter previo, sea de carácter posterior para el goce de los beneficios otorgados en normas sobre reorganización de

empresas, viene señalado expresamente -expresamente-. Entonces desde el punto de vista jurídico el señalamiento de estas condiciones asume, sea el carácter de una condición jurídica o de un elemento integrador del supuesto de hecho de cuya realización se generan los beneficios tributarios, o tiene el carácter de una condición legal resolutoria del beneficio otorgado en caso de que la obtención esos requisitos, la obtención de una mayor eficiencia, etcétera, la captación de un mayor mercado, etcétera, no se logre. Ninguno de esos requisitos, ni con carácter previo ni con carácter posterior a la realización de las operaciones de división y fusión, fue establecido en la ley 26283. Y en consecuencia por vía de interpretación no cabe señalar el cumplimiento de esos requisitos para el goce de los beneficios que dicha ley otorgó.”

(Trascripción de la Audiencia, 14 de Mayo de 2007, pp. 1238:4–1240:1).

359. El Tribunal también encuentra sustento para su conclusión en el testimonio del Dr. Javier Núñez Carvallo. El Dr. Núñez, socio del Estudio Grau, declaró que su estudio jurídico participó en la realización de aproximadamente cuarenta fusiones conforme a la LFR. El Dr. Núñez destacó que la vigencia de la LFR fue extendida en sucesivos años, hasta fines de 1998, y que ninguno de los requisitos “implícitos” que la Demandada ahora argumenta jamás se plantearon en ocasión alguna como una cuestión relevante en esas otras fusiones. El Tribunal no escuchó ni leyó ningún testimonio que contradijera el del Dr. Núñez.
360. El Tribunal considera que no es inusual que, tras un período hiperinflacionario como el que azotó al Perú entre los años 1985 y 1991, se permita a las empresas realizar una revaluación de sus activos libre de impuestos. El valor contable de los activos, expresado en términos nominales, ya no refleja su valor real en la nueva moneda adoptada en la era post-inflacionaria. Las cifras revaluadas son, por supuesto, nominalmente mayores que los valores contables anteriores, pero no reflejan ni un incremento real del valor de los activos ni una renta real o un incremento real en el patrimonio del dueño de dichos

activos, esto es, del contribuyente. Por ende, en tales circunstancias, es razonable que las revaluaciones sean libres de impuestos.

361. El Tribunal también considera que, como política económica o legal, el Gobierno del Perú no implementó un régimen legal general que hubiera permitido las revaluaciones sin consecuencias tributarias. En cambio, el Gobierno del Perú permitió dichas revaluaciones en el contexto de las reorganizaciones de sociedades en virtud de la LFR. El Tribunal está convencido de que, este marco legal restringido de revaluaciones beneficiosas dio claramente lugar a una práctica generalizada en el país de usar fusiones y escisiones con el fin principal de revaluar los activos y no propiamente con el objeto de reorganizar las empresas o sociedades.
362. La práctica generalizada de permitir el uso de la LFR de este modo se basó en una interpretación literal muy amplia del Artículo 1 de la LFR, que requería acuerdos de “fusión o división de toda clase de personas jurídicas, ya sean mercantiles, civiles o cooperativas...” (énfasis agregado). Lo que era esencial era la existencia de una fusión de “toda clase de personas jurídicas”, con independencia de si el único objeto de la fusión era la revaluación de los activos para reclamar los beneficios tributarios asociados con ella. De conformidad con la práctica normal y generalizada del momento, la “fusión” se concebía como un acto legal formal mediante el cual dos o más empresas se unían para formar una nueva, independientemente de la realidad económica de la transacción.
363. En otras palabras, al momento de la celebración del CEJ con Egenor, la interpretación predominante de la LFR era la de que una fusión formal era suficiente para invocar los beneficios tributarios estipulados por la ley. Ésta fue la interpretación estabilizada por el CEJ.
364. Cuando la SUNAT concluyó que la fusión de Egenor y Power North carecía de realidad económica en noviembre de 2001 y, por ello, anuló sus beneficios tributarios derivados de la LFR, la SUNAT implícitamente otorgó al término “fusión” un significado distinto al que prevalecía en 1996, que, por lo tanto, era el significado estabilizado conforme al CEJ con Egenor.

365. Por ello, fundado en la totalidad de las pruebas, el Tribunal concluye que el uso de la Norma VIII efectuado por la SUNAT en 2001 para desconocer los beneficios tributarios de la fusión de Egenor y Power North constituyó un cambio en la interpretación preexistente y estable de la LFR.
366. Por ende, el Tribunal concluye que la Acotación por Revaluación de Activos constituye un incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria.

3. ¿Violación a la buena fe (doctrina de los actos propios)?

a) La posición de la Demandante

367. La Demandante afirma que el Gobierno del Perú:
- aprobó la fusión de 1996 y el modo en que se perfeccionaría;
 - reconoció que uno de los principales motivos para la fusión era que Egenor pudiera acceder a los beneficios de la revaluación en caso de fusión;
 - ratificó la fusión a través del voto de Electroperú como accionista;
 - ratificó la fusión a través de una serie de resoluciones emitidas por el Ministerio de Energía y Minas;
 - omitió mencionar la posible responsabilidad tributaria, futura o latente, durante las negociaciones con Duke Energy;
 - confirmó que la fusión era apropiada en el marco de la venta de su Tramo del 30%;
 - obtuvo un precio mayor de Duke Energy al presentar a Egenor como una empresa respecto de la cual la Ley Fusión-Revaluación se encontraba estabilizada; y
 - se benefició financieramente de la fusión.

368. En virtud de las acciones y declaraciones mencionadas, la Demandante sostiene que la Demandada se encuentra impedida (*estopped*) de invalidar los efectos tributarios de la fusión.
369. La Demandante sostiene que el Gobierno no puede eludir las consecuencias de la incongruencia de sus actos basándose en el principio de la separación de poderes, tal como sugeriría la Demandada. SUNAT, COPRI, CONADE, CEPRI-ELP y el Ministerio de Energía y Minas son entes gubernamentales interrelacionadas. Como tales, éstos son indivisibles frente al inversionista y sus actos deben considerarse actos del Estado a los ojos del inversionista extranjero.
370. La Demandante observa que el estatuto de Egenor establecía claramente que las transferencias de activos y las transacciones con partes interesadas requerían el “voto favorable” del 85 por ciento del Directorio de la empresa, por lo cual requerían la aprobación de los representantes de Electroperú y, en consecuencia, el Gobierno.
371. Con respecto a Electroperú, la Demandante argumenta que:
- La conducta de Electroperú como accionista, tal como su voto a favor o en contra de las propuestas del Directorio de Egenor, estaba firmemente predeterminada por el Gobierno del Perú, en virtud de los Artículos 15 y 21 del Decreto Supremo 027-90-MIPRE, que constituyen las normas generalmente aplicables a las empresas estatales;
 - La conducta de Electroperú no fue, como sugiere la Demandada, la de una “empresa privada” que opera en condiciones principalmente comerciales en un mercado predominantemente comercial, en la que la participación estatal es sólo un atributo incidental e insignificante. Su conducta fue claramente definida por un objetivo “gubernamental” inconfundible e incuestionable; y
 - Aún suponiendo que, *hipotéticamente*, Electroperú no estuviera desempeñando una función “gubernamental” *en sí*, el Tribunal *aún* puede determinar que la conducta de Electroperú era vinculante para el Estado, basándose, únicamente, en el *control* ejercido por el Gobierno.

372. La Demandante sostiene que, a pesar de proclamar lo contrario, el Sr. Miranda y el Sr. Sánchez claramente concebían a la participación del 30% que Electroperú tenía en Egenor como acciones del Gobierno, tal como lo comprueban numerosas referencias a las acciones del Estado que se encuentran en las actas de las juntas de accionistas o de las reuniones del Directorio. Más aún, la Demandante se remite a sus cartas de renuncia y sostiene que tanto el Sr. Manuel Suárez Mendoza como el Sr. Víctor Guevara Pezo, designados por Electroperú para suceder a al Sr. Gastón Miranda y al Sr. Alfredo Montesinos en el cargo de Directores de Egenor, entendían incuestionablemente que se desempeñaban en el Directorio de Egenor en representación del Gobierno del Perú.

b) La posición de la Demandada

373. La Demandada sostiene que el reclamo de que el Perú violó su obligación de buena fe contemplada en el derecho peruano se basa en su totalidad en aseveraciones de hecho infundadas, de las que se extraen conclusiones legales sin mérito alguno. La Demandada niega específicamente que el Perú haya realizado tales declaraciones o acciones.

374. Como concepto general, la Demandada sostiene que:

- No puede existir una contradicción entre la conducta de Electroperú en calidad de accionista de Egenor y la acotación a DEI Egenor por pagos insuficientes realizada por la SUNAT, dado que son dos entidades diferentes.
- Un inversionista sofisticado como la Demandante no puede alegar que desconoce el ampliamente reconocido principio que establece que un servicio tributario nacional no puede verse afectado por los actos de una entidad gubernamental distinta. En los Estados Unidos, la jurisdicción original de Duke Energy, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció este principio hace más de 6 años. Otras jurisdicciones han tomado posturas similares (Canadá, México).

375. Por otra parte, en respuesta a los argumentos de la Demandante basados en la aprobación de la fusión de Egenor por sus accionistas, la Demandada afirma que no era el Estado Peruano quien era accionista de Egenor, sino Electroperú. Con respecto a Electroperú, la Demandada argumenta que:

- Electroperú es una sociedad de derecho privado con personalidad jurídica propia. La Ley General de Sociedades regula el funcionamiento de Electroperú y por disposición expresa de dicha ley, Electroperú no goza de la potestad de *ius imperium*. Esto significa que la Demandante no puede prevalecer en su calificación de los votos de Electroperú como actos soberanos del Gobierno del Perú.
- Una sociedad estatal que actúa en calidad de comerciante (*acta jure gestionis*), y no en calidad de autoridad pública (*acta jure imperii*), no puede ser considerada como un órgano de la administración tributaria y, por ende, no está autorizado a interpretar o aplicar las leyes tributarias. Menos aún, puede impedir su interpretación y aplicación por los órganos estatales autorizados a tal fin.
- El derecho internacional también establece una clara distinción entre un estado y una sociedad que es propiedad de tal estado.
- El representante de Electroperú no recibía instrucciones del Gobierno del Perú. Conforme al derecho peruano, Electroperú no necesitaba de esas instrucciones para decidir cómo votaría en calidad de accionista de Egenor.
- El estatuto enmendado de Egenor establecía que determinadas conductas societarias relevantes requerían el voto de por lo menos el 85 por ciento de los miembros del Directorio (y, por ende, el aval de los dos Directores designados por Electroperú). Sin embargo, este hecho no transformó la naturaleza comercial de la conducta desempeñada en el Directorio por los Directores designados por Electroperú en un acto gubernamental atribuible al Estado y, mucho menos, en un pronunciamiento sobre cuestiones tributarias sobre las que la SUNAT tenía competencia exclusiva.
- La aprobación de Electroperú de la fusión entre Egenor y Power North en la Junta General de Accionistas no fue de ningún modo un acto del Estado, sino un acto decidido por los directores de una sociedad de propiedad estatal sujeta al derecho privado. La ley exigía que Electroperú y no el Estado, proporcionara las

instrucciones por escrito a su representante sobre cómo votar en nombre de las acciones minoritarias de Electroperú en la Junta General de Accionistas de Egenor.

- La Demandante caracterizó incorrectamente una declaración efectuada por uno de los Directores designados por Electroperú, el Sr. Gastón Miranda, durante una reunión del Directorio de Egenor, a fin argumentar que los Directores “conocían bien su papel central en el proceso de privatización del Estado que estaba en curso”. Según el acta de la reunión, el Sr. Miranda dijo que “el Estado, representado por ELECTROPERÚ, aspira a lograr una atractiva cotización de las acciones de EGENOR en la bolsa ...”. La afirmación de la Demandante de que el Sr. Miranda “representaba directamente al Estado” y supuestamente vinculaba al Estado en su ejercicio de la autoridad soberana, no se desprende simplemente del “hecho de que [el Sr. Miranda] habló del interés indirecto del Estado en el buen rendimiento comercial de Nor Perú-Egenor”.

376. Con respecto a CONADE, la Demandada argumenta que:

- CONADE ni aprobó ni vetó la fusión de 1996;
- En todo caso, tal aprobación no puede ser vinculante para la SUNAT y, por lo tanto, el contribuyente no lo puede tomar como una garantía confiable de que la autoridad tributaria no le realizara una auditoría o acotación.
- La supuesta “aprobación” de CONADE no limita la autoridad de la SUNAT para auditar y acotar. De hecho, varias empresas estatales que, a diferencia de Electroperú en relación con Egenor, actúan de conformidad con las instrucciones de CONADE, han sido objeto con frecuencia de acotaciones de la SUNAT.

377. Con respecto a CEPRI-ELP, la Demandada argumenta que:

- CEPRI-ELP no le instruyó ni le podría haber instruido a Electroperú que aprobara los estados financieros de Egenor o la fusión de 1996. El Artículo 9 de la Ley de Privatización no faculta a CEPRI-ELP para emitir “órdenes e instrucciones”

respecto a Egenor fuera del marco del proceso de privatización. Para CEPRI-ELP, el proceso de privatización de Egenor se limitaba a la venta del 60% de las acciones.

378. Finalmente, la Demandada sostiene que conforme al derecho internacional, el cual la Demandante ha afirmado que es aplicable, los actos del gobierno se presumen regulares. Esto es particularmente cierto cuando, como en este caso, un Demandante ha acusado al estado de actuar de mala fe, una aseveración que debe probarse con “prueba clara y convincente” [Dúplica de la Demandada, párrafo 64].

c) El análisis del Tribunal

379. En la sección anterior, el Tribunal estableció que la Acotación por Revaluación de Activos constituyó un incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria estipulada en el CEJ con DEI Bermuda. Al haber concluido que en ese aspecto la responsabilidad recae en la Demandada, no es necesario que el Tribunal considere las causales alternativas de responsabilidad expuestas por la Demandante, incluida la violación a la doctrina de los actos propios o a la buena fe. De todas maneras, tras haber recogido una cantidad sustancial de pruebas y argumentos sobre la cuestión, el Tribunal se siente obligado a fijar su criterio sobre la cuestión.
380. A diferencia de su conclusión respecto a las acciones y las declaraciones de los distintos actores del Gobierno relacionados con la tasa de depreciación aplicable a los activos fijos que Electroperú transfirió a Egenor, el Tribunal considera que las acciones y declaraciones de los distintos actores estatales que participaron en el proceso que llevó e incluyó a la fusión de Egenor y Power North en 1996, como también en el proceso que culminó con la privatización de Egenor, cuya adjudicataria resultó Duke en 1999, tienen efectos legales. De hecho, la conducta de los distintos actores del Estado confirma que, al momento de la fusión y hasta la inversión de Duke en Egenor, la interpretación predominante de la LFR era que solo se requería una fusión formal para gozar de los beneficios tributarios.

381. Para el Tribunal, el análisis de las cuestiones relacionadas con la doctrina de los actos propios se reduce a cuatro preguntas fundamentales: (i) ¿los representantes de Electroperú y de los distintos entes estatales que participaron en la privatización contaban con información completa sobre la naturaleza de la fusión y sus implicancias tributarias? (ii) ¿avalaron los representantes de Electroperú, en forma inequívoca, la fusión y la forma en que se realizaría y fue razonable que Dominion (y, posteriormente, Duke) interpretaran tal aval como proveniente del Estado mismo? (iii) ¿avalaron los representantes de los distintos entes estatales, sin lugar a dudas, la fusión y la forma en que se realizaría? y (iv) suponiendo que la respuesta a las preguntas (i) a (iii) sea, en cada caso, afirmativa, ¿es la Acotación por Revaluación de Activos igualmente inmune al análisis conforme a la doctrina de los actos propios basado en la defensa de la Demandada de que sólo SUNAT tiene competencia en materia tributaria dentro del Perú y, por ende, las declaraciones y el aval de las otras agencias y entidades estatales son irrelevantes?

382. El Tribunal considera cada pregunta individualmente.

i) La información sobre la fusión y sus implicancias tributarias

383. En esta sección, el Tribunal considera si los representantes de Electroperú y los distintos entes estatales involucrados en la privatización contaban con la información plena sobre la naturaleza de la fusión y sus implicancias tributarias.

384. Según la opinión del Tribunal, hay amplias pruebas que demuestran que tanto los Directores designados por Electroperú que se desempeñaron dentro del Directorio de Egenor, como los miembros de CEPRI-ELP (incluido el Sr. Alfageme, asesor jurídico de CEPRI-ELP) recibieron información sobre la fusión en forma de borradores de actas de reunión, estados financieros y el informe de valuación de Price Waterhouse, con bastante anterioridad a la fusión.

385. Las actas pertinentes de la reunión de Directorio de Egenor (13 y 25 de noviembre de 1996) prueban expresamente que el Directorio, que incluía a los representantes de Electroperú, tenía pleno conocimiento de que una de las principales razones por las que

se realizó la fusión era que Egenor dispusiera de los beneficios de la revaluación en caso de fusión. De hecho, en cada conjunto de actas, se señala que la revaluación se basa en la LFR.

386. Además, la Demandada ha admitido que el Sr. Pedro Sánchez, quien fue Presidente del Directorio de Electroperú y quien representó la participación minoritaria de Electroperú en las juntas de accionistas de Egenor, recibió información técnica, financiera y legal detallada proporcionada por la conducción profesional de la compañía y su asesor jurídico quien recomendaba la fusión de las dos empresas. La Demandada admitió ello al sostener que el Sr. Sánchez se basó en esa información sin formarse una opinión independiente en la cual la Demandante pudiera razonablemente confiar.
387. Considerando las pruebas, el Tribunal concluye que los representantes de Electroperú y de los distintos entes estatales que participaron en la privatización tenían plena y completa información sobre la naturaleza de la fusión y sus implicancias tributarias.

ii) La fusión y Electroperú

388. En esta sección el Tribunal considera si los representantes de Electroperú en el Directorio de Egenor avalaron, sin lugar a dudas, la fusión y el modo en que ella se realizaría y si fue razonable que Dominion (y, posteriormente, Duke) interpretaran tal aval como proveniente del Estado mismo.
389. Como se observó anteriormente en la descripción de los antecedentes de hecho, el Directorio de Egenor aprobó la fusión de Egenor con Power North el 25 de noviembre de 1996. Dos días después, el 27 de noviembre de 1996, la fusión recibió también el voto favorable de la Junta General de Accionistas de Egenor.
390. La Demandada no niega que, en la reunión del Directorio, el Sr. Gastón Miranda y el Sr. Alfredo Montesinos, los dos representantes de Electroperú, emitieron un voto a favor de la fusión. Tampoco niega que, en la junta de accionistas, el Sr. Pedro Sánchez, representante de Electroperú, emitió un voto a favor de la fusión.

391. Lo que la Demandada objeta es que Dominion (y ahora la Demandante) puedan razonablemente considerar a los votos respectivos de esas personas como manifestación de que el Estado mismo (y no sólo Electroperú) aprobó la fusión.
392. La Demandada argumenta que el Estado Peruano no era accionista de Egenor, sino Electroperú, una empresa sujeta a la Ley General de Sociedades del Perú. En sustento de la posición de la Demandada, el Sr. Sánchez explica en sus declaraciones testimoniales que él no actuaba en calidad de representante del Gobierno y que él basó sus decisiones exclusivamente en consideraciones comerciales.
393. A la vista de toda la prueba que se le ha presentado, el Tribunal no tiene duda alguna en concluir que el Estado, a través del apoyo que Electroperú prestó a la fusión, sí aprobó la fusión y el modo como ella se realizó.
394. En primer lugar, el Tribunal observa que los representantes de Electroperú no votaron a favor de la fusión en el vacío, sino en el contexto del estatuto de Egenor. CEPRI-ELP intencionalmente reformó el estatuto de Egenor de fecha 10 de mayo de 1996 y se lo proporcionó a los potenciales inversionistas, el 22 de mayo de 1996. El estatuto enmendado establecía que, tras la privatización del 60%, determinados actos societarios relevantes de Egenor debían ser aprobados por los Directores de la empresa designados por Electroperú.
395. Específicamente, el Artículo cuarenta y dos del estatuto enmendado establecía que las decisiones relacionadas con actos de disposición de propiedad que excediera el valor de US\$ 30 millones o las transacciones entre Egenor y las empresas cuyas participaciones pertenecieran total o parcialmente a los Accionistas Clase A (ambos actos societarios realizados como parte de la fusión de 1996), entre otras, “deberán adoptarse por la decisión de, por lo menos, el ochenta y cinco por ciento (85%) de los miembros del Directorio...”.
396. Dado que Electroperú tenía en 1996 el 40% de los cargos del Directorio, el voto en contra de uno de los dos Directores designados por Electroperú, el Sr. Gastón Miranda o el Sr. Alfredo Montesinos, habría sido suficiente para impedir la fusión con Power North.

397. El preámbulo del estatuto de Egenor refleja que la enmienda se realizó con el fin de “otorgar a las acciones de propiedad del Estado ciertas facultades de control a través de mayorías calificadas para tomar ciertas decisiones en las Juntas Generales de Accionistas y en el Directorio...”. Sobre esta base, entre otras que se exponen a continuación, es razonable para el Tribunal concluir que CEPRI-ELP (cuyo presidente era el Sr. Sánchez) concebía a las acciones que Electroperú tenía en Egenor como acciones del Estado.
398. El estatuto de Egenor fue redactado para reflejar los requisitos de la Ley de Privatización, así como de la Ley N° 29.248 y sus reglamentaciones (aprobada por el Decreto Supremo N. ° 027-90 – MIPRE, de fecha 2 de abril de 1990). Conforme a estas leyes, el Gobierno del Perú no era un accionista “privado”, sino que tenía obligaciones muy específicas de ejercer control sobre el funcionamiento de todas las sociedades en las que participaba, incluida Egenor.
399. El derecho peruano exigía a Electroperú que actuara conforme a las directivas e instrucciones de CEPRI-ELP. El Artículo 9 de la Ley de Privatización disponía que las “empresas sujetas al proceso de promoción de la inversión privada están obligadas, bajo responsabilidad personal de sus Directores, a lo siguiente: (a) Cumplir las decisiones del Comité Especial relativas a tal proceso en la empresa” y “(b) Brindar a los representantes del Comité Especial las facilidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones, dentro de los principios de veracidad, eficacia o celeridad”. Además, el Artículo 9 establece claramente que, “(...) [e]n los casos en que el Estado sea accionista minoritario de una empresa incluida en el proceso [en este caso, Egenor], las obligaciones a que se refiere el presente artículo alcanzarán a los titulares de las acciones del Estado en tal Empresa”.
400. A pesar del testimonio del Sr. Sánchez en el que declaró que “mi participación anterior en la CEPRI-ELP no tenía ninguna incidencia en cómo votaba yo en representación de (...) Electroperú”, el hecho de que lo designaran Director de Electroperú y de CEPRI el mismo día y que, un tiempo después, lo designaran Presidente de Electroperú y CEPRI el mismo día, no fue una mera coincidencia. Por el contrario, el Tribunal concluye que dichas designaciones fueron congruentes con los requisitos de la Ley de Privatización

para que el Sr. Sánchez ocupara esos cargos simultáneamente: de ese modo, él podía tomar decisiones con un objetivo unificado, tal como lo hizo en relación con la fusión de 1996.

401. Durante la audiencia, el Sr. Fritz Du Bois declaró sobre este punto. El Tribunal acepta las pruebas presentadas por el Sr. Du Bois en lugar de las negativas categóricas del Sr. Sánchez, las que el Tribunal no considera creíbles:

P. ¿Cree usted que es un testimonio creíble [el de Sánchez Gamarra]?

R. Es difícil entender cómo alguien que había desempeñado ambas funciones: jefe de ElectroPerú y de otra empresa, podría decir que no tenía relación. Uno podía haber asumido que siempre actuaba en esa capacidad.

Y según ya se mencionó ese 30 por ciento continuaba siendo acciones del Estado y continuaba encontrándose dentro del proceso de privatización. Y hubiese sido normal que alguien que participase en una reunión general de accionistas tuviese instrucciones de la empresa matriz FONAFE o CONADE -- CONADE yo creo en 1996, o a través del directorio de ElectroPerú. Me parece que en este caso tenemos a una persona que tiene diferentes funciones y tal vez se presumió que las instrucciones ya estaban aquí comunicadas.

Pero me parece bastante difícil de creer, especialmente en lo que hace al proceso de privatización del sector de la electricidad.

P. Además de declarar que nunca recibió instrucciones de CEPRI ELP sobre cómo actuar en EGENOR en las reuniones de los accionistas de EGENOR -y ya le hice referencia al párrafo en la declaración anterior- en la segunda declaración en el párrafo 15 dice lo mismo. Dice allí que nunca había recibido instrucciones en lo que hace a la votación de las acciones de CONADE. Y aquí estoy haciendo referencia a la segunda declaración que está en el

separador número 6, y me gustaría que pase al párrafo 16.

- P. En relación con el testimonio del señor Sánchez Gamarra en el párrafo 16 nunca recibió instrucciones de CONADE. ¿Le parece creíble esta afirmación?
- R. Una vez más, en la norma se estipula que una vez la titular de todas estas acciones -y en el caso de ElectroPerú había una situación similar con una participación accionaria del 30 por ciento y una creación de otra empresa a raíz del proceso de privatización-. Siempre hubo coordinación, no solamente con CONADE sino también con otras empresas dado que el objetivo general era que estas acciones tarde o temprano serían vendidas. No sé si recibió o no recibió instrucciones claramente, pero debiera haber recibido algún tipo de orientación o debiera haber coordinado la posición.

He participado en reuniones de accionistas. Una vez más en Banco Continental, donde teníamos una participación del 30 por ciento y yo recibía las instrucciones sobre cómo votar, y esas instrucciones fueron presentadas por la empresa matriz, la entidad principal, OIE, que era el reemplazo de CONADE.

Yo creo que había que tener algún tipo de instrucción. Y esta era una iniciativa que tendría cualquier persona en una situación como ésta.

- P. Usted declaró que fue miembro del directorio de muchas empresas que fueron privatizadas.

¿Podría usted describir lo que usted consideraba que eran sus responsabilidades en relación con las responsabilidades del Estado y para qué necesitaba aprobación antes de votar?

- R. Representé al Estado en varias empresas como ElectroPerú cuando era una empresa totalmente propiedad del Estado y fue parte del proceso de privatización y fue vendida en una

operación importante. Incluimos una nueva empresa donde hubo una participación minoritaria del 30 por ciento.

Y también participé en nombre del Estado en dos empresas en las cuales teníamos participación minoritaria: Telefónica y Banco Continental, donde nuestra función era ayudar en el proceso de privatización hasta que se vendieron finalmente esas acciones.

En el caso de las reuniones de accionistas siempre participé con instrucciones escritas y en lo que hace a las actividades cotidianas del directorio, mantenía un contacto permanente con la empresa en cuestión y participé en el proceso de privatización de CEPRI para asegurarnos de que estuviésemos haciendo todo lo que teníamos que hacer de la misma manera y hacerlo con el mejor posible y tan pronto como era viable. Esas eran las instrucciones con las causas yo actuaba como director en esos directorios³⁶.

402. El Artículo 15 del Decreto Supremo N° 027-90-MIPRE establece que, “Para actuar ante las Juntas Generales de Accionistas o el órgano de mayor jerarquía, según corresponda, el Estado o la empresa titular de las acciones, debe entregar previamente al representante designado credenciales e instrucciones claras y escritas. El representante no puede alterar las instrucciones ni votar en sentido distinto a lo contenido en ellas”.
403. De conformidad con el Artículo 21 de este Decreto, el Sr. Sánchez y luego el Sr. Jesús Beoutis, eran los “representante[s] designado[s]” conforme al Artículo 15, por el hecho de que cada uno fue “...el Presidente de Directorio de la empresa [es decir, Electroperú] o Conjunto Empresarial titular de las acciones...” de Egenor. De hecho, tanto el Sr. Sánchez como el Sr. Beoutis asistían a las juntas de accionistas de Egenor y ejercían el voto de las acciones de Electroperú en dichas juntas de conformidad con el Artículo 21 del Decreto Supremo 027-90-MIPRE, tal como lo prueban todos y cada uno de los juegos

³⁶ Transcripción de la Audiencia, 9 de mayo de 2007 págs. 345:10–349:6.

de actas de las juntas en las que participaron. Resulta relevante destacar que el Artículo 21 explícitamente declara que “es de aplicación a lo dispuesto en el presente artículo lo establecido en el Artículo 15 de este Reglamento”. En consecuencia, queda claro que la participación del Sr. Sánchez en las juntas de accionistas de Egenor se regía por el Artículo 15 del Decreto en cuestión.

404. En ninguna parte de su declaración testimonial, el Sr. Sánchez niega haber recibido tales instrucciones
405. Como expresó uno de los abogados de la Demandante en su exposición inicial del caso, hay pruebas convincentes de que Electroperú “estaba realizando el trabajo del Estado”³⁷. El Tribunal está de acuerdo.
406. Existen pruebas adicionales de que Electroperú “estaba realizando el trabajo del Estado”, relacionados con el período en el que Duke entró en escena.
407. Tras la derogación de la Ley Fusión-Revaluación a fines de 1998, cuatro empresas prestadoras de servicios eléctricos (es decir, Egenor, Edegel, Edelnor y Luz del Sur) adoptaron la posición de que la derogación no se les resultaba oponible en virtud de sus respectivos CEJs. En febrero de 1999, Electroperú, que seguía siendo accionista de algunas de estas empresas, incluida Egenor, específicamente solicitó instrucciones al Ministerio de Economía y Finanzas sobre qué posición debía tomar en relación con la cuestión. Una carta del Sr. Jesús Beoutis Ledesma, Presidente de Electroperú, al Ministro de Economía y Finanzas, de fecha 25 de febrero de 1999, señala que, “[c]onsiderando la importancia del tema mencionado, solicitamos a usted su interpretación del problema, con el fin de definir la posición a tomar como representantes de las acciones del Estado en las empresas privatizadas del sector eléctrico” (énfasis agregado).
408. Además, poco después de que Duke Energy adquiriera Egenor en 1999, el Sr. Manuel Suárez y el Sr. Víctor Guevara, los Directores designados por Electroperú en ese momento, enviaron al presidente de Egenor, el Sr. Mark T. Cox, una carta formal de

³⁷ Transcripción de la Audiencia, 8 de mayo de 2007, p. 77:18.

renuncia al Directorio de Egenor. En esta carta, confirmaron explícitamente que habían sido designados como miembros del Directorio de Egenor para representar los intereses del Gobierno. Ellos afirmaron: “Por medio del presente nos dirigimos a Ud. para comunicarle que fuimos designados Directores de Egenor S.A.A como representantes de las acciones del Estado”³⁸ (énfasis agregado).

409. La conducta de Electroperú no fue, como sugiere la Demandada, la de una “empresa privada” que opera en condiciones principalmente comerciales en un mercado predominantemente comercial, en la que la participación estatal es sólo un atributo incidental e insignificante. Su conducta fue claramente definida por un objetivo “gubernamental” inconfundible e indisputable.
410. Todo lo que hizo Electroperú dentro del contexto de la privatización de Egenor fue realizado en representación del Gobierno y conforme a sus instrucciones. De hecho, tanto el estatuto de Egenor, como el Convenio de Privatización y la Ley de Privatización indican claramente que Electroperú era uno de los agentes del Gobierno en la privatización de Egenor.
411. Específicamente, como ya se observó, el estatuto de Egenor contenía disposiciones de “mayoría calificada” para garantizar que el Gobierno, a través de Electroperú, retuviera cierto nivel de control. Además, el Convenio de Privatización ordenaba que Dominion cooperara con Electroperú y cualquier otra entidad gubernamental que fuera necesario para efectuar la privatización del 30% del Gobierno. Más importante aún, la Ley de Privatización disponía que Electroperú debía implementar las iniciativas de privatización de CEPRI-ELP con respecto a Egenor y otras empresas privatizadas.
412. En este contexto, queda claro el motivo por el que el Gobierno respaldó la fusión. Como dijo el mismo Sr. Miranda durante una reunión del directorio de Egenor: “... el Estado, representado por ELECTROPERÚ, aspira a lograr una atractiva cotización de las acciones de EGENOR en la bolsa...”³⁹. Los Directores designados por Electroperú

³⁸ Nota del Sr. Manuel Suárez Mendoza y el Sr. Víctor Guevara Pezo al Sr. Mark T. Cox IV, de fecha 12 de noviembre de 1989, Anexo C-165.

³⁹ Acta de la reunión de Directorio, de fecha 13 de mayo de 1997, p. 1, Anexo C-048.

comprendían que su papel era proteger y fomentar la futura privatización del 30% de acciones del Estado y, por ello, respaldaron una fusión que aumentaba el valor de dichas acciones en la bolsa de valores.

413. En conclusión, el Tribunal considera que fue razonable que Dominion (y, posteriormente, Duke) interpretara el apoyo brindado a la fusión por los representantes de Electroperú como proveniente del Estado mismo.

iii) La fusión y diversos organismos estatales

414. En esta sección, el Tribunal considerará si, además de Electroperú, los representantes de diversos organismos estatales involucrados en la privatización respaldaron de manera inequívoca la fusión y la manera como ésta se llevó a cabo.
415. La Demandante afirma que la autorización para que Electroperú pudiera utilizar su voto de accionista a favor de la fusión de 1996 fue otorgada por CONADE, una entidad autónoma del Gobierno peruano cuyo fin es funcionar como la empresa matriz de todas las empresas en las que el Gobierno tiene participación. CONADE designó a ciertos directores para que formaran parte de Directorio de Egenor.
416. La Demandante también afirma que CEPRI-ELP “dio la bendición” a la aprobación de la fusión por parte de Electroperú. Se remite al acta de la junta de accionistas, en donde consta que la fusión se “había consultado con nuestro accionista ELECTROPERÚ S.A., se había coordinado con el CEPRI, mereciendo su respaldo”.
417. La Demandada sostiene que la Demandante no demuestra cómo el simple hecho de que Egenor haya reenviado a CEPRI-ELP información relacionada con la fusión de 1996 podría ser considerado como la aprobación por parte de CEPRI de dicha fusión. Asimismo, argumenta que, incluso si se asumiera que los señores Alfageme y Delboy hubieran recibido dicha documentación, ello no probaría que CEPRI-ELP hubiera aprobado la fusión. Finalmente, la Demandada sostiene que, incluso si se considerara que la fusión de 1996 se encontraba dentro del ámbito de la privatización de Egenor, el Artículo 8 del Decreto Legislativo 674 establece que todas las aprobaciones y decisiones

por parte de CEPRI "se adoptarán por Acuerdo del Comité", acuerdo que en este caso no existe.

418. Asimismo, la Demandada expresa que el texto del acta citado no describe una declaración realizada en la junta especial de accionistas de Egenor, sino que es una referencia a una afirmación realizada por el Sr. Cox al directorio de Egenor. La Demandada señala que, mientras el Sr. Pedro Sánchez, presidente de CEPRI-ELP, participó de la Junta de accionistas, ningún integrante del Directorio era miembro de CEPRI-ELP. Por lo tanto, concluye, no había nadie de CEPRI-ELP en la Reunión de Directorio de Egenor que pudiera haberse levantado para contradecir al Sr. Cox cuando hizo su declaración.
419. A primera vista, los argumentos de la Demandada parecen contar con cierto fundamento. Ellos han sido analizados detenidamente por el Tribunal. Sin embargo, el Tribunal concluye que dichos argumentos han sido claramente refutados a la luz de las pruebas existentes. Con respecto al apoyo de la fusión por parte de CEPRI-ELP y de otros organismos estatales, el Tribunal considera al testimonio de varios de los testigos de la Demandante, específicamente el Pastor Narron, el Sr. Cox y el Dr. Núñez, más convincente.
420. En su contra-interrogatorio, el Pastor Narron describió lo que él consideraba era la aprobación por parte del Estado de la fusión. Desde su perspectiva, los diversos organismos gubernamentales involucrados (CEPRI, COPRI, el Ministerio de Energía y Minas) y Electroperú apoyaron de manera inequívoca la fusión y la forma como ésta se llevó a cabo. Sostuvo al respecto:

Lo habían endosado [los funcionarios del gobierno] a través de sus directores, se sintieron muy satisfechos de endosarlos y accionistas, Pedro Sánchez y otros que trabajaban con él, Alfageme, Du Bois [Delboy], todos estaban muy felices en relación a esto. Estaban superfelices.⁴⁰

⁴⁰ Transcripción de la Audiencia, 11 de mayo de 2007, p. 953:2-7.

421. En la audiencia, también declaró el Sr. Cox, presidente del Directorio de Egenor a partir de la adquisición de Dominion, y por lo tanto, quien lo dirigía al tiempo de la fusión. El Tribunal ha encontrado al Sr. Cox como un testigo muy creíble. El Sr. Cox declaró lo siguiente:

P. ¿Cómo surgió la idea de hacer la fusión de Power North y EGENOR?

A. Bueno, surgió en parte por el trabajo del personal y las personas que trabajaban en NorPerú EGENOR, como también entre directores y consultas con el Gobierno. Claramente teníamos ejemplos ante nosotros de transacciones semejantes que habían sido realizadas con Electrolima y dos otras empresas de distribución eléctrica. Y al empezar a estudiar por un lado los temas de revaluación, y por otro lado, el problema del espacio de oficinas, cómo financiarlo y colocarlo todo conjunto, empezaron a decir: bueno, tal vez es esto lo que deberíamos hacer, tiene más sentido. Nuestros empleados comenzaron a estudiarlo, los abogados, los contadores. Ya habíamos contratados peritos para que hicieran estudios de los activos de EGENOR que eran sujetos a una revaluación y ellos trabajaron en esa parte del problema. Hubo muchas consultas con el Gobierno y entre directores.

Incluimos al Gobierno por muchos motivos. Uno de ellos, ellos eran dueños del 30 por ciento de la empresa y estaban en el Consejo Directivo. Y apreciamos de que a pesar de que nuestra compra del 60 por ciento de EGENOR era una cuestión económica en el contexto del Gobierno del Perú, la privatización de EGENOR no era solamente un evento económico sino que también político, algo que de cierta forma en todo lo que hacíamos había mucha atención. Era parte de un proyecto importante de privatización. Queríamos asegurarnos que los ministros, los funcionarios de Gobierno, el señor Pedro Sánchez y otros estuvieran en posición de contestar si un diario empezaba

a hablar respecto de si esta empresa privatizada está consiguiendo una nueva oficina, por ejemplo.

Entonces consultábamos con ellos todo el tiempo, avanzamos juntos. Y en última instancia, iniciamos un proceso que concluyó con la aprobación por el directorio de NorPerú a EGENOR y luego de la asamblea de accionistas.

P. Vamos a ver la pieza probatoria C146. Espero que vea allí un memorando del 22 de noviembre del 96. Y si mira los puntos 1 y 2,

¿qué materiales fueron circulados o distribuidos al Gobierno antes de la fusión?

R. Esta nota del 22 de noviembre es hacia el final del proceso. Pero como puede ver de este memorando específico, dada la complejidad de la transacción, los abogados habían redactado actas de la reunión del Consejo de Administración con todos los detalles de la transacción. Y en estos documentos deben existir copias de esas actas que fueron bastante complejas. Y luego también actas de las reuniones especiales de los accionistas que incluían estados financieros, la revaluación hecha por PriceWaterhouse, toda una serie de detalles.

Y era muy importante que esto fuera distribuido rápido a todas las partes, sobre todo al Gobierno, para que tuvieran tiempo de analizarlas con cuidado y que ofrecieran directriz o se sintetizara información y se ofreciera a las partes adecuadas.

Estas copias fueron para el doctor Alfageme, que además de ser asesor jurídico de CEPRI era también un director alterno. Para el señor Montesinos de NorPerú EGENOR y el señor Du Bois [Delboy], éstas personas y su personal podían estudiar estos temas y hacer comentarios finales al respecto de su estructura para que todo pudiera ser presentado al Consejo de

Administración, a nuestros directores en la Junta Directiva de EGENOR para que lo aprobara y luego presentarla a la asamblea de accionistas. Y el Gobierno estuvo representado en esa instancia por el señor Pedro Sánchez. Queríamos tener seguridad de que todos los documentos estuvieran en orden.

Entonces teníamos preparado un grupo amplio de documentos para poder incluir los cambios de la CEPRI o de ElectroPerú o de Dominion para asegurarnos que estuviera todo en orden antes de finalizar las transacciones y darle a los técnicos de los ministerios, como a ElectroPerú y a Dominion un plazo para hacer presentaciones a aquellos que iban a tomar la decisión final. O sea tratando de hacer un trabajo inteligente para que cuando fuera aprobado fuera aprobado de manera correcta.

- P. Pieza probatoria C046, que es una copia de las actas de la Junta Directiva de NorPerú EGENOR del 25 de noviembre de 1996. Está en el párrafo 1. Ahí hay una declaración diciendo que el plan arriba citado, que es la fusión y revaluación de activos, fue discutido con ElectroPerú y coordinado con la CEPRI y tenía su apoyo en este arbitraje. Los testigos del Perú, como el señor Alfageme han criticado esta declaración. ¿Qué dice usted?
- R. Bueno, esta es una declaración hice yo al directorio y el objetivo era reflejar las series de consultas que se habían realizado a varios niveles, intercambio de documentos y de ideas con miembros del Gobierno, con el señor Pedro Sánchez, con muchos de sus asesores, con personas de ElectroPerú, con personas de CEPRI, como también con personas de Dominion para que fuera posible llegar a una estructura adecuada y correcta para la transacción.

En todas las instancias tuvimos el apoyo total de aquellos que estaban involucrados en esto de CEPRI y en ElectroPerú. Y en última instancia esto queda claramente demostrado por el hecho

de que los directores del Gobierno, como también Dominion, en el directorio de NorPerú EGENOR aprobaron unánimemente esta propuesta y luego la presentamos a los accionistas y los accionistas unánimemente la aprobaron. Y el caso del Gobierno del Perú que tenía acciones fue representado por el señor Pedro Sánchez, que era un alto funcionario y yo, en nombre de Dominion.

Entonces, los hechos hablan de la corrección de esta declaración⁴¹.

(Énfasis agregado)

422. El Dr. Núñez también declaró de forma convincente acerca de la percepción que él, en su calidad de secretario del Directorio de Egenor, se había formado respecto al respaldo que el Estado brindó a la fusión y a la manera como ésta se llevó a cabo:

P. También dice usted en el párrafo 6 de su primera declaración pericial que el señor Sánchez, presidente de ElectroPerú de CEPRI ELP le dijo a usted en lo personal, acerca de por qué el Estado convenía en la fusión. ¿Puede decirnos cuándo tuvo verificativo esa fusión y exactamente lo que le dijo?

R. Que el señor Sánchez fue invitado a participar, convocado a la Junta General de Accionistas de EGENOR que se llevó a cabo en las oficinas de estudio Grau ese día del año 1996.

Antes de la reunión, cuando salí a recibir al señor Pedro Sánchez tuve la oportunidad de hablar con él e intercambiar ideas de cómo se estaba llevando a cabo este proceso. Y él fue sumamente entusiasta en su referencia a la conveniencia a esta fusión y revaluación, dado que facilitaba enormemente el éxito del Programa de Participación Ciudadana dentro del cual vendería el saldo de las acciones que mantenía en su poder de las

⁴¹ Transcripción de la Audiencia, 10 de mayo de 2007, pp. 822:14–828:3.

empresas privatizadas. No solamente EGENOR sino de otras empresas del sector eléctrico y hasta de otros sectores.

De tal manera que la posición del señor Sánchez en este caso fue una posición de apoyo entusiasta al proyecto.

[...]

- P. ¿Le hizo esta declaración en su capacidad como presidente de CEPRI ELP o en su capacidad como cabeza de ElectroPerú?
- R. Yo diría que en su doble capacidad, en su doble rol de presidente de la CEPRI, del Comité Especial de Privatización de ElectroPerú y también en su capacidad de presidente de ElectroPerú. En el primer caso, como funcionario público de alto nivel encargado del éxito del programa de privatización; y en el segundo caso, como presidente de la compañía accionista de EGENOR que resultó beneficiaria de la emisión de las nuevas acciones liberadas que la compañía produjo a consecuencia de la revaluación de activos y fusión.”⁴²

423. El Tribunal también considera al testimonio del Dr. José Daniel Amado útil sobre este tema:

- P. Muchas gracias.

Pasemos de vuelta -- volvamos a la debida diligencia que se llevó a cabo en relación con la adquisición de EGENOR de 1999.

En el contexto de dicha debida diligencia, ¿qué significado cree usted que tiene el voto de Sánchez Gamarra, que era el presidente de CLP [CEPRI-ELP] y ElectroPerú en aquel momento al aprobar la fusión entre NorPerú EGENOR y Paranor [Power North] que se llevara a cabo en 1996?

⁴² Transcripción de la Audiencia, 11 de mayo de 2007, pp. 1033:20–1035:1 y pp. 1035:17-1036:9.

R. Bueno, definitivamente era lo que correspondía por la ley. El señor Sánchez era el presidente de ElectroPerú. De acuerdo con las leyes peruanas era a quien le correspondía tomar la votación en ese tipo de situaciones. Pero, por supuesto, tratándose también del señor Sánchez de una persona que había sido uno de los arquitectos del proceso de privatización en el Perú, particularmente en el sector energético, y considerando además su posición oficial adicional que era el presidente del CEPRI de ElectroPerú, o sea que era parte de la estructura del COPRI, evidentemente fue una seguridad adicional para todos.⁴³

424. El Tribunal también observa que la notificación pública de la fusión fue publicada en El Comercio, El Peruano y El Tiempo y que se estableció un período de protesta de 30 días de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley General de Sociedades. Ninguna entidad gubernamental cuestionó la fusión.
425. Finalmente, es importante señalar que diversos derechos, concesiones y permisos que habían sido otorgados anteriormente por el Gobierno fueron cedidos, sin cuestionamiento alguno, a la nueva empresa, Egenor S.A. como parte del proceso de fusión. Asimismo, a pedido de Duke Energy, el Ministerio de Energía y Minas aprobó la cesión del CEJ con Egenor a favor de Egenor S.A. en 1999, con una referencia explícita a la fusión.
426. De acuerdo con la totalidad de las pruebas presentadas con respecto a este tema, el Tribunal concluye que, además de Electroperú, representantes de varios organismos estatales involucrados en la privatización respaldaron de forma inequívoca la fusión y la manera como ésta se llevó a cabo.
427. El Tribunal pone énfasis en que la conclusión de que varios actores estatales mencionados en el presente Laudo apoyaron la fusión entre Egenor y Power North no significa que el Tribunal considera que estas personas hicieron algo impropio *per se*. Por el contrario, el Tribunal considera que estas personas estaban implementando de manera adecuada y efectiva las políticas del Gobierno de Perú en ese momento. De hecho, no

⁴³ Transcripción de la Audiencia, 10 de mayo de 2007, pp. 618:15–619:15.

está de más reiterar que las conclusiones principales del Tribunal con respecto a la Acotación por Revaluación de Activos es que la SUNAT violó el CEJ con Egenor al apartarse de la interpretación ampliamente aceptada y estable de la LFR cuando se produjo la inversión extranjera en Egenor. Las conclusiones del Tribunal respecto a la conducta de diversas personas que se describen en el análisis que efectúa el Tribunal con respecto a la doctrina de los actos propios son de carácter secundario y apoyan sus conclusiones principales en materia de responsabilidad.

iv) La defensa basada en la autoridad de la SUNAT en materia tributaria

428. El Tribunal ha respondido las preguntas (i)-(iii) de forma afirmativa. Por lo tanto, es necesario ocuparse ahora a la pregunta (iv): ¿es la Acotación por Revaluación de Activos inmune al análisis conforme a la doctrina de los actos propios con base en la defensa de la Demandada, según la cual SUNAT tenía competencia en materia tributaria en el Perú? Y, en consecuencia, ¿se tornan irrelevantes las declaraciones y el aval de cualquier otro organismo o entidad estatal?
429. La Demandada argumenta que la aprobación por parte de Electroperú, y de entidades y funcionarios del Gobierno de la fusión de 1996 no dejaba las actividades tributarias de Egenor exentas de revisión por parte de la SUNAT. La Demandada basa su argumento en el principio de que un servicio tributario nacional no puede hallarse vinculada por las acciones de otra entidad gubernamental. La Demandada se remite a la jurisprudencia que apoya este principio en varias jurisdicciones además del Perú, entre ellas, los Estados Unidos, Canadá y México.
430. En pocas palabras, la Demandada afirma que, en relación al reclamo de la Demandante basado en la violación de la buena fe, no existe contradicción entre la conducta de Electroperú como accionista de Egenor y la acotación efectuada por la SUNAT a DEI Egenor por pagos parciales de impuestos por tratarse de entidades distintas. La misma conclusión es invocada por la Demandada con respecto a las supuestas aprobaciones de la fusión por otros organismos gubernamentales relevantes (CONADE, COPRI, CEPRI-ELP).

431. El Tribunal ha desarrollado su razonamiento con respecto al *estoppel* anteriormente en el presente Laudo.
432. El Tribunal ha determinado que ésta es una de las áreas en las que existen divergencias entre el derecho internacional y el derecho peruano. Según el derecho internacional es posible que entidades y agencias diferentes al servicio nacional tributario vinculen al Estado a una posición determinada en relación con transacciones con implicaciones tributarias.
433. El Tribunal también ha determinado que, en el contexto del *estoppel*, es el Estado quien asume los riesgos que surgen de los actos llevados a cabo por sus organismos y funcionarios que, *por su naturaleza*, pueden, de forma razonable, *inducir confianza* en terceros. Como tal, lo que es relevante para el *estoppel* es que haya habido una declaración o una conducta que ha inducido, de hecho, confianza razonable en un tercero, lo que significa que el Estado, aun cuando sea solamente de manera implícita, se ha comprometido a no cambiar de dirección.
434. El elemento determinante del *estoppel* es la *apariencia razonable* de que la declaración obliga al Estado. En este sentido, la competencia –o mejor dicho– *la manifiesta falta de competencia*, de un organismo estatal es relevante, dado que nadie puede razonablemente depositar confianza en declaraciones de organismos que manifiestamente carecen de competencia para realizarlas.
435. El Tribunal ahora aplica sus conclusiones anteriores a las pruebas presentadas ante él y a las determinaciones fácticas a las que arribó en las primeras tres secciones de esta parte del Laudo.
436. El Tribunal concluye que, desde el punto de vista de un inversionista razonable, las acciones y declaraciones de los representantes de Electroperú y de diversos organismos estatales involucrados en la privatización de Egenor generaron en el inversionista la convicción de que el Estado no cambiaría su posición después de aprobada y consumada la fusión. Habiendo considerado las pruebas presentadas por ambas partes, el Tribunal

concluye que las acciones y declaraciones realizadas en torno a la fusión fueron propicias para crear dicho clima de confianza.

437. Esto es especialmente cierto si se analizan los fundamentos de la Acotación efectuada por la SUNAT. La SUNAT no efectuó una acotación respecto de la fusión en vista de que la Ley Fusión-Revaluación se encontraba fuera del ámbito de la garantía de estabilización del CEJ. De haber sido aquél el fundamento, la Demandante no podría invocar las declaraciones y la conducta de otras entidades, ya que tenía conocimiento de que la SUNAT podía cuestionar la fusión sobre dicha base.
438. De hecho, en el informe de “*due diligence*”, confeccionado por el Estudio Grau para el Banco de Crédito en 1999, en preparación para la subasta de los intereses que el Gobierno todavía mantenía en Egenor, la única contingencia fiscal mencionada se refería a si Egenor podía continuar aplicando los beneficios otorgados por la Ley Fusión-Revaluación o si, de acuerdo con la Ley N° 27.034, esos beneficios debían dejar de aplicarse. A pesar de que el informe mencionaba que se podía esperar que la SUNAT considerara que la Ley Fusión-Revaluación no permitía la estabilización en los casos de convenio de estabilidad jurídica, concluyó puntualmente que Egenor contaba con fundamentos jurídicos sólidos para continuar reclamando los beneficios de la ley de acuerdo con su CEJ.
439. Sin embargo, la conclusión de la SUNAT de que la fusión fue ficticia y de que no cumplía con los objetivos de la legislación peruana se desvanece a la luz de todas las pruebas relacionadas con el respaldo inequívoco que el Estado brindó a la fusión.
440. No es una sorpresa, por lo tanto, que nada parecía indicar a la Demandante en el informe Grau de 1999 que podrían existir cuestionamientos por parte de la SUNAT a la validez de la fusión. Asimismo, a lo largo de las negociaciones con Duke Energy, el Gobierno no mencionó en ningún momento contingencia fiscal alguna que surgiera de la fusión. Por el contrario, el Gobierno promovió activamente la adquisición de Duke Energy.
441. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la defensa de la Demandada basada en la competencia de la SUNAT en materia tributaria resulta improcedente

442. Para concluir, y habiendo analizado las pruebas y los argumentos presentados por las partes, el Tribunal considera que la Acotación por Revaluación de Activos constituye una violación por parte del Perú al deber implícito de buena fe hacia la Demandante presente en el CEJ con DEI Bermuda.

4. ¿Violación a la garantía de no discriminación?

a) La posición de la Demandante

443. La Demandante sostiene que los datos provistos por la SUNAT muestran el perfil de cuatro diferentes grupos de empresas que se encontraban “en la misma situación” que DEI Egenor a los fines de ser seleccionados para una auditoría y para una acotación final, en comparación con las cuales el Tribunal puede evaluar el trato de la SUNAT hacia DEI Egenor.

- Con respecto al primer grupo, las restantes 1558 empresas que se reorganizaron de acuerdo con la Ley Fusión-Revaluación claramente se encontraban en la misma situación que DEI Egenor a los fines de ser seleccionadas para una auditoría, dado que todas realizaron el mismo tipo de transacción que sirvió como supuesto fundamento para efectuar la acotación a DEI Egenor. Todas estas empresas se reorganizaron y todas contaban con el derecho de disfrutar los beneficios tributarios resultantes de la revaluación de activos. Por lo tanto, supera los límites de la imaginación creer que ninguna de ellas, dejando de lado las cinco que continuaron disfrutando de dichos beneficios, haya incurrido en acciones "cuestionables" en relación con dicha reorganización.
- Los miembros del segundo grupo, compuesto por los 101 grandes contribuyentes que fueron seleccionados para ser auditados en 2000, cada uno de esos grandes contribuyentes se encontraban claramente en una situación similar que DEI Egenor a los fines de que se efectuara una acotación final, dado que cada uno de ellos debía haber satisfecho básicamente los mismos “requisitos objetivos” que llevarían a la SUNAT a seleccionar a DEI Egenor para ser auditada. Una vez más, dado que las 101 empresas revelaban lo que la SUNAT expresamente consideró

ser indicadores de evasión tributaria no es creíble que no se haya efectuado una acotación a ninguna de ellas por ningún obrar ilegítimo, dejando de lado a aquellas que continuaron disfrutando de los beneficios de acuerdo con sus CEJs. Asimismo, todas las empresas que reclamaron los beneficios de los CEJs fueron objeto de acotación, en algunos casos de acuerdo con múltiples teorías.

- Con respecto a la tercera categoría, es decir, las empresas que supuestamente estaban siendo “investigadas” por la SUNAT en relación con las revaluaciones realizadas entre 1994 y 1998, es claro que todas esas empresas se encontraban en una situación similar a DEI Egenor. Sin embargo, hasta donde tiene conocimiento la Demandante, nunca estuvieron sujetas a una acotación.
- Finalmente, con respecto a la cuarta categoría de comparación, es decir, aquellas empresas que se fusionaron y revaluaron, pero que renunciaron a los derechos que surgían de los CEJs, no cabe duda de que (al menos) las tres empresas que comprenden este grupo se encontraban en una situación similar a Egenor, pero recibieron un trato más favorable. El único factor que diferenciaba a esas empresas de DEI Egenor es que decidieron no continuar disfrutando de los beneficios de depreciación de la Ley Fusión-Revaluación, mientras que DEI Egenor decidió continuar haciéndolo. Ilustrativamente, las otras cuatro empresas que también insistieron en continuar usufructuando los derechos que surgían de los CEJs –Edelnor, Luz del Sur, Edegel y Barrick– también fueron objeto de acotación por parte SUNAT de acuerdo con la Norma VIII.

444. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Demandante sostiene que la acotación efectuada por la SUNAT a DEI Egenor (es decir, las inversiones de Duke Energy) fue discriminatoria por razón de la nacionalidad.

445. De hecho, la Demandante afirma que las acotaciones efectuadas por la SUNAT fueron discriminatorias por su intención, carácter y efectos. Asimismo, sostiene que las pruebas que ha presentado demuestran que el Gobierno del Perú, enfrentado con turbulencias políticas a raíz de la caída de Fujimori, discriminó a los inversionistas extranjeros que

continuaron disfrutando de los beneficios de la revaluación de activos según lo dispuesto en los CEJs correspondientes.

446. La Demandante destaca en especial que la SUNAT invocó la Norma VIII (para rechazar la fusión entre Egenor y Power North tildándola de transacción "ficticia") solo después de que su estrategia inicial (es decir, adoptar la posición de que los beneficios de la Ley Fusión-Revaluación no se encontraban estabilizados en los CEJs) parecía condenada al fracaso.

b) La posición de la Demandada

447. La Demandada niega que la auditoría que la SUNAT llevó a cabo a DEI Egenor haya tenido causas políticas y ha presentado varios testigos de la SUNAT que dan fe de la objetividad de la institución en el proceso de auditoría que se estaba realizando a Egenor.

448. La Demandada sostiene que las empresas de los “cuatro grupos” establecidos por la Demandante no se encuentran en situaciones similares con respecto a DEI Egenor y que, en todo caso, el trato conferido a ellas no sirve de sustento para las afirmaciones expresadas por la Demandada de que la SUNAT discriminó a DEI Egenor por haber continuado reclamando beneficios de acuerdo con la LFR.

- En primer lugar, las afirmaciones de la Demandante se basan en la incorrecta premisa de que el criterio de selección de la SUNAT incluía el hecho de que un contribuyente se hubiera o no reorganizado y que, en consecuencia, las 1558 empresas deberían haber sido seleccionadas para ser auditadas porque se habían reorganizado. Por el contrario, la SUNAT utilizó criterios objetivos, por ejemplo: si el contribuyente no había sido auditado en los dos años anteriores, si tenía un saldo de crédito permanente o si había distorsiones importantes en las *ratio* tributarias del impuesto a las ventas. Durante el período de auditorías que va de 1999 a 2004, 587 de las 1558 empresas fueron consideradas grandes contribuyentes. De esas 587, 329 se reorganizaron de acuerdo con la LFR y aproximadamente la mitad (143 de 329) de esas empresas revaluaron sus activos en combinación con sus reorganizaciones. De esos 143 grandes contribuyentes

que se habían revaluado y reorganizado de acuerdo con la LFR, 71 fueron seleccionados para la realización de auditorías y 34 fueron finalmente sujetas a una acotación. Por lo tanto, aun cuando el criterio de selección de la SUNAT hubiera incluido las reorganizaciones, los números demuestran que la SUNAT estaba ejerciendo su autoridad de auditor de contribuyentes de forma razonable, justa y no discriminatoria.

- En segundo lugar, de los 101 grandes contribuyentes seleccionados para ser auditados en 2000, 68 fueron sujetos a determinaciones según varios criterios, incluidos pagos incompletos del impuesto a la renta. Si uno acepta la premisa estipulada por la Demandante de que esas 101 empresas se encontraban en situaciones similares a la de DEI Egenor, el hecho de que el 70% de ellas fueron sujetas a acotaciones desvirtúa el reclamo de Egenor.
- En tercer lugar, 129 de los contribuyentes a los cuales se refirió la Sra. Merino fueron seleccionados para una auditoría dos años después de DEI Egenor. Cuarenta y tres de ellos eran grandes contribuyentes y 12 fueron finalmente sujetos a acotaciones. En cualquier caso, no queda claro de qué manera la Demandante podría argumentar que esas 129 empresas se encontraban en situaciones similares que DEI Egenor, dado que Egenor había sido seleccionada por la SUNAT dos años antes.
- En cuarto lugar, la Demandada no logra demostrar de qué manera DEI Egenor fue discriminada cuando ella no resultó acotada por haber continuado disfrutando de los beneficios de la LFR con posterioridad a la derogación de la ley.

449. Finalmente, la Demandada sostiene que los argumentos de la Demandante en cuanto a que la SUNAT cambió su estrategia en el marco de una campaña motivada políticamente contra Egenor con sustento en la comparación de cómo fueron tratadas otras empresas (Edelnor y Luz del Sur), no son válidos. La Demandada sostiene que:

Los hechos particulares del caso de Egenor justificaban el enfoque de la SUNAT. Específicamente, en el caso de Egenor, el tema era si era apta

para recibir los beneficios tributarios de acuerdo con la Ley N° 26.283 en primer lugar porque la fusión llevada a cabo en 1996 con Power North S.A. había sido ficticia. En cambio, en los otros casos (*Edelnor* y *Luz del Sur*), el tema era si las empresas habían continuado reclamando el beneficio tributario una vez finalizada la vigencia de la Ley N° 26.283, de acuerdo con los CEJs correspondientes.

c) **Análisis del Tribunal**

450. El reclamo relativo a la garantía de no discriminación de acuerdo con el CEJ con DEI Bermuda es otro de los fundamentos alternativos que invoca la Demandante para fundar la responsabilidad con respecto a la Acotación por Revaluación de Activos. En función de sus conclusiones precedentes sobre la responsabilidad de la Demandada bajo la garantía de estabilidad tributaria y sobre la doctrina de los actos propios, el Tribunal ha decidido que no resulta necesario desarrollar sus conclusiones de acuerdo con esta teoría alternativa.

VI. **DAÑOS Y PERJUICIOS**

A. **ESTÁNDAR APLICABLE EN MATERIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

451. En su Memorial, la Demandante sostiene los siguientes argumentos respecto a los estándares aplicables en materia de daños y perjuicios:
- Es un principio generalmente aceptado de derecho internacional que la violación de derechos, garantías y protecciones de inversionistas por parte del Estado requiere que el Gobierno que comete dicha acción ilegítima indemnice a la parte afectada de forma rápida, completa y adecuada.
 - Las disposiciones del Código Civil peruano establecen de forma clara que habrá responsabilidad por daños y perjuicios sea por violación parcial o total, sea que ella surja de dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
 - El derecho peruano sigue el principio de la *restitutio in integrum*, que significa que la reparación de los daños y perjuicios debe ser integral, es decir, debe cubrir

todos los efectos que surjan del incumplimiento. En este sentido, las leyes peruanas tienen el apoyo de la ya establecida doctrina internacional sobre el tema.

452. En resumen, la Demandante sostiene que cualquiera sean las medidas en materia de daños y perjuicios que adopte el Tribunal, éstas deben (1) resarcir al Demandante, y (2) conducir a un resultado justo.
453. La Demandada no cuestiona las afirmaciones de la Demandante respecto a los estándares aplicables en materia de daños y perjuicios. Sin embargo, sí cuestiona que la Demandante haya sufrido algún daño y, por lo tanto, que haya pérdida alguna que resarcir.
454. La Demandada afirma que la Demandante no ha presentado pruebas que indiquen que ella misma (DEI Bermuda) ha sufrido daños como resultado del incumplimiento por parte de la Demandada del CEJ con DEI Bermuda, dada la relación directa que existe entre la teoría de responsabilidad que la Demandante sostiene y el incumplimiento del CEJ con Egenor. La Demandada observa que la Demandante no ha presentado ningún estado financiero, ningún balance, y ninguna declaración de impuestos de DEI Bermuda que muestre que la empresa ha sufrido un daño económico debido a la acotación de DEI Egenor efectuada por la SUNAT. Por el contrario, argumenta la Demandada que, las afirmaciones de la Demandante se relacionan solamente con el daño sufrido por DEI Egenor, una empresa que no es y que no podría ser nunca parte en este arbitraje. Como tal, concluye la Demandada, la Demandante no ha satisfecho la carga de la prueba. Al presentar pruebas solamente de los daños supuestamente sufridos por DEI Egenor, la Demandante le pide al Tribunal que acepte que el cien por ciento de esos daños son transferibles a DEI Bermuda y, por lo tanto, recuperables por ella.
455. En respuesta a ello, la Demandante argumenta que las pérdidas sufridas por DEI Egenor son las pérdidas sufridas por DEI Bermuda en proporción al porcentaje de participación que DEI Egenor tiene en DEI Bermuda a través de DEI Perú Holdings SRL (que constituye el 99,7%). La Demandante sostiene que el reclamo de DEI Bermuda con respecto a la pérdida de su capacidad de pago de dividendos se encuentra sólidamente fundado en dos aspectos. Primero, las compañías de servicios públicos son adquiridas en general por su capacidad de pago de dividendos, en virtud del ámbito regulado en el que

operan. Lo mismo ocurre con DEI Egenor. Segundo, el informe pericial de réplica de Navigant muestra cómo DEI Egenor ha declarado y pagado dividendos, tal como era esperado, casi todos los años a partir de su privatización. De hecho, la Demandante se remite al hecho de que más del 95 por ciento de la totalidad de las utilidades no distribuidas de Egenor han sido consistentemente aplicadas a fin de pagar dividendos a los accionistas. La Demandante sostiene que, en la medida en que las utilidades de DEI Egenor se han visto afectadas por las acotaciones impositivas efectuadas por la SUNAT, el monto por el que aquellas utilidades se han visto afectadas es igual al monto no disponible para el pago de dividendos a los accionistas de Egenor.

456. La Demandada responde que incluso si se acepta que “las compañías de servicios públicos son adquiridas en general por su capacidad de pago de dividendos”, esta afirmación general no significa que la Demandante haya satisfecho en lo más mínimo la carga de la prueba para probar los daños en este caso en particular. La Demandada observa que el ratio de pago de dividendos de DEI Egenor ha sufrido variaciones importantes durante el período en cuestión, de un 173 por ciento positivo en un año a un 238 por ciento negativo en el siguiente.
457. El Tribunal ha concluido que la Demandante ha realmente sufrido una pérdida como resultado de la acotación efectuada por la SUNAT a Egenor. Si bien es cierto que la *ratio* de pago de dividendos ha sufrido variaciones importantes entre 1996 y 2000, la evidencia revela que en cada uno de esos años se han declarado dividendos y que un total de aproximadamente el 95% de las utilidades de Egenor fueron pagadas en concepto de dividendos durante dicho período.
458. El Tribunal concluye que DEI Bermuda tiene derecho a un resarcimiento por los daños sufridos por DEI Egenor, pero que los daños sufridos por DEI Bermuda no son idénticos a los sufridos por DEI Egenor. El Tribunal otorgará a la Demandante la proporción de las pérdidas sufridas por DEI Egenor que reflejen el producto del nivel histórico de dividendos pagados por DEI Egenor a sus accionistas (el 95%) multiplicado por el porcentaje de participación que DEI Bermuda tiene en DEI Egenor a través de DEI Perú Holdings SRL (99,7%), lo que resulta en un factor del 94,715 por ciento.

459. El Tribunal ahora determinará el *quantum* del daño.

B. EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN

1. El análisis de Navigant (por la Demandante)

460. En sustento de su posición con respecto a la cuantificación del daño, la Demandante presentó los siguientes informes periciales realizados por el Sr. Brent C. Kaczmarek, C.F.A., de la consultora Navigant Consulting Inc.:

- Informe Pericial del 15 de junio de 2006, e
- Informe Pericial de Réplica del 20 de diciembre de 2006

461. Además, el Sr. Kaczmarek presentó un documento llamado “Análisis Revisado de Daños” en la audiencia celebrada el 14 de mayo de 2007, al final de su interrogatorio.

462. La metodología de Navigant con respecto a la cuantificación del daño en este caso fue explicada de la siguiente manera en el párrafo 116 de su Informe Pericial:

Con el fin de determinar el daño causado por la acotación por revaluación de activos y la acotación de las tasas de depreciación realizados por la SUNAT, hemos calculado la diferencia entre: 1) el impuesto societario a la renta y las utilidades destinadas a los empleados que Egenor ha pagado desde 1996 y continuará pagando en el futuro (“caso real”) y 2) el impuesto societario y las utilidades destinadas a los empleados que Egenor hubiese pagado si las auditorías de SUNAT no hubieran resultado en la acotación por revaluación y por la tasa de depreciación (“caso contrafáctico”). Hemos calculado el valor presente neto de la diferencia entre los dos casos desde el 15 de junio de 2006 usando las tasas de interés que la SUNAT acredita a los contribuyentes en solicitudes de reintegros tributarios. Para periodos anteriores al 15 de junio de 2006, hemos utilizado la tasa de interés real estipulada por la SUNAT. Para calcular los períodos posteriores al 15 de junio de 2006, hemos utilizado la tasa de interés cotizada actual de la SUNAT del 7,2 por ciento.

463. Para poder determinar con anticipación la depreciación y los gastos incurridos en la distribución de utilidades entre los empleados según los diferentes casos posibles, Navigant ha confeccionado un modelo financiero que contiene los 6000 activos excedentes de los balances de Egenor.
464. El Anexo N° 1 del Informe Pericial de Navigant contiene un diagrama esquemático que explica el flujo de información en el modelo de daños y perjuicios. El modelo desarrollado por Navigant cuenta con 23 pasos destinados a establecer el impacto que tuvo la acotación efectuada por la SUNAT en el flujo de caja anual desde 1996 hasta 2074. Navigant ha acompañado este modelo de varios anexos que contenían información de cada paso del modelo, tal como se describe en la siguiente tabla:

Anexo	Información
A2	Impacto de la Acotación efectuada por la SUNAT en el flujo de caja anual desde 1996 hasta 2005
B1A	Pagos en efectivo reales y contrafácticos para cancelar declaraciones de impuestos desde 1996 hasta 2005
B1B	Pagos en efectivo reales y contrafácticos para el plan de distribución de utilidades entre los empleados desde 1996 hasta 2005
B2	Resumen de las declaraciones de impuestos reales y contrafácticos de Egenor desde 1996 hasta 2005
B3	Cálculo de pagos mensuales reales y contrafácticos entre 2001 y 2005
B4	Cálculo del factor de pagos mensuales reales y contrafácticos entre 2001 y 2005
C1	Pagos en efectivo para cancelar auditorías de declaraciones de impuestos entre 1996 y 2000.
D2A	Gastos de depreciación generales vs. especiales de activos no revaluados desde 2006 hasta 2074
D2B	Gastos de depreciación general de activos revaluados entre 2006 y 2030
E2	Estimación de Navigant de la acotación efectuada por la SUNAT

Anexo**Información**

entre 2002 y 2003

E3A	Cálculo de los gastos de la tasa de depreciación general de “activos no revaluados” de Navigant desde 2004 hasta 2005
E3B	Recálculo de los gastos de depreciación de Navigant según el método del Tribunal Fiscal desde 2002 hasta 2003
E3C	Método de cálculo de los gastos de la tasa de depreciación generales de los “activos revaluados” de Navigant entre 2001 y 2005
E4	Datos de contabilidad detallados por activo (Egenor vs. SUNAT)
E5-A	<i>Write off</i> de Egenor / Contabilidad de aumento de valor de activos
E5-B	Factores de inflación anual entre 1996 y 2005

465. Hasta el 15 de junio de 2006, fecha de su informe inicial, Navigant calculó que el monto total de los daños de ambos componentes de la Acotación Fiscal ascendía a US\$ 37.533.190, más intereses anteriores y posteriores al laudo.
466. En el Análisis Revisado de Daños presentado por el Sr. Kaczmarek en la audiencia, Navigant calculó los daños y perjuicios establecidos en forma separada respecto de la Acotación por Revaluación de Activos y la Acotación de la Depreciación.
467. Con el fin de efectuar dichos cálculos separados, Navigant usó su modelo financiero para determinar los efectos producidos en el flujo de caja de Egenor primero solamente por la Acotación por Revaluación de Activos y luego solamente por la Acotación de la Depreciación. Para ello, fue necesario que Navigant volviera a ejecutar los 23 pasos del modelo para cada uno de los casos. La información que ese ejercicio generó fue presentada como parte del Análisis Revisado de Daños por Navigant como Anexos G1-H4 (para los daños y perjuicios causados por la Acotación de la Depreciación) y Anexos I1-K1 (para los daños y perjuicios causados por la Acotación por Revaluación de Activos).

468. El resultado de los cálculos realizados por Navigant se plasmaron en un documento llamado “Resumen de Daños y Perjuicios”, que fue presentado junto con el “Análisis Revisado de Daños” por Navigant. El Resumen de Daños y Perjuicios es reproducido en la siguiente tabla:

Resumen de daños y perjuicios de Navigant

(Los montos se encuentran expresados en Soles peruanos, a menos que se especifique lo contrario)

	[A] al 15 de junio de 2006	[B] Interés al 15 de junio de 2007	[C=A+B] Total al 15 de junio de 2007	[C / 3,1754] Total (en US\$) al 15 de junio de 2007	
Daños según la Acotación de la Depreciación y la Acotación por Revaluación de Activos Daños y perjuicios	S/. 122.358.198	S/. 10.528.077	S/. 132.886.275	\$	41.848.673
Si se le agrega interés al crédito tributario de 2002/2003, ajustar por:	(S/. 1.151.143)	(S/. 99.048)	(S/. 1.250.191)	\$	(393.711)
Si los daños y perjuicios posteriores a 2011 no son resarcibles, ajustar por:	(S/. 16.686.025)	(S/. 1.435.717)	(S/. 18.121.742)	\$	(5.706.916)
Daños y perjuicios sólo según la Acotación por Revaluación de Activos Daños y perjuicios	S/. 71.412.243	S/. 6.144.530	S/. 77.556.773	\$	24.424.253
Si se le agrega interés al crédito tributario de 2002/2003, ajustar por:	S/. 0	S/. 0	S/. 0	\$	--
Si los daños y perjuicios posteriores a 2011 no son resarcibles, ajustar por:	(S/. 14.486.184)	(S/. 1.246.436)	(S/. 15.732.620)	\$	(4.954.532)
Daños y perjuicios sólo según la Acotación de la Depreciación Daños y perjuicios	S/. 21.487.624	S/. 1848.862	S/. 23.336.486	\$	7.349.148
Si se le agrega interés al crédito tributario de 2002/2003, ajustar por:	(S/. 1.151.143)	(S/. 99.048)	(S/. 1.250.191)	\$	(393.711)
Si los daños y perjuicios posteriores a 2011 no son resarcibles, ajustar por:	(S/. 2.199.841)	(S/. 189.281)	(S/. 2.389.122)	\$	(752.385)

469. Por lo tanto, según Navigant los daños causados solamente por la Acotación por Revaluación de Activos ascienden a un monto de US\$ 24.424.253 y los causados solamente por la Acotación de la Depreciación ascienden a un monto de US\$ 7.349.148. Estos montos fueron calculados, en cada caso, al 15 de junio de 2007 y están sujetos a ajustes si el Tribunal considera que los daños y perjuicios posteriores a 2011 (fecha de vencimiento del CEJ con DEI Bermuda) no son resarcibles.

2. Análisis de Macroconsult (por la Demandada)

470. En respuesta a la posición de la Demandante con respecto a la cuantificación del daño, la Demandada presentó los siguientes informes periciales realizados por el Sr. Pablo Bustamante de Macroconsult S.A.:

- Informe Pericial del 2 de octubre de 2006, e
- Informe Pericial de Réplica del 26 de marzo de 2007

471. Además, con el permiso del Tribunal, la parte demandada presentó una carta el 1º de junio de 2007 en la que se comentaba el Análisis Revisado de Daños presentado por la Demandante el 14 de mayo de 2007.

472. La crítica del Sr. Bustamante respecto al análisis llevado a cabo por Navigant fue resumida de la siguiente manera en el párrafo 2 de su informe pericial de réplica:

(i) Las afirmaciones realizadas por Navigant, según las cuales Perú recibió un “pago doble” debido a los beneficios tributarios relacionados con la Ley Fusión-Revaluación (LFR) y el uso de la tasa de depreciación general no se encuentra avalado con pruebas y, en todo caso, no afecta la estimación de los daños; (ii) la metodología de Navigant para calcular los daños tiene defectos conceptuales y es innecesariamente compleja; (iii) Navigant no ha podido justificar el uso inconsistente de los créditos tributarios obtenidos por DEI Egenor, que inflan los daños sufridos por la Demandante; y (iv) Navigant ha confirmado la precisión de mis cálculos con respecto al monto en que se reducirían los daños si no fueran calculados luego del vencimiento del CEJ con DEI Bermuda en el 2011.

473. El Sr. Bustamante fue el primero de los peritos de las partes en buscar aislar los daños según cada una de las acotaciones. En el Informe Pericial de Réplica, presentó los números relevantes, que el Tribunal resume en la siguiente tabla:

Resumen de daños y perjuicios de Macroconsult

(En dólares estadounidenses y aplicando los créditos impositivos ajustados)

	Acotación de la Depreciación	Acotación por Revaluación de Activos
Daños y perjuicios en efectivo (1996–2074)	15.000.538	15.385.392
Daños y perjuicios no monetarios	639.002	(1.373.620)
Total	<hr/> 15.639.540	<hr/> 14.011.772
Ajuste si se excluyen los daños posteriores a 2011	(644.798)	(4.443.614)
Total (1996–2011)	<hr/> 14.964.742	<hr/> 9.568.158

3. Análisis del Tribunal

474. En el presente laudo, el Tribunal ha concluido que Perú es responsable ante la Demandada por incumplimiento del CEJ únicamente en relación con la Acotación por Revaluación de Activos. En este sentido, el Tribunal concluye que los daños posteriores a 2011 no son resarcibles debido a que sólo se podían extender los beneficios de la LFR (que fue derogada a fines de 1998) hasta el vencimiento del CEJ.
475. En cuanto al monto real de daños sufridos por la Demandante únicamente en concepto de la Acotación por Revaluación de Activos, el Tribunal debe elegir entre el cálculo realizado por Navigant y el realizado por Macroconsult. El cálculo de Navigant, excluyendo los daños posteriores a 2011, asciende a un monto de US\$ 19.469.721. El cálculo de Macroconsult, de acuerdo con las mismas consideraciones, es de US\$ 9.568.158. No es una diferencia menor.
476. Al analizar los dos cálculos, el Tribunal tiene presente, por cierto, las críticas efectuadas por parte de la Demandada y su perito a la determinación de Navigant.

477. Primero y principal, la Demandada sostiene que la Demandante no ha probado que los cálculos de Navigant sean correctos y que el cálculo de Macroconsult no lo sea. La Demandada presentó este punto más directamente en sus comentarios sobre los daños revisados presentados por la Demandante, que la Demandada formuló por carta el 1° de junio de 2007. En dicha carta, la Demandada sostuvo:

El Análisis Revisado de Daños del señor Kaczmarek no prueba que el cálculo que realizó del daño a partir de la Acotación por Revaluación de Activos y de la Acotación de la Depreciación sea correcto y que el elaborado por la Demandada sea incorrecto.

478. La Demandada insinúa que los cálculos realizados por Navigant son incorrectos porque se basan en lo que la Demandada sugiere es una metodología defectuosa e innecesariamente compleja que crea dos escenarios para el período (1996-2000) anterior a la acotación de la SUNAT de 2001. En especial, la Demandada señala que Navigant calculó la diferencia entre lo que Egenor realmente pagó con base en lo que entendía eran las normas aplicables y el monto que adeudaba según las normas tal como eran entendidas por la SUNAT durante esos cinco años anteriores a la acotación. Sin embargo, de acuerdo con la Demandada, no existió dicha diferencia durante ese período. Egenor pagó lo que consideró que tenía que pagar y no lo que la SUNAT le ordenó. Por lo tanto, argumenta la Demandada, los peritos de la Demandante calculan una diferencia entre el pago real y el pago “contrafáctico por incumplimiento”, que nunca existió.

479. De acuerdo con la Demandada, una manera más sencilla de calcular los montos de los daños de Egenor hubiera sido sumar (i) el monto de la Acotación Fiscal de 2001, y (ii) desde 2001 en adelante, la diferencia entre los impuestos pagados de acuerdo con las normas aplicadas por la SUNAT y los impuestos pagados con base en lo que la empresa entendía que correspondía según esas normas.

480. La Demandante responde que:

- Los daños y perjuicios no preceden en el tiempo a la emisión de las acotaciones de la SUNAT. La Demandante argumenta que Navigant “rehizo” la contabilidad para Egenor a partir de 1996, ya que ello era necesario para determinar el monto

exacto de las pérdidas que sufrirían DEI Egenor y DEI Bermuda en años posteriores.

- Navigant no hizo más que seguir los mismos procedimientos que siguió SUNAT con el fin de cuantificar el impacto que las acotaciones de la SUNAT tendrían en las inversiones de la Demandante en años posteriores. Si los cálculos parecen ser complejos, sostiene la Demandante, no es porque fueron realizados de ese modo innecesariamente por Navigant.
- Es importante destacar que la Demandante sostiene que las críticas de la Demandada no concluyen que Navigant se haya equivocado en su cuantificación.

481. Con el fin de resolver la diferencia que existe entre las partes en cuanto a la cuantificación, el Tribunal ha estudiado con detenimiento los cálculos presentados por los peritos. A pesar de que no se entregó al Tribunal ninguna versión electrónica de ninguno de los modelos de los expertos, éste intentó, de todos modos, seguir los cálculos con la información de los anexos y apéndices de cada informe.

482. Analizando los datos de los anexos y apéndices de los informes de Navigant, el Tribunal pudo comprender tanto la lógica del modelo como el flujo de información. El modelo de Macroconsult no resulta igualmente transparente y, por tanto, ha sido de menos ayuda para el Tribunal. A pesar de que el informe de réplica del Sr. Bustamante fue acompañado de 20 anexos, el Tribunal no pudo verificar sus cálculos porque los datos que los sustentaban fueron insuficientes para así hacerlo. En esa perspectiva, la evaluación del Tribunal sobre el Informe de Macroconsult coincide con las observaciones que realizó el Sr. Kaczmarek cuando el abogado de la Demandante le pidió que comentara los cálculos realizados por el Sr. Bustamante. El Sr. Kaczmarek declaró: “Yo consideré el cálculo a fin de determinar si podía replicarlas o repetirlas. Estudié cinco casos hipotéticos, pero no pudimos conciliar esto plenamente dado que no se incluían muchos datos o detalles subyacentes”⁴⁴. El Tribunal coincide con ello.

⁴⁴ Transcripción de la Audiencia, 14 de mayo de 2007 p. 1361: 10–14.

483. Por lo tanto, el Tribunal concluye que puede basarse y se basa en los cálculos presentados por el Sr. Kaczmarek. Con base en ello, el Tribunal concluye que DEI Egenor sufrió daños que ascienden a US\$ 19.469.721. Aplicando sus conclusiones anteriores con respecto a la proporción de la pérdida de DEI Egenor que sufrió la Demandante (94,715%), el Tribunal hace lugar al pedido de indemnización de la Demandante por el monto de US\$ 18.440.746 (más intereses anteriores y posteriores al Laudo).
484. Finalmente, el Tribunal debe determinar dónde y en qué moneda será pagadero dicho monto.
485. La Demandada sostiene que en caso de establecerse el pago de daños y perjuicios a DEI Bermuda, éstos deberían pagarse en Soles y en Perú, ya que el CEJ con DEI Bermuda es un instrumento del derecho peruano y el supuesto daño ocurrió en Perú.
486. En respuesta, la Demandante sostiene que a la luz del hecho de que la Demandante ha demostrado que se han producido daños no sólo a DEI Egenor, sino también a DEI Bermuda, los daños y perjuicios deberían ser pagados en dólares estadounidenses (US\$) y en Bermudas.
487. Dado que (i) el Tribunal ha concluido que DEI Bermuda ha sufrido una pérdida, (ii) dicha pérdida fue sufrida en Bermudas, (iii) se han presentado pruebas que demuestran que los dividendos pagados por Egenor a DEI Perú Holdings SRL no están sujetos a ningún impuesto adicional de acuerdo con el derecho tributario peruano, y (iv) la tasa tributaria sobre los dividendos pagados por DEI Perú Holding SRL a DEI Bermuda ha sido estabilizada en el CEJ con DEI Bermuda al cero por ciento (esto es, hasta el año 2011, que constituye el mismo período para el cual el Tribunal ha determinado los daños y perjuicios subyacentes), el Tribunal ordena a la Demandada pagar los daños y perjuicios en Bermudas y en dólares estadounidenses.
488. En conclusión, el Tribunal hace lugar al reclamo daños y perjuicios a favor de la Demandante en un monto total de US\$ 18.440.746 más interés simple a partir del 15 de junio de 2007, calculado con base en la(s) tasa(s) de interés real establecida para ese

período por la SUNAT (es decir, la(s) tasa(s) de interés aplicada por la SUNAT a los contribuyentes en materia de reembolso de impuestos)⁴⁵.

VII. COSTAS

A. PRESENTACIONES DE LAS PARTES

489. Las partes hicieron sus propias presentaciones con respecto a las costas, tal como lo ordenó el Tribunal el 25 de julio de 2007. La Demandante efectuó una presentación adicional el 30 de agosto de 2007. Las partes acordaron usar una plantilla, que fue de mucha ayuda, ya que ha facilitado el análisis del Tribunal y le ha evitado la necesidad de revisar, en calidad de prueba, cantidades voluminosas de facturas de proveedores, expertos y despachos de abogados emitidos durante un período de cuatro años.
490. Las siguientes son las categorías acordadas por las partes de los gastos y costas incurridos por ellas durante el arbitraje; 1) honorarios y gastos de abogados; 2) honorarios y gastos de peritos; 3) gastos incurridos por testigos de hecho; y 4) gastos varios incurridos por cada una de las partes (incluidos los pagos por adelantado al CIADI).
491. Cada una de las partes presentó los costos incurridos mensualmente desde el comienzo de la controversia hasta la fecha de presentación, seguido de la suma total de todas las categorías.
492. Los costos totales de la Demandante ascendieron a US\$ 9.715.837,25⁴⁶, que se desglosa a continuación:

<u>Categoría</u>	<u>Monto (US\$)</u>
Honorarios y Gastos Legales	
Fulbright & Jaworski LLP	
Honorarios	4.350.836,29

⁴⁵ Los peritos de las partes en materia de daños y perjuicios usaron la tasa de interés establecida por la SUNAT para ajustar los cálculos de sus análisis. Véase el informe pericial de Navigant del 15 de junio de 2006, párrafo 116, y el informe pericial de réplica de Macroconsult del 26 de marzo de 2007, párrafo 21.

⁴⁶ Este monto incluye un pago anticipado de US\$175.000 solicitado por el CIADI el 15 de noviembre de 2007 y un pago anticipado de US\$225.000 solicitado por el CIADI el 20 de marzo de 2008, ambos solicitados posteriormente a la Presentación sobre Costos de la Demandante del 25 de julio de 2007 y la Presentación Complementaria sobre Costos del 30 de agosto de 2007.

Gastos	517.786,46
Crowell & Moring LLP	
Honorarios	300.000,00
Gastos	27.137,07
Miranda & Amado, Abogados	
Honorarios	1.300.121,50
Gastos	184.869,68
Honorarios y Gastos de Expertos	1.979.563,54
Costos y Gastos de Testigos y Cliente (incluyendo pero no limitándose a gastos de viajes de testigos y representantes del cliente)	228.522,71
Pagos adelantados al CIADI	<u>827.000,00</u>
TOTAL GLOBAL	<u>9.715.837,25</u>

493. Los costos totales de la Demandada ascendieron a US\$ 5.248.930,23⁴⁷ que se desglosan a continuación:

<u>Categoría</u>	<u>Monto (US\$)</u>
Honorarios y Gastos Legales	
Sidley Austin LLP	
Honorarios	3.696.091,56
Gastos	244.323,76
Juez Stephen M. Schwebel	
Honorarios	80.637,50
Gastos	0,00
Santistevan de Noriega & Asociados	
Honorarios	169.119,31
Gastos	2.907,97

⁴⁷ Este monto también incluye el pago anticipado de US\$175.000 solicitado por el CIADI el 15 de noviembre de 2007 y el pago anticipado de US\$225.000 solicitado por el CIADI el 20 de marzo de 2008, ambos realizados posteriormente a la Presentación sobre Costos de la Demandada del 25 de julio de 2007.

Gastos y Honorarios de Expertos	231.039,48
Costos y Gastos de Testigos y Cliente (incluyendo pero no limitándose a gastos de viajes de testigos y representantes del cliente)	4.810,65
Pagos adelantados al CIADI	<u>820.000,00</u>
TOTAL GLOBAL	<u>5.248.930,23</u>

B. ANÁLISIS

494. El Artículo 61(2) del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.

495. En este caso, las partes han acordado en la distribución de ciertos costos. En el Artículo 9 del CEJ con DEI Bermuda que contiene la cláusula arbitral del CIADI las partes acordaron que “[l]os gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula [arbitral] serán sufragados por las partes contratantes en igual medida”.

496. Por medio de una carta de la Secretaría del 20 de marzo de 2008, el Tribunal invitó a las partes a hacer presentaciones simultáneas sobre la interpretación de su acuerdo respecto a costos dentro de un plazo de diez días. Por medio de una carta del 31 de marzo de 2008, las partes conjuntamente manifestaron que entendían que el acuerdo sobre costos en el Artículo 9 se refiere únicamente a los pagos solicitados por el CIADI y realizados por las partes. En la misma carta, conjuntamente escribieron:

Ambas partes respetuosamente solicitan que los honorarios y costos incurridos por las partes en este arbitraje, diferentes a los pagos solicitados por el CIADI y realizados por las partes, sean determinados por el tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 61(2) del

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, después de tomar en consideración las presentaciones de costos hechas por las partes el 25 de julio de 2007 y el 30 de agosto de 2007.

497. Las partes, por ende, han acordado que, en relación con el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, “los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los derechos por la utilización del Centro” deberán ser soportados en partes iguales por ellos. De hecho, como es lo usual, las partes han pagado por partes iguales las solicitudes de pagos anticipados realizados por el CIADI.⁴⁸ El Tribunal, por tanto, no debe realizar ninguna determinación con el fin de dar efecto al acuerdo de las partes de distribuir por partes iguales estos costos. La decisión que aun pertenece al Tribunal respecto al tema de los costos, de acuerdo con el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI es, por consiguiente, la de cómo distribuir “los gastos en que estas hubieran incurrido en el procedimiento.”
498. Los montos en cuestión han sido establecidos por las partes en sus respectivas presentaciones sobre costos. Excluyendo los pagos al CIADI, la Demandante ha incurrido en gastos por un total de US\$ 8.888.837,25. La Demandada ha incurrido en gastos por un total de US\$ 4.428.930,23.
499. Aun cuando la Demandante tuvo éxito en la etapa de competencia de este arbitraje, la Demandada opuso argumentos serios en contra de la competencia, muchos de los cuales presentaron novedosos y difíciles asuntos relacionados con el particular régimen de protección a la inversión en causa. Respecto a la etapa de fondo, la Demandante ha tenido éxito únicamente en parte: ha prevalecido en uno de sus dos reclamos; en relación con ese reclamo ha tenido éxito en dos de los cinco alegados incumplimientos del CEJ; y le han sido reconocidos daños y perjuicios que representan alrededor de la mitad de los daños solicitados. Finalmente, el Tribunal ha concluido que no ha habido conducta

⁴⁸ Cada parte ha pagado \$820.000 por concepto de pagos anticipados al CIADI contra los costos del arbitraje. La Demandante adicionalmente ha pagado un honorario de registro de US\$ 7.000. El Tribunal ha decidido que este monto está excluido del acuerdo de las partes en relación con los “pagos solicitados por el CIADI y realizados por las partes” y en todo caso es *de minimis*.

individual de mala fe en relación con el reclamo de *estoppel* en contra de la Demandada por la Acotación por Revaluación de Activos.

500. Habiendo considerado el asunto cuidadosamente, el Tribunal ha decidido que resulta justo y equitativo, en las circunstancias de este caso, ordenar a cada parte asumir sus propios costos y gastos legales.

VIII. DECISIÓN

501. Vistas todas las presentaciones y las pruebas de este arbitraje y por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal ordena lo siguiente:

1. Que dentro de los treinta (30) días siguientes de emitido el presente Laudo, la Demandada pague a la Demandante el monto de US\$18.440.746, más intereses simples calculados sobre ese monto a partir del 15 de junio de 2007, de acuerdo con la(s) tasa(s) de interés real(es) establecidas para dicho período por la SUNAT en materia de reintegro a contribuyentes; y
2. Que cada una de las partes, Demandante y Demandada, soporte sus propios costos y gastos legales y compartan en igual medida los pagos requeridos por el CIADI y hechos por las partes.

Fecha: 25 de Julio de 2008

Fecha: 22 de Julio de 2008



Dr. Guido Santiago Tawil
Coárbitro

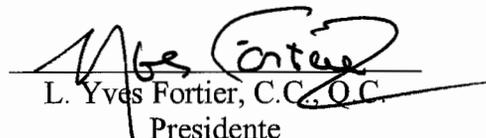
Sujeto a la decisión disidente adjunta



Dr. Pedro Nikken
Coárbitro

Sujeto a la decisión disidente adjunta

Fecha: 11 Julio 2008



L. Yves Fortier, C.C., O.C.
Presidente

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

En el Procedimiento de Arbitraje entre

DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS NO. 1, LTD.

Demandante

y

REPÚBLICA DEL PERÚ

Demandada

Caso CIADI No. ARB/03/28

—
**DISIDENCIA PARCIAL DEL ÁRBITRO
DR. GUIDO SANTIAGO TAWIL**
—

I

1. He coincidido con mis distinguidos colegas y co-árbitros en la mayoría de las cuestiones abordadas en el Laudo. Desafortunadamente, no puedo compartir sus conclusiones en los siguientes dos aspectos: (i) el alcance de la competencia del Tribunal para interpretar el derecho peruano y revisar el acierto de las decisiones y acotaciones de la SUNAT o de las decisiones del Tribunal Fiscal; y (ii) si la Acotación de la Depreciación (como se define en el párrafo 130 del Laudo) constituye una violación al CEJ con DEI Bermuda. Me veo en la obligación de fundamentar brevemente mi opinión en relación con estas dos cuestiones.

II

2. El Laudo adopta la posición de que la competencia del Tribunal no incluye la facultad de revisar el acierto de las decisiones y acotaciones de la SUNAT o de las decisiones del Tribunal Fiscal¹.
3. Si bien comparto la visión de que el presente Tribunal no funciona como tribunal de alzada del Tribunal Fiscal, disiento, respetuosamente, en lo que respecta al alcance de la competencia del Tribunal.
4. Como fuera señalado por el Tribunal en su Decisión sobre Competencia², no le corresponde al Tribunal establecer si una determinada decisión del Tribunal Fiscal es correcta o incorrecta como cuestión de derecho tributario del Perú, sino si dicha interpretación es consistente con los derechos de DEI Bermuda estabilizados en virtud de su CEJ. Si bien el Tribunal no ejerce ningún tipo de autoridad sobre las facultades de la SUNAT o del Tribunal Fiscal, ha sido constituido con el objeto de determinar si las decisiones de la SUNAT o del Tribunal Fiscal en el presente caso representan una modificación del régimen estabilizado en virtud del CEJ con DEI Bermuda.

¹ Laudo, párrafo 216.

² Párrafo 159, *in fine*.

5. Si bien un análisis comparativo resulta razonablemente simple en el caso de la legislación y regulaciones y podría ser suficiente en los supuestos en que una modificación fuera objetivamente demostrable, el Laudo refleja la visión de que en ausencia de prueba de una aplicación o interpretación preexistente y estable a la luz de la cual el Tribunal pueda juzgar acontecimientos sobrevinientes, el Tribunal se encuentra limitado únicamente a evaluar la decisión o acotación cuestionada por la Demandante en función de un estándar de razonabilidad³.
6. No puedo compartir esa conclusión. En mi opinión, en esos supuestos el Tribunal se encuentra facultado para apartarse de un estricto análisis comparativo y determinar el alcance preciso del régimen estabilizado.
7. Si bien los tribunales peruanos son los únicos órganos facultados para interpretar el derecho interno y revisar las decisiones administrativas a fin de revocarlas o anularlas, el Tribunal constituye el órgano apropiado acordado contractualmente para interpretar el derecho peruano a fin de determinar el alcance del régimen estabilizado bajo el CEJ con DEI Bermuda. En el ejercicio de esa función, las facultades del Tribunal para interpretar el derecho peruano deben entenderse como amplias y, al ejercerlas, se encuentra habilitado para apartarse de la posición de los tribunales peruanos si, en la opinión del Tribunal, ella no refleja de manera adecuada el estado del derecho interno.
8. Las partes han decidido en forma voluntaria confiar esa tarea al Tribunal, no a los tribunales peruanos. En función de ello, a fin de determinar si se ha violado el CEJ con DEI Bermuda, las acciones de la SUNAT y del Tribunal Fiscal posteriores a la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda deben ser evaluadas a la luz de la determinación del propio Tribunal acerca del significado y alcance del régimen estabilizado en el momento relevante. Las atribuciones del Tribunal a este respecto no difieren de aquéllas que habrían correspondido a un tribunal local llamado a decidir si se ha violado el CEJ en el supuesto de que dicho tribunal local y no este Tribunal CIADI hubiera sido el órgano

³ Laudo, párrafo 223.

jurisdiccional designado contractualmente por las partes para resolver la presente controversia.

9. Por lo expuesto, en mi opinión, al aplicar el derecho interno peruano conforme a lo dispuesto en el Artículo 42 del Convenio CIADI, el Tribunal no se encuentra limitado a realizar un mero examen de razonabilidad de la interpretación o aplicación que Perú efectúa de sus propias leyes y regulaciones. Mucho menos aún puede la determinación del régimen estabilizado hacerse por referencia a la razonabilidad de la interpretación de las leyes y regulaciones adoptadas por los tribunales locales de la Demandada con posterioridad a la suscripción del CEJ con Egenor – como acontece, por ejemplo, con la decisión del Tribunal Fiscal del 25 de mayo de 2001 – o a interpretaciones elaboradas con posterioridad a las determinaciones impositivas de la SUNAT, como la decisión del Tribunal Fiscal del 23 de abril de 2004.
10. Como señalé precedentemente, ello no significa que la competencia del Tribunal para resolver la presente controversia comprenda la potestad de dejar sin efecto las decisiones de los tribunales o los organismos administrativos peruanos. Cualquiera fuera la decisión que adopte el Tribunal, él no puede exceder los límites de su competencia, circunscripta a determinar si se ha violado el CEJ con DEI Bermuda.
11. La competencia de los tribunales locales se diferencia, por lo tanto, de la competencia específica atribuida a este Tribunal por el acuerdo de las partes. Constituyen foros distintos que cumplen cada uno de ellos con un objeto y fin particular.
12. Tal como sucede en otras ramas del derecho, tal interacción puede dar lugar a ciertas situaciones particulares, pero no completamente inusuales. Así, podría suceder (como se ha venido reconociendo progresivamente en el campo del Derecho Administrativo en ciertos casos relacionados con la responsabilidad del Estado),⁴ por ejemplo, que mientras

⁴ Véase G. S. Tawil, “La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia”, Buenos Aires, 1993 (2da. Ed.) págs. 137/146 sobre responsabilidad estatal por error judicial en casos en que las decisiones han pasado en autoridad de cosa juzgada.

una decisión administrativa se mantenga vigente en un sistema jurídico⁵, continúe generando responsabilidad estatal y el deber de indemnizar.

III

13. Asimismo, debo respetuosamente disentir con mis distinguidos colegas respecto de la decisión adoptada en relación con la Acotación de la Depreciación.
14. La regla de continuidad no se encontraba vigente al momento en que se realizó la transferencia de activos de Electroperú a Egenor ni al tiempo de la suscripción del CEJ con Egenor y del CEJ con DEI Bermuda.
15. Mientras que el Artículo 105 del Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta –con anterioridad a su modificación del año 1998– establecía la aplicación de la regla de continuidad a las transferencias de activos que resultaran de la reorganización de sociedades o empresas, el Artículo 106 limitaba el concepto de “reorganización” a las fusiones y divisiones de sociedades o empresas, cuyo significado preciso se definiría en el reglamento. Dado que tal reglamento no había sido promulgado al momento de la transferencia de activos de Electroperú a Egenor, el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta no resultaba de aplicación⁶.
16. En la ausencia de una disposición legal – es decir, la regla de continuidad u otra disposición con efectos similares – que estableciera una tasa específica que Egenor estuviese obligada a aplicar, Egenor debía aplicar – tal como lo hizo – la tasa general de depreciación prevista en el régimen tributario. Al determinar que Egenor debió haber aplicado la tasa especial de depreciación, Perú violó el CEJ con DEI Bermuda.
17. Aún aplicando el test de razonabilidad al que se refiere el párrafo 302 del Laudo – con cuya aplicación disiento por las razones señaladas en el apartado II precedente – debo

⁵ Debido, por ejemplo, a la imposibilidad de dejarla sin efecto por carecer de vías de impugnación disponibles, legitimación u otras limitaciones. Esta situación se configura solamente en casos en los que, como en el CEJ con DEI Bermuda, el Demandante cuenta con un remedio autónomo a su alcance para reclamar la responsabilidad del Estado.

⁶ Las partes de la presente controversia coinciden en que el Tribunal Fiscal consideró que el Capítulo XIII no se encontraba vigente al momento de la transferencia de activos de Electroperú a Egenor. Véase Dúplica de la Demandada, párrafo 194.

concluir que la Acotación de la Depreciación se fundó en una interpretación arbitraria de la legislación tributaria peruana.

18. Constituye un principio básico del derecho tributario –al que el derecho tributario peruano no resulta ajeno– que las potestades estatales sólo pueden ser ejercidas bajo ciertas condiciones y límites. Una de esas limitaciones está dada por el principio *nullum tributum sine lege*. Una obligación tributaria sólo puede tener su origen en una disposición legal. Los contribuyentes no pueden ser considerados responsables de ninguna obligación tributaria que no se encuentre establecida en la ley.
19. Este principio de legalidad constituye un elemento central del sistema jurídico peruano. El Artículo 74 de la Constitución Política del Perú consagra dicho principio en los siguientes términos: “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo (...)”.
20. El principio constitucional de legalidad ha sido recepcionado, asimismo, en el Código Tributario del Perú y en la Ley de Inversión Privada.
21. La Norma IV del Código Tributario del Perú establece que “Sólo por ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede: a) crear, modificar o suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario (...)”⁷.
22. La Ley de Inversión Privada confirma el principio al establecer, en su Artículo 14, que “El principio constitucional de la legalidad en materia tributaria implica que la creación, modificación y suspensión de los tributos, así como la concesión de exoneraciones, y otros beneficios tributarios, la determinación del hecho imponible, de los sujetos pasivos del tributo, de los perceptores y retenedores, de las alícuotas correspondientes y de la

⁷ Véase Anexo R-256 de la Demandada.

base imponible, deben ser hechas por Ley del Congreso de la República, de acuerdo a lo establecido en el presente artículo”⁸.

23. La tasa de depreciación aplicable a los activos de una empresa es un componente esencial de la renta imponible, ella es la base imponible tributariamente de conformidad con la Ley del Impuesto a la Renta. La determinación de la base imponible depende de la tasa de depreciación aplicable. Cuanto menor es la tasa de depreciación, mayor será la base imponible, y viceversa. Por lo tanto, el modo de determinar la tasa de depreciación no puede establecerse legítimamente sino mediante una ley y su reglamentación.
24. Si la regla de continuidad no resultaba aplicable debido a la ausencia de una norma tributaria específica (el reglamento), ella no puede inferirse a partir de principios o de la doctrina jurídica. De lo contrario, el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta y la condición en ella establecida para la entrada en vigencia de dicho Capítulo (el dictado del reglamento de ejecución ausente) carecerían de sentido⁹.
25. Debido a la limitación constitucional que impone el principio de legalidad, la doctrina jurídica no puede ser considerada como una fuente autónoma de obligaciones tributarias ni puede ocupar el lugar del organismo que tiene a su cargo la emisión del reglamento exigido en el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta¹⁰. Como dispone la Norma VIII, tercer párrafo, del Código Tributario del Perú: “En vía de interpretación no podrá

⁸ Véase Anexo C-9 de la Demandante.

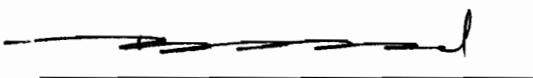
⁹ En su opinión mayoritaria, el Tribunal reconoció que el Tribunal Fiscal concluyó que el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta no resultaba aplicable debido a la falta de reglamentación. Sin embargo, considera que dicha conclusión no es razonable, ya que el Artículo 106 de dicha ley “*otorga al Poder Ejecutivo la oportunidad de determinar los límites aplicables al concepto de fusión y división mediante el reglamento, no exige, empero, que se dicte dicho reglamento como requisito de aplicación del concepto general*”. Según la opinión mayoritaria, habría sido necesario un lenguaje más explícito para condicionar la exigibilidad de la regla a la promulgación del reglamento (Laudo, párrafo 304). Disiento respetuosamente con esa conclusión. En primer lugar, el Artículo 106 establece que: “*La reorganización de sociedades o empresas se configura únicamente en los casos de fusión y división de las mismas con las limitaciones y con arreglo a lo que establezca el reglamento*”. Si bien es cierto que el reglamento podría haber establecido limitaciones, el uso de “y” precedido del término “limitaciones” indica que el reglamento no estaba limitado a ese objeto. En segundo lugar, aun suponiendo que el reglamento pudiera haber establecido simplemente limitaciones al concepto general, no parece razonable considerar aplicable una norma tributaria sin que se hayan establecido sus límites precisos. En tercer lugar, siguiendo el razonamiento expresado en el párrafo 24 precedente, cuando una norma sujeta su aplicación “*con arreglo a lo que establezca el reglamento*”, su aplicación efectiva debe considerarse condicionada a dicho reglamento sin necesidad de que medie un calificativo expreso sujetando exclusivamente su aplicación a la emisión de dicho reglamento.

¹⁰ Como fuente de derecho tributario, la doctrina jurídica puede constituir una fuente de interpretación, pero nunca para imponer un régimen que debe establecerse por ley o para definir un concepto que debe definirse por el reglamento. Comparto la opinión expresada en el Laudo respecto de que sería razonable que la depreciación sobre la vida útil de los activos no debería ser modificada por el mero hecho de que se haya transferido su titularidad (Laudo, párrafo 302). Sin embargo, en mi opinión, la cuestión no radica en si la regla de continuidad es razonable o no, sino en si dicha regla existía y resultaba aplicable en el momento relevante. Si esa regla no existía ni era aplicable al tiempo que se llevó a cabo la transferencia de activos de Electroperú a Egenor, bajo ninguna circunstancia podía ser ella aplicada por la SUNAT, independientemente de cuán razonable o lógica hubiera resultado en caso de haber sido legalmente promulgada.

crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley”.

26. En función de lo expuesto, la decisión del Tribunal Fiscal del 23 de abril de 2004, que confirmó que la regla de continuidad formaba parte del régimen tributario al momento en que Electroperú transfirió sus activos a Egenor y a la fecha del CEJ con Egenor (fundado en el reconocimiento de dicha regla por la doctrina jurídica – fuente de derecho tributario de conformidad con la Norma III del Código Tributario del Perú) vulnera el principio constitucional de legalidad estabilizado bajo el CEJ con DEI Bermuda y transgrede el umbral establecido por el test de razonabilidad aplicado por el Tribunal en el Laudo.
27. Habiendo decidido que la regla de continuidad no se encontraba vigente en el momento relevante ni fue estabilizada bajo el CEJ con Egenor y el CEJ con DEI Bermuda, se torna innecesario decidir si la constitución de Egenor puede ser calificada como una división societaria a los efectos tributarios¹¹.
28. En función de la decisión adoptada en materia de responsabilidad por la mayoría en relación con el cuestionamiento de la Acotación de la Depreciación, se torna innecesario adentrarse, asimismo, en consideraciones adicionales acerca de la compensación vinculada con dicho reclamo.

Fecha: 25 de julio de 2008



Dr. Guido Santiago Tawil
Árbitro

¹¹ Sin perjuicio de ello, cabe destacar que, de conformidad con el Artículo 106 de la Ley del Impuesto a la Renta, era el Poder Ejecutivo el que se encontraba facultado para establecer el significado de “división” mediante reglamento, y no el Tribunal Fiscal. En su decisión del 23 de abril de 2004, el Tribunal Fiscal en primer lugar sostuvo que el Capítulo XIII de la Ley del Impuesto a la Renta no se encontraba en vigencia (véase pág. 5 de la decisión del Tribunal Fiscal, original en español). Sin embargo, integró luego esa laguna aplicando su propio criterio. Mediante este razonamiento, el Tribunal Fiscal en realidad hizo efectivo el mismo Capítulo XIII respecto del cual había sostenido, anteriormente, que no se encontraba en vigencia.

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

En el Procedimiento de Arbitraje entre

DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS NO. 1, LTD.

Demandante

y

REPÚBLICA DEL PERÚ

Demandada

Caso CIADI No. ARB/03/28

—
**DISIDENCIA PARCIAL DEL ÁRBITRO
DR. PEDRO NIKKEN**
—

1. El laudo que hemos suscrito ha sido el resultado de una cuidadosa y exhaustiva discusión por el Tribunal de los diferentes puntos de hecho y de derecho que le fueron sometidos por las Partes. Los temas jurídicos, en sí mismos complejos, se han planteado dentro de un contexto poco común, como lo es la garantía de estabilidad jurídica convenida, no en un instrumento internacional, sino en un contrato de derecho privado, convenido en el marco del Código Civil peruano. Expreso, en primer término, mi respetuoso reconocimiento a mis colegas por su esfuerzo en atender todos los alegatos de las partes y los problemas jurídicos que en conjunto delimitamos, con inteligencia, esmero, profesionalismo y sentido de la justicia.
2. He concurrido con mis colegas en que la garantía de estabilidad jurídica fue quebrantada porque la acotación de la SUNAT sobre la fusión entre Norperú Egenor y Power North (“la fusión”) implicó un cambio sustancial en la interpretación y aplicación de la Ley Fusión-Revaluación (LFR) prevaleciente en la época en que dicha garantía fue otorgada al inversionista y en la fecha de la fusión misma. Las pruebas aportadas y las circunstancias dentro de las cuales fue decidida la fusión muestran que, según la interpretación pacífica de la LFR vigente entonces, sólo se requería el acto formal de fusión de sociedades, sin consideración del significado económico de la operación.
3. Aunque concuerdo, pues, con mis colegas en la violación de la garantía de estabilidad legal en relación con la fusión, respetuosamente disiento de la mayoría con respecto al tema del *estoppel* en el contexto de la fusión. No está en discusión que la acotación impuesta por la SUNAT sobre los beneficios fiscales aplicados a la fusión estuvo en contradicción con el voto favorable a dicha fusión de los representantes de Electroperú (una empresa del Estado) en el Directorio y en la Junta de Accionistas de Norperú Egenor. Es también cierto que varios entes estatales relacionados con la privatización (en particular CEPRI-ELP) recibieron información sobre la fusión, y no la objetaron. Sin embargo, en mi opinión, esa contradicción, por sí misma, no constituye un

quebrantamiento de una regla jurídica que pueda comprometer la responsabilidad del Estado frente al inversionista.

4. El Tribunal ha concluido que el voto de los representantes de Electroperú en Norperú Egenor, entre los cuales estaba el Sr. Sánchez Gamarra, Presidente de CEPRI-ELP, unido al conocimiento previo que tuvo la propia CEPRI-ELP y otros entes públicos peruanos de la fusión y de sus beneficios fiscales, crearon una situación de *estoppel* con respecto a la capacidad de la SUNAT de objetar la fusión. En la apreciación del Tribunal, el asentimiento de los agentes del Estado en la fusión debe entenderse como la aprobación del Estado mismo de dicha operación, de modo que estaba impedido (*estopped*) de objetarla posteriormente, y no podía invocar la independencia ni la competencia exclusiva de la SUNAT en materia tributaria para justificar la acotación impuesta por la autoridad tributaria a Egenor. El tribunal ha subrayado que, “*según el derecho internacional, es posible que entidades y agencias diferentes al servicio nacional tributario obliguen al Estado a adoptar una posición determinada en relación con transacciones con implicaciones tributarias.*” (Párr. 432).
5. El *estoppel*, como regla de derecho internacional, y la doctrina de los *actos propios*, conforme al orden jurídico peruano son, fuera de toda duda, derecho aplicable por el tribunal. La regla de derecho según la cual *venire contra factum proprium non valet* prohíbe a toda persona, y al Estado en particular, adoptar acciones o declaraciones contradictorias con actos o declaraciones que ha adoptado previamente, en perjuicio de otro. Como lo afirmó el Vicepresidente Alfaro en su opinión individual en el caso del *Templo de Préha Vihéar*, “*a State party to an international litigation is bound by its previous acts or attitude when they are in contradiction with its claims in the litigation.*”
6. El *estoppel*, lo mismo que la doctrina de los actos propios, impone un *deber de congruencia* en la actuación de los sujetos de derecho en sus relaciones con otros sujetos de derecho. El Estado, particularmente, debe *actuar coherentemente*. Esto, sin embargo, no puede entenderse como un dominio inexorable del pasado sobre el futuro

o que cualquier acto de un agente del Estado imponga un deber absoluto de no impugnarlo en el porvenir. Como lo reconoce el Tribunal, en virtud del *estoppel*, “el Estado asume el riesgo *por los actos de los órganos o funcionarios que, por su naturaleza, pueden razonablemente generar confianza en terceros. Lo que resulta relevante a los efectos del estoppel es que se ha producido una declaración, manifestación o conducta que ha generado efectivamente la razonable confianza de un tercero, lo que significa que el Estado se ha comprometido, aunque sólo sea implícitamente, a no modificar su comportamiento.*”(Párr. 246; cursivas del original, énfasis añadido).

7. Un componente decisivo en el *estoppel*, es la confianza creada en la otra parte por la apariencia razonable creada por un agente del Estado. Como lo afirma el Laudo, es “la *apariencia razonable* de que la declaración resulta vinculante para el Estado” (párr. 247). La “razonabilidad” de la apariencia consiste en que, dentro de las circunstancias específicas del caso, se haya generado confianza en la otra parte de que se trata de una posición que no será contradicha en el futuro. La razonabilidad también se refiere a *la confianza: las circunstancias del caso deben ser tales* que cualquier tercero, en la misma posición, habría podido fundar su confianza en que se trataba de un acto firme del Estado. Como todo estándar, el de “razonabilidad” no opera en el vacío, sino a la luz de las particularidades de cada caso. También debe apreciarse tomando en cuenta lo que las partes concernidas saben o están supuestas a saber.
8. Como lo reconoce el Laudo, “la competencia, o mejor dicho, *la manifiesta falta de competencia*, de un órgano del Estado es relevante dado que nadie puede razonablemente confiar en declaraciones o manifestaciones realizadas por un órgano que claramente no tiene competencia para formularlas.” (Párr. 247). La incompetencia es *manifiesta* cuando no puede ser ignorada por la otra parte. Tomando prestada el lenguaje empleado en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (también mencionado en el Laudo), y el principio que subyace a dicho artículo, para que la conducta o representación de un órgano del Estado pueda ser

invocada como causa de *estoppel*, debe ser *inequívoca*, esto es, debe resultar de un acto o de una conducta que, *de acuerdo con la práctica y la buena fe*, sea percibida por los terceros como expresión de una posición del Estado, incompatible con la posibilidad de ser contradicha en el futuro. En la misma dirección, debe entenderse que un agente o entidad del Estado que actúa fuera de la esfera de su competencia no obliga al Estado cuando la incompetencia es objetivamente evidente para una tercera parte que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

9. Cuando se trata de una relación entre Estados, el grado de incompetencia del agente del Estado requerido para excluir el *estoppel*, es el de más alto umbral: la incompetencia debe afectar a una norma de importancia fundamental del derecho interno, que no pueda ser ignorada por ningún Estado. Es normal que, *de acuerdo con la práctica y la buena fe*, un Estado no conozca más allá del nivel de lo fundamental el orden legal de otro Estado y confíe en que su contraparte respeta su propio derecho interno.

10. Sin embargo, la relación entre un Estado y un inversionista no puede equipararse a una relación entre Estados. Un inversionista tiene que conocer el orden legal del Estado dentro de cuya jurisdicción opera, al menos en las materias fundamentales conectadas con su actividad económica. La materia fiscal es una de ellas. Esto no significa que un inversionista debe tener un conocimiento detallado del régimen fiscal y de la interpretación de las leyes fiscales. Pero hay ciertas reglas fundamentales que un inversionista tiene que conocer. Una de ellas se refiere al órgano del Estado competente para aprobar u objetar la contabilidad tributaria y los lapsos que tiene para ejercer su competencia. Si un agente del Estado manifiestamente incompetente en materia fiscal ha aprobado una operación y sus consecuencias fiscales, todo inversionista tiene que saber que la autoridad fiscal puede objetarlos dentro de los lapsos legales. Los únicos hechos que pueden crear la apariencia razonable de que esos actos no serán objetados en el futuro son el transcurso de esos lapsos legales o la aprobación de la autoridad fiscal. En otras palabras, la aprobación de una operación

tributaria por un funcionario o una dependencia manifiestamente incompetente en materia fiscal no puede, por sí misma, crear una *apariencia razonable* frente a un inversionista (nacional o extranjero), de que esa operación no puede ser objetada dentro de los lapsos legales por la autoridad fiscal competente. Todo inversionista sabe o tiene que saber que la aprobación de un acto imponible por un órgano incompetente no es jurídicamente incompatible con la posibilidad de que la autoridad fiscal competente objete esa operación fiscal en el futuro.

11. La Corte Internacional de Justicia se ha referido en numerosas ocasiones a los requisitos generales para que el *estoppel* pueda ser invocado. Uno de ellos *un comportamiento, declaraciones, etc., de un Estado que hayan revelado de una manera clara y constante (cleraly and consistently; d'une manière claire et constante) la aceptación por el Estado de un régimen particular.*¹ En mi opinión, un inversionista no puede concluir razonablemente que una operación fiscal ha sido aprobada de manera *clara, constante y consistente* por el Estado cuando en esa aprobación no ha intervenido, ni tan siquiera remotamente, la autoridad fiscal competente y están aún abiertos los lapsos legales para que esa autoridad la objete.

12. Esto se corresponde con la práctica normal en las privatizaciones. Cuando quien vende las acciones de la empresa privatizada es una empresa del Estado, está entendido que todas sus operaciones fiscales y los estados financieros de la empresa privatizada han sido aprobados por su dueño (es decir, una empresa del Estado). Sin embargo, normalmente el contrato de compraventa prevé la posibilidad de que existan pasivos tributarios ocultos, con respecto a los cuales la empresa vendedora asume la responsabilidad. Esto significa que la autoridad tributaria conserva sus facultades de

¹ *North Sea Continental Shelf: Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 26, para. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 392, para. 51; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador-Honduras), Application to Intervene, Judgment, I. C. J. Reports 1990*, p. 118, para. 63; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998*, p. 275, para. 57.

acotar a esa empresa, aunque sus operaciones (incluidas sus consecuencias tributarias) hayan sido aprobadas por los accionistas precedentes (agentes del Estado) y por los organismos a cargo de la privatización. Por tanto, no hay garantía de que la autoridad tributaria no objetará las operaciones fiscales aprobadas por la vendedora, sino que ésta será responsable por esas deudas, en el caso en que surja alguna acotación fiscal. Así ocurrió con la privatización de Egenor en 1996. En el contrato de compraventa de acciones de Electroperú a Dominion (Inversiones Dominion Perú S.A.), el vendedor (Electroperú) garantizó que sería de su cargo “*cualquier tributo, interés, recargo o multa, sin excepción, que resulte de cualquier incumplimiento formal o material de obligaciones tributarias*” por parte de Egenor hasta la fecha de cierre (cláusula 11.9.1).

13. Todo inversionista extranjero sabe o tiene que saber que la aprobación de la contabilidad fiscal de una empresa privatizada por los accionistas del Estado o los entes del Estado a cargo de la privatización no desvanece los pasivos tributarios ni impide la acción de la autoridad fiscal. Por lo demás, es un principio general de derecho que el vendedor responde por los pasivos y defectos ocultos de la cosa vendida (“*vicios ocultos*”), como lo establecen los artículos 1503 y siguientes del Código Civil peruano.

14. El Tribunal no recibió pruebas sobre la manera como se regularon los pasivos ocultos (tributarios o no) en el contrato de transferencia de acciones de Dominion a Duke. La relación entre esas empresas no era materia del presente arbitraje y, además, lo que hubieran convenido a ese respecto no resultaba relevante para determinar la violación de la garantía de estabilidad jurídica por parte del Perú, como ha concluido el Tribunal. Sin embargo, a los efectos del *estoppel*, cualquier acuerdo sobre pasivos ocultos entre Dominion y Duke podría haber sido relevante para determinar en qué medida Duke confiaba en que la aprobación de ciertas operaciones y sus efectos tributarios por parte de Electroperú y otras dependencias del Estado, “inmunizaba” a Egenor contra las objeciones que la SUNAT pudiera promover ulteriormente contra esas operaciones.

15. En mi opinión, el voto favorable a la fusión de los representantes de las acciones de Electroperú en el Directorio y la Junta de Accionistas de Egenor no puede ser considerado como una posición del Estado sobre la legalidad de la fusión, ni crear una expectativa razonable de que la SUNAT no la objetaría. Electroperú era accionista minoritario de Egenor. Sus representantes en la Junta de Accionistas y en el Directorio no contribuyeron a formular la propuesta de la fusión. Esa propuesta emanó de la gerencia. El asesor legal de la empresa informó, sólo verbalmente, que la fusión producía determinados beneficios fiscales. Esa opinión legal, sin duda suministrada de buena fe, no presentó ningún posible aspecto controversial, ni incluyó el enunciado ni mucho menos el examen de interpretaciones diferentes de la LFR, de modo que también fue aceptada de buena fe, sin implicar un acto de aprobación de una determinada interpretación de la ley frente a posibles interpretaciones alternas. La operación fue presentada por el asesor jurídico como algo absolutamente claro e indisputable, de modo que no deberían extraerse consecuencias particulares de la normal aprobación de que fue objeto la propuesta por la unanimidad de los accionistas y directores, incluidos los accionistas minoritarios.
16. Los representantes de las acciones de Electroperú pueden haber incurrido en el mismo error que los demás accionistas y directivos. Su investidura no atribuye efectos particulares a ese error (no “tenían que saber” que la aplicación de la LFR era cuestionable) ni tenían autoridad para inhibir actuaciones futuras del Estado en materia tributaria, la cual estaba notoriamente fuera de su ámbito de competencia. En ese contexto resulta difícil atribuir a su voto en los órganos corporativos de Egenor un efecto particular, mucho menos el de ser un acto inequívoco por medio del cual el Estado peruano aprobaba la legalidad fiscal de la fusión, de tal modo que ni tan siquiera la SUNAT, único órgano del Estado con competencia en materia de control fiscal, podría revisarlo ni cuestionarlo.
17. El contexto pacífico dentro del cual se aprobó la fusión, incluido el beneficio fiscal, se explica porque la práctica y la interpretación de la LFR que prevalecían en ese

momento no planteaban dudas sobre la legalidad de los beneficios fiscales. Fue esa, probablemente, la razón por la cual el asesor legal no planteó el tema, ni los miembros del directorio o los accionistas requirieron explicaciones sobre el mecanismo de la LFR. Esa era la interpretación “estabilizada” que fue desconocida por la acotación de la SUNAT, violando la garantía de estabilidad legal. Pero esto no es materia de *estoppel* sino de otro fundamento para la responsabilidad del Estado, identificado como tal en el Laudo. La ausencia de objeciones por parte de entidades del Estado, al igual que el voto de los miembros del directorio y de los accionistas de Egenor, puede explicarse porque no se trataba de una materia controversial. En otros términos, el fundamento de las *expectativas legítimas* del inversionista era la interpretación de la LFR predominante en aquel tiempo, y no la conducta de los agentes del Estado, que únicamente expresaba y confirmaba aquella interpretación.

18. En mi opinión, de no haber existido esa práctica y esa interpretación de la LFR, la aprobación de la fusión por los representantes de Electroperú y la ausencia de objeciones por parte de otras dependencias públicas peruanas, no habrían sido suficientes para determinar la responsabilidad del Estado, sobre la sola base del *estoppel*. Si hubiera existido una posición de la SUNAT adversa a la interpretación de la LFR que aplicó Egenor, la SUNAT habría conservado legítimamente su competencia para objetar los beneficios fiscales y, en ese supuesto, la aprobación de los miembros del directorio y los accionistas de Electroperú así como la falta de objeciones de otros entes públicos relacionados con la privatización no habrían convalidado la contravención a la ley tributaria.

19. En consecuencia, creo que no es posible extraer consecuencias de la conducta de los actores estatales frente a la fusión, al menos no más allá de lo que puntualiza el párrafo 380 del Laudo: esa conducta confirma que, en la fecha de la fusión y para el tiempo en que Duke invirtió en Egenor, la interpretación prevaleciente de la LFR era que todo lo que requería para gozar de los beneficios fiscales era una fusión formal. La acotación de la SUNAT violó el convenio de estabilidad jurídica porque se apartó de esa

interpretación, pero no porque la conducta de los agentes estatales frente a la fusión, por sí misma, creara una situación de *estoppel*. En consecuencia, respetuosamente manifiesto mi disidencia con las conclusiones de la mayoría del Tribunal sobre ese punto.

Fecha: 22 de julio de 2008

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Pedro Nikken', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

D. Pedro Nikken

Árbitro