

2018-342

Tribunal Arbitral
KALLPA GENERACIÓN S.A.
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS
AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA-PROINVERSIÓN

Lima, 01 de abril del año 2019

Señores

AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSIÓN

Calle Schell N° 310, piso 11

Miraflores.-

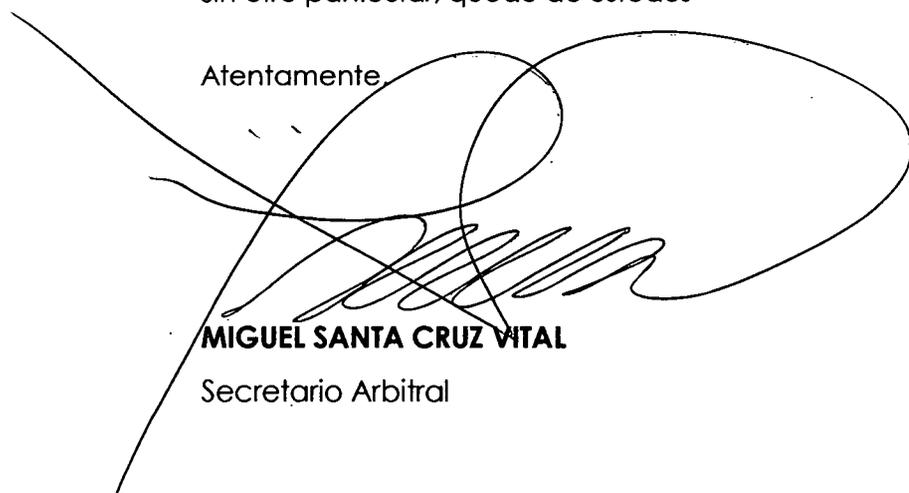
Atención: Procuraduría Pública

Referencia: Caso Arbitral KALLPA GENERACION S.A. – MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS/AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA-PROINVERSIÓN

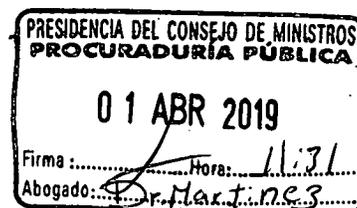
Por especial encargo del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Ricardo León Pastor, Presidente; Alfredo Arredondo Castillo, Árbitro; Nelson Ramírez Jiménez, encargados de resolver el caso de la referencia, cumpla con notificarles el Laudo arbitral, expedido el día 29 de marzo de 2019, el mismo que consta de treinta (30) folios.

Sin otro particular, quedo de ustedes

Atentamente


MIGUEL SANTA CRUZ VITAL

Secretario Arbitral



El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Arbitraje seguido en el marco del procedimiento entre

KALLPA GENERACIÓN S.A.
Demandante

C.

Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN
Ministerio de Energía y Minas
Demandados

LAUDO DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Ricardo Antonio León Pastor
Nelson Ramírez Jiménez
Alfredo Arredondo Castillo

Secretaría del tribunal
Miguel Santa Cruz Vital

Tipo de Arbitraje

Nacional, de derecho, ad hoc

Lima, 29 de marzo de 2019.

El soporte ideal para su arbitraje

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación del demandante:
Roxana Maria Guzman Paredes (Gerente Legal Regional para Perú)

Calle Las Palmeras 435, piso 7, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima – Perú

En representación del demandado
Carlos Enrique Cosavalente Chamorro (Procurador Público PCM)
Octavio Constantino Rodríguez-Veliz Gadea (Procurador Público Adjunto MINEM)

Calle Shell N°310, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima - Perú
Av. Las Artes Sur N°260, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima – Perú.



El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Tabla de contenido

Listado de Siglas y Abreviaturas	4
Antecedentes y partes	5
Convenio Arbitral	8
Actuaciones Arbitrales	9
Solicitud, designación e instalación del tribunal arbitral.....	9
Ley Aplicable	9
Costos Arbitrales	9
Demanda arbitral.....	10
Contestación de demanda:.....	11
De PROINVERSIÓN	11
De MINEM.....	13
Determinación de Puntos Controvertidos.....	13
Audiencia Única	13
Alegatos Escritos	16
Plazo para laudar.....	18
Análisis de las pretensiones:.....	18
¿El convenio de estabilidad tributaria del año 2010 tuvo vigencia hasta el 17/11/2011?	18
¿El convenio de estabilidad 2010 extendió su vigencia hasta el 26/12/2016?	27
¿Cuál es el régimen jurídico vigente y aplicable a Kallpa sobre impuesto a la renta desde el 18 de noviembre de 2011?	29
Decisiones	30

[Handwritten signatures]

Listado de Siglas y Abreviaturas

C.C.:	Código Civil
INKIA:	Inkia Holdings Limited
KALLPA:	Kallpa Generación S.A.
KPMG:	KPMG en Perú
Ley de Arbitraje: N°1231	Decreto Legislativo N°1071, modificado por Decreto Legislativo N°1231
Ley General de Sociedades:	Ley N°26887
Ley de Inversiones:	Decreto Legislativo N°662
Ley de Inversión Privada:	Decreto Legislativo N°757
MINEM:	Ministerio de Energía y Minas
PROINVERSIÓN:	Agencia de Promoción de la Inversión Privada
PCM:	Presidencia del Consejo de Ministros
QUIMPAC:	Quimpac Corp S.A.C.



El soporte ideal para su arbitraje

Antecedentes y partes

1. El presente caso se refiere a una controversia surgida en el marco de un convenio de estabilidad jurídica suscrito por KALLPA GENERACIÓN S.A. (en adelante, KALLPA) con el Estado peruano.
2. El demandante es KALLPA; el demandado, el Estado Peruano representado por la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN (en adelante, PROINVERSIÓN) y el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MINEM).
3. KALLPA es una empresa dedicada a la generación de energía eléctrica, lo cual realiza mediante el desarrollo, operación y mantenimiento de proyectos de generación eléctrica en el territorio peruano.
4. INKIA HOLDINGS LIMITED (en adelante, INKIA) era originalmente la titular del 100% de las acciones de KALLPA. Sin embargo, por un acuerdo de inversiones (anexo A1) suscrito entre KALLPA y la empresa QUIMPAC CORP S.A.C. (en adelante, QUIMPAC) el 19 de octubre de 2009, esta última se comprometió a realizar aportes de capital a favor KALLPA hasta por el monto de US\$ 73,724,967.00.
5. Contra la recepción de dichos aportes, KALLPA debía emitir acciones representativas de su capital social a favor de QUIMPAC; siendo la voluntad de las partes que luego de ejecutado al acuerdo, INKIA mantendría el 74.9% de las acciones de KALLPA y QUIMPAC el 25.1% de estas.
6. En atención a lo anterior, el Estado Peruano, representado por MINEM y PROINVERSIÓN (que, indistintamente, serán referidos en adelante como el "Estado") suscribió con KALLPA un convenio de estabilidad jurídica (anexo A3) (en adelante, el convenio), el 16/11/2010, con el fin de que KALLPA destine los aportes efectuados por QUIMPAC a la inversión de su capacidad productiva.
7. Conforme con el convenio, KALLPA se comprometió a:

SEGUNDA. - (...)

1. Emitir acciones representativas de su capital a favor de QUIMPAC contra la recepción de los aportes que QUIMPAC deberá efectuar por un monto de US\$ 73,724,967.00 (Setenta y tres millones setecientos veinticuatro mil novecientos sesenta y siete y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) en un plazo no mayor de dos (02) años, contado a partir del 16 de noviembre de 2009, fecha del título habilitante.
2. Asegurar que los aportes, a que se refiere el Numeral 1 sean canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, conforme deberán constar en la certificación que emita el banco interviniente en la operación.
3. Destinar los aportes, que se refiere el Numeral 1, a la ampliación de la capacidad productiva... (Resaltado nuestro).

8. A cambio, el Estado se comprometió a otorgar a KALLPA las siguientes facilidades:

El soporte ideal para su arbitraje

TERCERA. – (...)

1. Estabilidad en el régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el artículo 40° del Decreto Legislativo N°757 y normas modificatorias, que implica que el Impuesto a la Renta que le corresponda abonar a KALLPA no será modificado mientras se encuentre en vigencia el presente convenio e Estabilidad Jurídica, aplicándose en los mismos términos y con las mismas alícuotas, deducciones, escala para el cálculo de la renta imponible y demás características conforme a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N°179-2004-EF y normas modificatorias vigentes al momento de la celebración del presente convenio ...

El régimen de estabilidad que se garantiza a KALLPA al amparo del presente convenio, implica que en caso que el Impuesto a la Renta referido en el párrafo anterior se modificara durante la vigencia del convenio, dichas modificaciones no afectarán a KALLPA, aunque se trate del aumento o disminución de las tasas, de la ampliación o reducción de la base imponible, o de cualquier otra causa de efectos equivalentes.

2. Estabilidad de los regímenes de contratación de los trabajadores de KALLPA mientras se encuentre vigente el presente convenio, al amparo de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo N°662, en las distintas modalidades contempladas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR y normas modificatorias, vigentes a la fecha de celebración del presente convenio.

9. El tiempo de duración de dos años, estipulado por las partes, en el que KALLPA debía cumplir con acreditar la recepción de los aportes de QUIMPAC por el monto de US\$ 73,724,967.00 se computó desde el 16 de noviembre de 2009 – según el numeral 1 de la cláusula segunda – hasta el 16 de noviembre de 2011.

10. Al término de dicho plazo, KALLPA debía cumplir con acreditar lo estipulado en la cláusula cuarta del convenio, cuyo texto íntegro es el siguiente:

CUARTA. – KALLPA garantiza que la nueva inversión, referida en la CLÁUSULA SEGUNDA, supera al 15 de noviembre de 2009, el 50% de su capital y reservas.

Para tal efecto, KALLPA deberá presentar ante PROINVERSIÓN, en un plazo de sesenta (60) días hábiles, contado a partir de la fecha de celebración del presente convenio, los Estados Financieros Auditados del año 2008 y un informe que, con carácter de Declaración Jurada y sujeto a fiscalización posterior, emita una sociedad de auditoria debidamente registrada ante la entidad competente, sobre el movimiento de las cuentas de capital y reservas desde el 01 de enero del año 2009 hasta el 15 de noviembre de 2009.

KALLPA asume adicionalmente, en relación con lo pactado en la CLÁUSULA SEGUNDA, las siguientes obligaciones:

1. **Acreditar que ha cumplido con recibir de QUIMPAC, el aporte dinerario de capital por un monto de US\$ 73,724,967.00 ... mediante la presentación del Testimonio de Escritura Pública de Aumento de Capital y Modificación de Estatutos de KALLPA, inscrito en el registro correspondiente, la certificación que emita el banco interviniente en la operación y el respectivo asiento contable de capitalización.**

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

2. **Acreditar que la nueva inversión ha sido efectivamente destinada a la ampliación de su capacidad productiva, mediante la presentación del correspondiente informe que emita una sociedad de auditoria debidamente registrada en la entidad competente, el cual quedará sujeto a fiscalización posterior.**

Las obligaciones referidas en la presente cláusula deberán acreditarse ante PROINVERSIÓN en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario, contado a partir de la fecha limite para su cumplimiento, conforme a lo establecido en el numeral 1 de la CLÁUSULA SEGUNDA.

Cabe señalar, que con fecha 07 y 14 de octubre de 2010, KALLPA presentó ante PROINVERSIÓN copias legalizadas notarialmente de los asientos contables correspondientes al libro diario de KALLPA; así como, la certificación contable, **donde consta que la capitalización se ha realizado el 16 de noviembre de 2009, por un monto ascendente a US\$ 18,431,242.00...** (Resaltado nuestro)

11. El 4 de noviembre de 2011 (anexo A6) KALLPA remitió a PROINVERSIÓN una carta s/n con sumilla "Acredita cumplimiento de obligaciones según convenio de estabilidad jurídica", en el cual adjuntó el informe emitido por KPMG "Informe sobre resultado de la aplicación de procedimientos convenidos sobre la cláusula cuarta, inciso 2 del convenio de estabilidad jurídica del 16 de noviembre de 2010".
12. Este informe no recibió respuesta del Estado sino años después, momento en que surgió la controversia.
13. El 26 de diciembre de 2016, KALLPA remitió a PROINVERSIÓN una carta S/N (Anexo A7) comunicando su renuncia al régimen de estabilidad jurídica y tributaria otorgado en virtud de la suscripción del convenio bajo examen.
14. El 10 de julio de 2017, PROINVERSIÓN remitió a KALLPA el oficio N°819-2017/PROINVERSIÓN/DSI (anexo A8) mediante el cual le otorgó un plazo de diez (10) días para que subsane los asientos contables del libro diario, habida cuenta de que:

(...) KALLPA GENERACIÓN S.A. remitió a PROINVERSIÓN con fecha 04 de noviembre de 2011 copias legalizadas del libro diario de los últimos 7 asientos contables correspondientes a un aporte ascendente a S/154,998,238.40 equivalentes a **US\$ 55,293,726.00**, los cuales se encuentran asociados a la cuenta contable 14 (cuentas por cobrar).

En consecuencia de ello, **debemos manifestarle que de acuerdo a lo estipulado en la cláusula cuarta del convenio en mención, su representada deberá subsanar los referidos asientos contables del libro diario, los cuales deberán encontrarse asociados a la cuenta contable de capital; dichos asientos deberán ser presentados en original o copia legalizada por un notario público o por el fedatario de PROINVERSIÓN.**

De acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 141° del TUO de la Ley N°27444, ... su representada deberá subsanar dichos documentos dentro de los diez (10) días hábiles posteriores, contados desde el día siguiente de recibida la presente comunicación.

El soporte ideal para su arbitraje

Cabe indicar que, en caso de no presentar oportunamente la documentación antes señalada; el convenio de estabilidad jurídica quedará resuelto, conforme a lo establecido en la Cláusula décima del mismo... (Resaltado nuestro)

15. KALLPA respondió el oficio de PROINVERSIÓN el 19 de julio de 2017 (anexo A9) recalcando que el 27 de diciembre de 2016 ya habían formulado renuncia al convenio.
16. El 25 de julio de 2017, PROINVERSIÓN reiteró a KALLPA el pedido formulado el 10 de julio de 2017 (anexo A10), bajo apercibimiento de resolver el convenio. KALLPA respondió el 4 de agosto de 2017 solicitando 10 días para proporcionar una respuesta al requerimiento del Estado (anexo A11).
17. PROINVERSIÓN reiteró nuevamente el pedido de subsanación el 8 de agosto de 2017 (anexo A12) que fue respondido por KALLPA el 23 de agosto de 2017 (anexo A13), quien finalmente indicó que es imposible resolver el convenio debido a que esta renunció anteriormente, asimismo, que no proceden los requerimientos formulados por el Estado en vista de que los derechos y obligaciones del convenio se encontraban extintos.
18. Finalmente, el 6 de febrero de 2018, mediante oficio N°159-2018/PROINVERSIÓN/DSI (anexo A15), el Estado comunicó a KALLPA que por incumplimiento de obligaciones contractuales del numeral 1 de la cláusula segunda, el convenio quedó resuelto desde el 17 de noviembre de 2011.

Convenio Arbitral

19. En la cláusula octava del convenio, las partes acordaron lo siguiente:

OCTAVA. – 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 existencia, interpretación, ejecución o validez del presente convenio, será resuelta mediante arbitraje de derecho.

El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, mediante la constitución de un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) miembros, de los cuales cada una de las partes nombrará a uno (1) y los dos (2) árbitros así designados nombrarán al tercer árbitro. Los árbitros quedan expresamente facultados para determinar la controversia materia del arbitraje.

Si una parte no nombre árbitro dentro de los quince (15) días hábiles de recibido el requerimiento de la parte o partes que solicitan el arbitraje o si dentro de un plazo igualmente de quince (15) días hábiles, contado a partir del nombramiento del último árbitro por las partes, los dos (2) árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación del árbitro faltante será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio de Lima.

El plazo de duración del proceso arbitral no deberá exceder de noventa (90) días hábiles contados desde la fecha de designación del último árbitro, y, se regirá por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°1071 y/o las normas que la sustituyen o modifiquen.

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

El soporte ideal para su arbitraje

Actuaciones Arbitrales

Solicitud, designación e instalación del tribunal arbitral

20. El 25 de octubre de 2018, KALLPA remitió una solicitud de arbitraje a PROINVERSIÓN, solicitando el inicio del procedimiento y designando como árbitro de parte al Dr. Nelson Ramírez Jiménez. El 20 de noviembre de 2018, PROINVERSIÓN, representado por la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, respondió la solicitud de arbitraje de KALLPA, manifestando su voluntad de iniciar el procedimiento y designando como árbitro de parte al Dr. Alfredo Arredondo Castillo.
21. Los árbitros designados por las partes procedieron a su vez a designar de común acuerdo al Dr. Ricardo Antonio León Pastor, quien manifestó su aceptación el 18 de diciembre de 2018, quedando conformado el tribunal arbitral en dicho acto.
22. La instalación del tribunal arbitral se llevó a cabo el 4 de febrero de 2019, en dicho acto, ratificamos nuestro compromiso con el encargo y declaramos haber sido debidamente designados. Manifestamos además no tener ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes, garantizando a estas el deber de imparcialidad, independencia y probidad, conforme a lo dispuesto en el numeral I del artículo 28° de la Ley de Arbitraje.

Ley Aplicable

23. En el acta suscrita en la audiencia de instalación (en adelante, el "acta de instalación") determinamos como normas aplicables las reglas suscritas en dicha acta; y, en segundo lugar, las normas de la Ley de Arbitraje, así como las demás normas aplicables del ordenamiento jurídico peruano. Quedando facultados para recurrir, según nuestro criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral en caso de insuficiencia.

Costos Arbitrales

24. El 7 de febrero de 2019, determinamos mediante Orden Procesal N° 2 el anticipo correspondiente a los costos del presente arbitraje; así, se estableció como honorarios de cada árbitro la suma de S/150,000.00 (Ciento cincuenta mil y 00/100 soles) a ser asumidos por las partes en forma proporcional, es decir, el 50% cada una. Respecto a los honorarios de la secretaría arbitral, se estableció como anticipo la suma de S/ 105,000.00 (Ciento cinco mil y 00/100 soles) a ser asumidos por las partes en forma proporcional, es decir, el 50% cada una.
25. En ambos casos, la proporción del anticipo correspondiente a la parte estatal sería asumida en proporciones iguales por PROINVERSIÓN y MINEM. Las partes cumplieron con efectuar los pagos, salvo PROINVERSIÓN, pago que fue asumido por KALLPA en la suma de S/, 34,500.00 más impuesto a la renta, en el caso de cada uno de los miembros del tribunal arbitral, y S/. 26,250.00 más IGV en el caso de la secretaría arbitral. Todos los anticipos son hoy honorarios definitivos.

El soporte ideal para su arbitraje

Demanda arbitral

26. KALLPA presentó su escrito de demanda el 11 de febrero de 2019, formulando las siguientes pretensiones:

Pretensión principal: Que el tribunal declare que el convenio de estabilidad jurídica, suscrito entre Kallpa y el Estado el 16 de noviembre de 2010 ... dejó de surtir efectos el 26 de diciembre de 2016, fecha en la cual KALLPA comunicó al Estado su renuncia al régimen de estabilidad jurídica otorgado bajo su amparo.

Pretensión subordinada a la pretensión principal: Que, en el caso en que el tribunal considere que el convenio quedó resuelto el 17 de noviembre de 2011, declare que la cláusula novena del convenio debe interpretarse en el sentido que el Estado sólo tiene derecho a no reembolsar el mayor pago de Impuesto a la Renta efectuado por Kallpa mientras el convenio estuvo vigente, es decir, hasta el 17 de noviembre de 2011, fecha luego de la cual Kallpa habría estado sujeta al régimen tributario establecido por el ordenamiento jurídico vigente, por haber cesado la eficacia del convenio.

Pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Que el tribunal ordene al Estado el pago de las costas y costos que genere este proceso.

27. Los fundamentos fácticos y jurídicos de KALLPA se basan en el hecho de que la tesis del Estado de que el convenio se resolvió desde el 17 de noviembre de 2011 no es coherente con sus actos, considerando que en los oficios de fechas 10, 1 y 25 de julio y el del 8 de agosto del 2017 se le requirió subsanar las observaciones a los asientos contables bajo apercibimiento de resolver el convenio.
28. Es decir, que en las fechas antes indicadas, el Estado consideraba que el convenio seguía vigente, pese a que KALLPA comunicó su renuncia al mismo el 26 de diciembre de 2016. Sin embargo, contradictoriamente, le comunica recién el 6 de febrero de 2018 que el convenio quedó resuelto desde el 17 de noviembre de 2011 en virtud de la cláusula novena del contrato.
29. La tesis de la defensa procedimental de KALLPA es que en la cláusula novena del contrato las partes adoptaron una cláusula resolutoria expresa, de la que se valió el Estado para resolver el contrato, la misma que señala lo siguiente:

NOVENA. – Constituyen causales de resolución de pleno derecho del presente convenio, sin mediar requisito de comunicación previa las siguientes:

1. El incumplimiento por parte de KALLPA de las obligaciones establecidas en la CLÁUSULA SEGUNDA.

2. El incumplimiento por parte de KALLPA de las obligaciones establecidas en la CLÁUSULA CUARTA. ... (Resaltado nuestro)

(...) En el caso que KALLPA incurra en una de las mencionadas causales de resolución del presente convenio, si por efecto de la estabilidad jurídica concedida al amparo del mismo hubiera gozado de una carga fiscal menor a la que le hubiera correspondido de no estar amparada por dicho convenio, estará obligada a reembolsar al ESTADO el monto actualizado de los tributos que le hubieran afectado de no haber suscrito el convenio más los recargos correspondientes a que se refiere el Código Tributario.

Queda entendido que en el caso a que se refiere el párrafo anterior, si KALLPA hubiera soportado una carga fiscal mayor por efectos del presente convenio, no

El soporte ideal para su arbitraje

existirá obligación de reembolso de suma alguna por parte del ESTADO. (Resaltado nuestro).

30. Sin embargo, KALLPA sostiene que la estipulación contractual antes señalada debe considerarse como no puesta por vulnerar la providencia del artículo 1430° del Código Civil que señala que para valerse de una causal resolutoria expresa, la parte fiel debe comunicar por escrito a la parte infiel su decisión de finiquitar la relación jurídica contractual. Esto último no fue realizado por el Estado, quien además de forma contradictoria pretende considerar resuelto un convenio que – según sus propios actos – consideraba vigente hasta febrero del 2018.
31. Respecto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, KALLPA afirma haber cumplido con acreditar los aportes de QUIMPAC a través de la escritura pública de aumento de capital (anexo A2) de fecha 18 de noviembre de 2009, además de los estados de cuenta corriente que adjunta en anexo A4 y los asientos contables que adjunta en anexo A5.
32. Con relación a la pretensión subordinada, alega que en el supuesto negado en que - de acuerdo al criterio del Estado - si el convenio sólo tuvo vigencia desde el 11 de noviembre de 2009 hasta el 16 de noviembre del 2011, KALLPA sólo estuvo sujeta al régimen de estabilidad jurídica durante dicho periodo, luego del cual se entiende que el régimen tributario y laboral al que se sujetó era el del ordenamiento jurídico.
33. Sostiene que la única disposición contractual que correspondería aplicar es el derecho del Estado a no reembolsar los pagos por cargas fiscales mayores que hubiera soportado KALLPA durante la vigencia del convenio.

Contestación de demanda:

De PROINVERSIÓN

34. El 16 de febrero de 2019, PROINVERSIÓN presentó su escrito de contestación de demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos según lo siguiente.
35. Sostiene que en la escritura pública de aumento de capital (anexo A2), se dejó constancia en acta de la Junta General de Accionistas del 12 de noviembre de 2009, de que los inversionistas realizarán el pago de las sumas comprometidas según lo siguiente:
 - ✓ El 25% del valor nominal de cada una equivalente a US\$ 18,431,242.00 que fue pagado mediante depósito en efectivo.
 - ✓ El 75% del valor nominal de cada una de las acciones a emitirse por el monto equivalente a US\$ 55,293,725.00 que serían pagadas según los plazos y términos allí señalados.
36. Sostiene asimismo que KALLPA recibió únicamente la suma de US\$ 18,431,242.00 o, al menos, eso fue lo único que acreditó con la presentación del informe del auditor KMPG (anexo A6).
37. Respecto a dicho informe, alega que este documento no acredita de modo alguno el cumplimiento de las obligaciones de KALLPA, demostrando únicamente el aporte de QUIMPAC por los 18,431,242.00 dólares americanos; fue por ello que se le requirió

El soporte ideal para su arbitraje

subsanan los asientos contables, en vista de que el debido equivalente a US\$ 55,293,725.00 figuraba en la cuenta contable 14 (cuentas por cobrar).

38. También refiere que existieron aportes que QUIMPAC realizó a favor de KALLPA que no aparecen en la escritura pública de aumento de capital, tales como el certificado del 14 de setiembre de 2011 emitido por el Citibank (anexo B1) en donde dicha entidad financiera indica que por instrucción de QUIMPAC efectuó un depósito a favor de KALLPA por la suma de US\$ 15,000,000.00, monto que no figura en el instrumento público.
39. Otro documento es la constancia del 6 de setiembre del 2011 emitida por el BCP en donde se indica que KALLPA recibió un abono de la empresa QUIMPAC por la suma de US\$9,996,719.00 (anexo B2). Sin embargo, este monto tampoco aparece en el aumento de capital.
40. De igual modo, aporta tres constancias (anexo B3) emitidas por el BCP el 3 de diciembre de 2009 y 22 de julio de 2011, en donde indica que KALLPA recibió abonos de QUÍMICA DEL PACÍFICO S.A. por las sumas de US\$7,700,000.00, 4,341,125.00 y 3,979,560.00.
41. Sobre esto último, señala que QUÍMICA DEL PACÍFICO S.A. no es QUIMPAC CORP S.A., sin embargo, es con estos documentos que alega que KALLPA pretendió acreditar el cumplimiento de sus obligaciones.
42. Respecto a la aplicación de la cláusula novena del contrato (ver párrafo 22) señala que el artículo 11° del Decreto Legislativo N°662 – Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras (en adelante, la Ley) establece que los convenios de estabilidad jurídica deben incluir una condición resolutoria expresa que en caso de incumplimiento de los aportes deje sin efecto el convenio.
43. Aunado a ello, interpreta el referido artículo 11° de Ley contrastándolo con el artículo 28° del Reglamento de los Regímenes de Garantía de la Inversión Privada – aprobado por Decreto Supremo N°162-92-EF y sus modificatorias – el cual señala que:

... Artículo 28. – Constituyen causales de resolución de pleno derecho de los convenios de estabilidad jurídica

a) **El incumplimiento por parte de los inversionistas o las empresas de efectuar los aportes o adquisiciones a que se hayan comprometido dentro del plazo previsto para el efecto en el respectivo convenio de estabilidad, el mismo que no podrá exceder de dos años...** (Resaltado nuestro).

44. Asimismo, refiere que la cláusula novena del convenio también hace referencia a causales de resolución de pleno derecho, como ya hemos visto, sin embargo, vistos los tres dispositivos legales (ley, reglamento y convenio) debe aplicarse la jerarquía normativa prevista por nuestra Constitución y aplicarse el criterio de la Ley que hace referencia a una condición resolutoria y no a una cláusula resolutoria expresa.
45. En aplicación de la condición resolutoria, la parte perjudicada puede valerse de dicha condición sin necesidad de dar previo aviso a la parte infiel, revistiendo el acto plena validez y eficacia jurídica.

El soporte ideal para su arbitraje

De MINEM

46. El Ministerio de Energía y Minas contestó la demanda el 18 de febrero de 2019, sin embargo, se advierte que ratificó en todos sus extremos los argumentos expuestos anteriormente por PROINVERSIÓN.

Determinación de Puntos Controvertidos

47. El 28 de febrero de 2019, determinamos los siguientes puntos materia de controversia:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el Convenio de Estabilidad Jurídica, suscrito entre KALLPA GENERACIÓN S.A. y el ESTADO PERUANO el 16 de noviembre de 2010 dejó de surtir efectos el 26 de diciembre de 2016, fecha en la cual KALLPA GENERACIÓN S.A. comunicó al ESTADO PERUANO su renuncia al régimen de estabilidad jurídica otorgado bajo su amparo.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral en caso considere que el Convenio de Estabilidad Jurídica quedó resuelto el 17 de noviembre de 2011, declare que la cláusula novena del Convenio debe interpretarse en el sentido que el ESTADO PERUANO solo tiene derecho a no reembolsar el mayor pago de impuesto a la Renta efectuado por KALLPA GENERACIÓN S.A. mientras el Convenio de Estabilidad Jurídica estuvo vigente, es decir, hasta el 17 de noviembre de 2011, fecha luego de la cual KALLPA GENERACIÓN S.A. habría estado sujeta al régimen tributario establecido por el ordenamiento jurídico vigente, por haber cesado la eficacia del Convenio de Estabilidad Jurídica.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral establezca si el Convenio de Estabilidad Jurídica, suscrito entre KALLPA GENERACIÓN S.A. y el ESTADO PERUANO quedó resuelto el 17 de noviembre de 2011.

Costos del proceso:

Además, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos del presente arbitraje.

Audiencia Única

48. El 28 de febrero de 2019 se llevó a cabo una audiencia única, en la cual contamos con la asistencia de los representantes de Kallpa, Proinversión y MINEM. Previamente, contamos con la presencia de los señores Juan José Córdova Valenzuela y Marco Antonio Cárdenas Cárdenas, cuya declaración fue ofrecida por Kallpa, quienes declararon sobre el informe KPMG lo siguiente:

- a. Declaró el Sr. Ronald Villalobos Silva que KPMG emitió un informe por encargo de su cliente QUIMPAC para aplicar procedimientos sobre el cumplimiento del acuerdo de accionistas sobre aportes de QUIMPAC en el orden de 73 millones de dólares, revisaron el soporte de documentos que acreditaron dichos aportes, efectuaron inspección de registros contables, verificaron que los aportes se destinaron a la construcción de ciclo combinado de Kallpa 4.

El soporte ideal para su arbitraje

- b. Emplearon la Norma internacional de Auditoría (NIA) 4400, fue la norma de procedimiento convenida para hacer la revisión. No fue propiamente un examen de auditoría.
 - c. En el anexo del reporte hay un resumen de los desembolsos relacionados a los aportes de capital, ellos fueron destinados a la ampliación del ciclo combinado Kallpa 4. Esto significa que Kallpa amplió su capacidad productiva efectivamente.
 - d. Verificó los aportes efectuados a Kallpa desde noviembre de 2009 hasta 26 de mayo de 2011 mediante el sistema financiero. Verificó la documentación de soporte sobre los US\$ 73 millones. De ellos se había capitalizado en el capital social US\$ 18 millones, mientras que el saldo estaba contabilizado como capital adicional.
 - e. En las cuentas contables, los aportes por el total de US\$ 73 millones se efectuaron en el tiempo. Primero se acreditaron US\$ 18 millones. Mientras el resto de los aportes no eran aun recibidos, se registraron una cuenta por cobrar. En la medida que los aportes se iban efectuando, la dicha cuenta iba disminuyendo y la cuenta caja iba aumentando. Así, al 26/05/2011, ya no había cuentas por cobrar.
49. Seguidamente, los representantes de las partes explicaron y ratificaron sus posiciones en la audiencia única. Ofrecemos a continuación una síntesis.
50. Kallpa se explicó así:
- a. QUIMPAC CORP es una empresa holding, es un inversionista que puede ceder su posición contractual a QUIMPAC SA (integrante del holding) que fue la empresa que efectivamente aportó los fondos de la inversión en Kallpa. Mientras que Química del Pacífico se fusionó en 1996 y se consolidó en Quimpac SA. Las cuentas bancarias de la primera no se cerraron, y de allí salió parte del dinero pagado a favor de Kallpa por cuenta de QUIMPAC SA.
 - b. El análisis de KPMG se ajustaba al cumplimiento de las obligaciones del convenio. La naturaleza del informe no fue una auditoría.
 - c. De acuerdo con informe, se produjeron efectivamente todos los aportes y se destinaron a la ampliación de la capacidad productiva de KALLPA. Pero el íntegro de los US\$73 millones no se reflejó en acciones. US\$ 18 millones ingresaron como aporte de capital social y dieron origen en valor nominal a 56 millones de acciones en soles. El resto ingresó a una cuenta de patrimonio, se registró como prima de capital o capital adicional, pero no originó emisión de acciones.
 - d. En tres documentos celebrados previos a la suscripción del convenio de estabilidad tributaria: el acuerdo de inversión, el acuerdo de junta general de accionistas y la escritura pública de aumento de capital, se estableció esta forma de inversión.
 - e. Pero ello no terminó de reflejarse en el convenio de estabilidad tributaria. Es importante señalar que ese instrumento es un convenio por adhesión, es un anexo de beneficios al inversionista extranjero y local del reglamento correspondiente. Se siguió este modelo que era muy simple.
 - f. Kallpa se pregunta ¿Le interesaba al Estado que el inversionista recibiera más o menos acciones? No, pues ese interés es solo del accionista. El Estado logró lo que buscaba,

El soporte ideal para su arbitraje

que se invirtiera efectivamente para que se ampliara la capacidad productiva de la compañía.

- g. El íntegro de estos aportes se destinó a la inversión productiva, en el ciclo combinado de Kallpa 4. Dado que ya existían antes de la inversión tres turbinas sin tapa, se perdía el vapor liberado en esas turbinas. El proyecto Kallpa 4 consistió en "tapar" las turbinas 1, 2 y 3 para que el calor recuperado (vapor que se perdía antes) sea direccionado a la nueva turbina 4 que, con la finalidad de que genere más electricidad para ampliar la producción de 570 a 870 mega watts. Todo ello efectivamente se hizo.
- h. Todo esto fue presentado en el año 2011 a Proinversión, pero el Estado reaccionó con una acción de fiscalización recién en el año 2017.
- i. Por otro lado, no existe jurídicamente una condición resolutoria tal como alega el Estado, existe una cláusula resolutoria de acuerdo con el Código Civil, facultad que el Estado no ejerció.
- j. En el Decreto Legislativo 662 se impone que en los convenios debe incorporarse una condición de resolución ante un supuesto incumplimiento. Este es un uso inadecuado del lenguaje jurídico. El decreto legislativo debe entenderse como referido al artículo 1430 del C.C.
- k. La doctrina ha sostenido que la condición resolutoria es en realidad una resolución por incumplimiento. Comentando el Código Civil de 1936, Manuel de la Puente dice que la teoría de la condición es una teoría desfasada. Ángel Gustavo Cornejo dice lo propio.
- l. El artículo 1430 obliga a notificar la resolución contractual, pero no dice que su incumplimiento acarrea nulidad. La comunicación previa es una forma de ejercer un derecho potestativo, puede o no puede ser ejercido. La resolución por incumplimiento es una solución drástica que el Código Civil exige que se comunique, para que la parte afectada pueda enterarse de lo que sucede y pueda ejercer sus derechos, máxime si se trata de un convenio por adhesión.
- m. El Estado ha sostenido recién en el año 2017 que el convenio está resuelto desde el año 2011, lo que no deja de ser sorprendente. Para evitar estas situaciones, el Código Civil impone una carga formal, la notificación. A criterio de Kallpa esta norma es imperativa.
- n. La protección de la buena fe debe socorrer a Kallpa. Los actos propios del Estado no deberían perjudicar a Kallpa. ¿Cómo es posible que pasen casi 7 años, con un Estado que se comporta reconociendo la existencia del convenio, ejerciendo derechos y pidiendo información, para que de repente anuncie que opera una resolución desde el año 2011?
- o. Si Kallpa pagó más o pagó menos impuestos, fue por un error al que contribuyó el estado por su propia conducta. Si la resolución se produjo en el 2011, lo pagado por encima del régimen general, desde esa fecha, debe devolverse porque se pagó por error y porque los efectos del convenio de estabilidad tributaria habrían cesado.

51. Proinversión y MINEM coincidieron en afirmar lo siguiente:

- a. El Decreto Legislativo 662 es una ley especial cuya aplicación prima sobre otras disposiciones. El artículo 10 establece que el Estado puede otorgar estabilidad del

El soporte ideal para su arbitraje

régimen tributario. El artículo 11 señala que solo pueden acogerse inversionistas que en un plazo de dos años cumplan con: efectuar aportes dinerarios, canalizados por sistema financiero nacional, que se capitalicen.

- b. Quimpac no solo debió hacer el aporte de capital por US\$18 millones, sino también por los US\$55 millones restantes. Kallpa debió emitir acciones a Quimpac por ambos montos en cumplimiento del Decreto Legislativo 662.
- c. Kallpa señala que habrían cumplido con los requisitos para mantener el convenio, mediante carta de 4/11/2011. Aquí se puede apreciar solamente el pago de un aporte parcial de US\$ 18 millones.
- d. Además, PROINVERSIÓN ha cuestionado que Química del Pacífico es una empresa distinta a Quimpac SA. El aporte efectuado por Química del Pacífico no acredita el cumplimiento de Quimpac.
- e. Conforme al Decreto Legislativo 662, KALLPA debía emitir acciones por US\$ 73 millones, esto no se ha cumplido pues no hubo una junta general de accionistas ni una escritura pública de aumento de capital correspondiente. Tampoco se ha cumplido la obligación de contabilizar dichos aportes en la cuenta de capital social.
- f. Mediante un convenio de estabilidad, la empresa receptora estabiliza el pago de impuesto a la renta y el accionista sabe cómo calcular su distribución de dividendos para el inversionista. Es relevante que los aportes sean capitalizados en la cuenta de capital social, porque es esta cuenta la que determina el cálculo de los dividendos a distribuirse.
- g. Aplicar la condición resolutoria seis o siete años después es una facultad legal del Estado, sin requisito de comunicación previa, que se retrotrae a la fecha del incumplimiento.

Alegatos Escritos

- 52. El 4 de marzo de 2019, KALLPA, PROINVERSIÓN y MINEM cumplieron con presentar sus alegatos escritos, en los que insistieron en las posiciones ya reseñadas.
- 53. Además, en sus alegatos KALLPA sostiene que el Estado malinterpreta la cláusula novena del convenio, de forma tal que le permitiría no devolver aquellos pagos en exceso que KALLPA hubiere realizado luego de la supuesta resolución del convenio el 17 de noviembre de 2011.
- 54. Se pregunta: ¿Si el Estado entiende erróneamente que el convenio se resolvió en el 2011, cómo así entiende a la vez que los pagos posteriores que KALLPA hizo hasta el 2016 los hizo *por efecto del presente convenio*? Dicha tesis sufre de una inconsistencia insólita.
- 55. Sobre la tesis del Estado que señala que KALLPA había presentado asientos contables del libro diario asociados a la cuenta contable 14 "cuentas por cobrar", generando duda acerca de si los aportes ingresaron o no a las cuentas de KALLPA, dicha "inconsistencia" es solo aparente. Según lo explicado por Kallpa en audiencia única, el registro del aporte en el tiempo se efectuó de la siguiente manera:

(i) En el asiento inicial se registraron:

El soporte ideal para su arbitraje

- Cuenta 10461 – Cuenta del activo – cuenta caja: los US\$ 18,431,242.00 que efectivamente entraron a las cuentas de la sociedad como consecuencia del aumento de capital acordado en la Junta General de Accionistas del 12 de noviembre de 2009.
- Cuenta 14401 – Cuenta del activo – cuenta por cobrar a accionista: el saldo remanente de US\$55,293,725.00
- Cuenta 50101 – Cuenta patrimonial – capital social: los US\$ 18,431,242.00
- Cuenta 56101 – Cuenta patrimonial – capital adicional: los US\$55,293,725.00 pendientes de aportar por Quimpac, y que tenía un cronograma de pago.

(ii) En el asiento del 1 de marzo de 2010 se registraron:

- Cuenta 10461 – Cuenta del activo – cuenta caja: incremento en US\$3,852,390.00
- Cuenta 14401 – Cuenta del activo – cuenta por cobrar a accionista: disminuye en la misma cantidad.

(iii) En el asiento del 31 de mayo de 2010 se registraron:

- Cuenta 10461 – Cuenta del activo – cuenta caja: incremento en US\$ 5,560,934.00.
- Cuenta 14401 – Cuenta del activo – cuenta por cobrar a accionista: disminuye en la misma cantidad.

(iv) Este incremento de la cuenta caja y la sucesiva disminución de la cuenta por cobrar a accionistas se produjo contra los pagos efectuados por Quimpac hasta completas los US\$55,293,725.00 pendientes, como se evidencia en el resumen de los asientos contables del libro diario de KALLPA.

56. Esta explicación permite saber cómo KALLPA movió las cuentas “por cobrar” y “caja”, pero no informa sobre cómo se contabilizó el aumento del capital social. Cuando Proinversión solicitó dicha información de los respectivos asientos contables Kallpa no entregó dicha información.

57. En la misma fecha, MINEM presentó sus alegatos escritos, ratificando en su mayoría los argumentos de PROINVERSIÓN.

58. La entidad enfatiza que el problema que originó la controversia está relacionado a la fecha en la cual el convenio habría dejado de surtir efectos, ya sea desde el 17 de noviembre de 2011, según lo sustentado por el Estado, o el 27 de diciembre de 2016, según lo manifestado por KALLPA, lo cual tiene como factor determinante el cumplimiento de las obligaciones asumidas por KALLPA.

59. La pretensión subordinada de la demanda debe ser desestimada por el tribunal arbitral, toda vez que si KALLPA hubiera soportado una carga fiscal mayor por efecto del convenio, no existe obligación de reembolso de suma alguna de parte del Estado.

60. MINEM sostuvo también en la audiencia única que, tras la exposición del representante de KPMG, ha quedado acreditado que, efectivamente KALLPA no ha cumplido con la obligación prevista en la cláusula segunda del convenio, dado que de los aportes recibidos de QUIMPAC de solo US\$18,431,242.00 fueron ingresados a la cuenta de capital social y que la suma restante, es decir el monto equivalente a US\$55,293,725.00, fue ingresada a la cuenta de capital adicional y no de capital social.

El soporte ideal para su arbitraje

Plazo para laudar

61. De conformidad a lo establecido en la regla 43 del acta de instalación, vencido el plazo para la presentación de los alegatos escritos, el Tribunal Arbitral tendrá un plazo para laudar de veinte (20) días hábiles. Dicho plazo de presentación de Alegatos venció el día 4 de marzo de 2019, por lo cual, ha llegado el momento de hacerlo.

Análisis de las pretensiones:

62. Las partes han presentado y debatido a lo largo del proceso sus posiciones. Ellas tienen que ver con las pretensiones que reordenamos ahora desde la perspectiva cronológica. Por ello vamos a analizar las siguientes cuestiones:

- a. ¿El convenio del año 2010 tuvo vigencia hasta el 17/11/2011? Esta es la pretensión central del estado.
- b. Por el contrario, ¿el convenio de 2010 extendió su vigencia hasta el 26/12/2016? Esta es la pretensión central de Kallpa.
- c. En el caso en que el convenio haya terminado el 17/11/2011, ¿cuál es el régimen jurídico vigente y aplicable a Kallpa sobre impuesto a la renta desde el día siguiente a la fecha señalada?

¿El convenio de estabilidad tributaria del año 2010 tuvo vigencia hasta el 17/11/2011?

63. Para el jurista Jorge DANÓS (2013, pág. 261), los convenios de estabilidad tributaria son institutos que se fundan en **la necesidad del Estado de promover la inversión de capital privado** en los distintos sectores de la economía del país, mediante los cuales el Estado otorga a los co-contratantes determinadas seguridades jurídicas que implican reconocerles un estatuto jurídico particular, convirtiendo en inalterables las reglas jurídicas vigentes al momento de suscripción del contrato, de tal suerte que aún fueren modificadas o derogadas dichas reglas durante las vigencia del contrato por actos del Estado, no le serán aplicables.

64. Es la propia Ley la que le ha otorgado dicha naturaleza a los convenios de estabilidad jurídica, conforme lo señala el artículo 39° del Decreto Legislativo N°757 – Ley marco para el crecimiento de la inversión privada – cuyo texto normativo es el siguiente:

Artículo 39.-

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 partes.

65. Los requisitos para el otorgamiento de un régimen de estabilidad jurídica se encuentran regulados por los D.L. N°662 y D.L. N°757.
El artículo 11° del D.L. N°662, establece lo siguiente:

El soporte ideal para su arbitraje

Artículo 11.- Sólo podrán acogerse al régimen establecido en el artículo anterior, los inversionistas extranjeros que se obliguen a cumplir en un plazo que no excederá de dos años contados a partir de la fecha de celebración del convenio respectivo:

a) **Efectuar aportes dinerarios, canalizados a través del sistema financiero nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse con sujeción a la ley peruana o realizar inversiones de riesgo que formalice con terceros, por un monto que no sea inferior a US\$ 2,000,000.00: ...**

La vigencia del régimen de estabilidad se iniciará en la fecha en que se celebre el convenio el cual incluirá, bajo responsabilidad, la condición resolutoria expresa que en caso de incumplimiento de los aportes, su reducción o su transferencia a terceros, deje sin efecto dicho Convenio con las penalidades consiguientes y el pago de los tributos que se hubieran dejado de pagar al Fisco.

66. Ahora bien, sabemos que Kallpa Generación S.A. y el Estado Peruano suscribieron un convenio de estabilidad jurídica el 16 de diciembre de 2010 regulado por el Decreto Legislativo N°662, título II y el Decreto Legislativo N°757, capítulo I y título V, para otorgar un régimen de estabilidad tributaria y laboral a favor de Kallpa en los siguientes términos, conforme a la cláusula segunda:

a. Emitir acciones representativas de su capital a favor de QUIMPAC contra la recepción de los aportes que QUIMPAC deberá efectuar por un monto de USD 73,724,967.00 en un plazo no mayor de dos años, contado a partir del 18 de noviembre de 2009, fecha del título habilitante.

b. Asegurar que los aportes, a que se refiere el Numeral 1 sean canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, conforme deberá constar en la certificación que emita el banco interviniente en la operación.

c. Destinar los aportes, a que se refiere el numeral 1, a la ampliación de su capacidad productiva.

67. La cláusula tercera, el Estado se obligó a garantizar estabilidad jurídica, tanto en el régimen tributario de impuesto a la renta como en los regímenes de contratación de los trabajadores de Kallpa.

68. Kallpa garantizó que la nueva inversión referida en la cláusula segunda, supera al 15 de noviembre de 2009, el 50% de su capital y reservas; también se comprometió a acreditar, según la cláusula cuarta, dentro del plazo establecido,

a. **Que cumplió con recibir el aporte por dicho monto mediante la presentación del Testimonio de Escritura Pública de Aumento de Capital** y modificación de estatutos de Kallpa, inscrito en el registro correspondiente, la certificación que emita el banco interviniente en la operación y **el respectivo asiento contable de capitalización**, además de acreditar haber destinado la inversión a su capacidad productiva.

b. Acreditar que la nueva inversión ha sido efectivamente destinada a la implementación de su capacidad productiva mediante la presentación del correspondiente informe de auditoría, el cual quedará sujeto a fiscalización posterior [énfasis agregado].

69. La información que presentara Kallpa para la acreditación del cumplimiento de sus obligaciones se encontraría sujeta a fiscalización posterior del Estado. Este es un punto

El soporte ideal para su arbitraje

importante, pues Kallpa ha interpretado durante el arbitraje que “la tesis del Estado de que el convenio se resolvió desde el 17 de noviembre de 2011 no es coherente con sus actos, considerando que en los oficios de fechas 10, 1 y 25 de julio y el del 8 de agosto del 2017 se le requirió subsanar las observaciones a los asientos contables bajo apercibimiento de resolver el convenio”. Sin embargo, esas comunicaciones no anuncian que el convenio está vigente, sino que reflejan la facultad general de fiscalización de la entidad. De acuerdo al propio convenio, si el inversionista incumple alguna de sus obligaciones, opera la condición resolutoria del convenio.

70. Kallpa ha insistido durante el arbitraje que efectivamente cumplió con las transferencias de aportes de QUIMPAC a KALLPA por la suma total de 73'724,967.00 Dólares Americanos. PROINVERSIÓN ha cuestionado parte de dichos aportes sosteniendo que no provinieron de cuentas bancarias de QUIMPAC sino de QUÍMICA DEL PACÍFICO, tercero no incorporado como parte del convenio de estabilidad tributaria.
71. Kallpa ha insistido también a lo largo del arbitraje, en que cumplió con la presentación del testimonio de escritura pública y la capitalización de los referidos aportes. Ha explicado que solo existe una escritura pública en el tiempo de ejecución del convenio, sobre el único aumento de capital efectuado, que corresponde al realizado en noviembre de 2009, posterior al acuerdo de inversión. Y ha explicado que esa escritura sirvió como elemento que justificó la decisión del Estado de incluir a Kallpa en el programa de estabilidad tributaria.
72. Kallpa ha admitido que la redacción del convenio, en particular el lenguaje empleado en el mismo, no es el que mejor refleja esta situación. Ha explicado que Kallpa tuvo que suscribir el convenio con esa redacción pues era un formato anexo al reglamento de la ley de la materia, formato cuya redacción no estuvo en capacidad de negociar. Pero en el formato dejó huella del acuerdo de inversión y de la única escritura pública preexistente en que se dispuso del aumento de capital gracias a la inversión efectuada por QUIMPAC.
73. Siguiendo dicha línea de argumentación, Kallpa habría cumplido con las obligaciones de la cláusula segunda: a) emitir acciones por un valor de US\$ 73'724,967.00 Dólares Americanos, b) asegurar la inversión mediante aportes bancarios acreditados y c) destinar tales aportes a la ampliación de la capacidad productiva.
74. Además, se habría cumplido con las obligaciones de la cláusula cuarta: a) la elevación a escritura pública que refleje el aumento de capital y b) el registro contable de tal capitalización. Aquí es donde Kallpa se ha empeñado en demostrar que no necesitaba una segunda escritura pública, sino que la única existente en el proceso de inversión y capitalización era la de noviembre de 2009.
75. Sin embargo, Proinversión ha cuestionado esta lectura de dicha cláusula, y por ello ha formulado reservas a lo largo del arbitraje, sosteniendo que Kallpa estaba obligada a presentar una nueva escritura pública de aumento de capital dando por cumplidos los aportes fijados en el cronograma de pagos de la escritura de 2009, por un lado, y presentar los asientos contables que capitalizaron dichos aportes, documentación que Kallpa no ha aportado ni a Proinversión primero ni en el decurso del arbitraje después. Kallpa ha sostenido que estas dos eran meras obligaciones formales, pero que el propósito esencial del Estado en el convenio se ha alcanzado plenamente: el

El soporte ideal para su arbitraje

estímulo para la inversión que Kallpa efectivamente cumplió, con la ampliación de la capacidad productiva de su planta.

76. Kallpa presentó a Proinversión el 4 de noviembre de 2011, el informe de KPMG denominado "Informe sobre el resultado de la aplicación de procedimientos convenidos sobre la cláusula cuarta, inciso 2, del convenio de estabilidad jurídica del 16 de noviembre de 2010". Con él, pretendió dar cumplimiento a las obligaciones convencionales que había asumido. Es cierto que dicho documento no tuvo respuesta del Estado sino años después.

77. El 27 de diciembre de 2016, Kallpa renunció al convenio de estabilidad jurídica. El 10 de junio de 2017, el Estado imputó el incumplimiento de las obligaciones convencionales de Kallpa sobre capitalización en los siguientes términos:

...KALLPA GENERACIÓN remitió a PROINVERSIÓN con fecha 04 de noviembre de 2011 copias legalizadas del libro diario de los últimos 7 asientos contables correspondientes a un aporte ascendente a S/154,998.40 ... **equivalentes a USD 55,293,726...**, los cuales se encuentran asociados a la cuenta contable 14 (cuentas por pagar) ... (Resaltado nuestro).

78. Ante la omisión de Kallpa de levantar estas observaciones, el 6 de febrero de 2018 el Estado resolvió el convenio de manera retroactiva al **17 de noviembre de 2011**, indicando lo siguiente:

...Conforme a lo expuesto, el CONVENIO celebrado con KALLPA GENERACIÓN S.A. el 16 de noviembre de 2010, se encuentra **RESUELTO** desde el 17 de noviembre de 2011, **por no haber cumplido con la obligación establecida en el numeral 1 de la cláusula segunda del convenio...** [la emisión total de acciones por los US\$ 73 millones] (Resaltado nuestro).

79. Kallpa ha pedido al tribunal que declare que el convenio dejó de surtir efectos desde el 26 de diciembre de 2016, fecha en que comunicó su renuncia, alegando haber cumplido con sus obligaciones convencionales. En ese marco, ¿Kallpa efectivamente cumplió o no con sus obligaciones derivadas de la cláusula segunda del convenio que debe leerse sistemáticamente con la cláusula cuarta del mismo?

80. Dicha cláusula estipula la siguiente obligación:

Emitir acciones representativas de su capital a favor de QUIMPAC contra la recepción de los aportes que QUIMPAC deberá efectuar por un monto de USD 73,724,967.00 en un plazo no mayor de dos años, contado a partir del 18 de noviembre de 2009, fecha del título habilitante.

81. En la escritura pública de aumento de capital de 18/11/2009, se insertó el acta de la Junta General de Accionistas N°1, acordándose lo siguiente:

- ✓ Aumentar capital social por capitalización de utilidades
- ✓ Aumentar capital social por capitalización de créditos
- ✓ Aumentar capital social por nuevos aportes en efectivo de parte de INKIA
- ✓ **Aumentar capital social por nuevos aportes en efectivo de Quimpac**

82. Se dejó constancia de lo siguiente:

El soporte ideal para su arbitraje

(...)

1.1 Aumentar el capital social por capitalización de utilidades correspondientes al año 2008 por la suma de **S/11,034,759.00**, en ese sentido, el capital social de la sociedad aumentará de **S/130,124,942.00** a **S/141,159,701.00** mediante la creación de 11,034,759.00 acciones comunes con derecho a voto, de valor nominal S/1.00 (un nuevo sol) cada una, las cuales son **íntegramente suscritas y totalmente pagadas** de conformidad con el acta de la junta.

1.2 Aumentar el capital social, por capitalización de los créditos que mantenía el accionista Inkia Holdings (Kallpa) Limited ascendentes a **S/19,265,006.00** soles, en ese sentido, el capital social de la sociedad se incrementará de **S/141,159,701.00** a la nueva suma de **S/160,424,707.00** mediante la creación de 19,265,006.00 acciones comunes con derecho a voto, de valor nominal S/1.00 cada una, **íntegramente suscritas y totalmente pagadas**.

1.3 Aumentar el capital social por nuevos aportes en efectivo del accionista Inkia Holdings (Kallpa) Limited en la suma de **S/8,101,378.00**, así el capital social de la sociedad aumentará de la suma de **S/160,424,707** al nuevo monto de **S/168,526,085.00** mediante la creación de 8,101,378.00 acciones comunes con derecho a voto, de valor nominal S/1.00 cada una, **las cuales se encuentran íntegramente suscritas y pagadas**.

1.4 Aumentar el capital social por nuevos aportes en efectivo de **QUIMPAC S.A.** por la suma de **S/56,475,364.00**. En ese sentido, el capital social de la sociedad aumentará en **S/168,526,085** a **S/ 225,011,449.00** mediante la creación de 56,475,364 acciones comunes con derecho a voto, de valor nominal S/1.00 cada una, **las cuales se encuentran íntegramente suscritas y serán pagadas de la siguiente manera:**

- (i) **El 25% del valor nominal de cada una de las acciones a emitirse** (Es decir, un monto equivalente a S/14,118,841.99) mediante el depósito en efectivo de dicho monto en la fecha del día de cierre (conforme este término es definido en el acuerdo de inversiones que consta como anexo del acta de junta¹; y
- (ii) **El 75% del valor nominal de cada una de las acciones a emitirse** (es decir, un monto equivalente a S/42,356,523.00 en los plazos y términos señalados en el acuerdo de inversiones; y en el cronograma que constan como anexo del acta de la junta).

1.5 Establecer que la prima de capital proveniente de la suscripción de acciones por parte de **QUIMPAC S.A.** a un valor de colocación mayor, según lo señalado en el acta de la junta, ascendente a **S/155, 631,365.74** será pagada de la siguiente manera:

- (i) El 25% es decir, un monto equivalente a S/38,907,842.435, En la misma fecha y condiciones que se realice el pago descrito en la sección 1.4 (i) Precedente; y,
- (ii) El 75% es decir, un monto equivalente a S/ 116,723,524.305, en la misma fecha y condiciones en las que se realice el pago descrito en la sección 1.4 (ii) precedente [énfasis nuestro].

83. Cabe anotar que de la sumatoria de los aportes realizados en los numerales 1.1 al 1.4 de la acotada escritura pública, se puede observar que fines del año 2009,

¹ Este anexo no ha sido presentado.

El soporte ideal para su arbitraje

el capital social de Kallpa ascendía a la suma de S/225,011,449.00 de los cuales se encontraba aún pendiente de pago el monto de S/ 42,356.523.00.

84. El monto total de aportes comprometidos por QUIMPAC, obtenido de la sumatoria de los antedichos numerales 1.4 y 1.5 fue de S/ 212,106,729.74. Al tipo de cambio de la fecha que ascendía a S/2.88², era un monto equivalente a USD 73,724,967.00 (en adelante, los US\$ 73 millones comprometidos).
85. Sin embargo, el Estado ha cuestionado dicho instrumento público alegando que como se puede leer claramente de los párrafos 1.4 y 1.5:

(...)

aparece inserto en dicha escritura pública el Acta de Junta General de Accionistas N°1 celebrada el 12 de noviembre de 2009, en el que se señala que los inversionistas realizarán el pago de las sumas comprometidas en dicha Junta General de Accionistas, **el 25% del valor nominal de cada una de las acciones a emitirse, equivalente a USD 18,431,242.00**, mediante depósito en efectivo, y **el 75% del valor nominal de cada una de las acciones a emitirse**, es decir un monto equivalente a USD 55,293,725.00, debiendo hacerse efectivo el pago en los plazos y términos señalados en el acuerdo.

Como podrá advertir claramente, KALLPA habría recibido como aporte de capital por parte de QUIMPAC S.A únicamente la suma de USD 18,431,242.99 quedando pendiente acreditar el saldo, esto es, la suma de USD 55,293,725.00... [énfasis nuestro].

86. Sabemos que el 75% del saldo de la inversión se pagaría en los plazos y términos establecidos en un cronograma anexo al acta de la junta. No debemos perder de vista que, según el artículo 84° de la Ley General de Sociedades³, las acciones sólo se emiten una vez que han sido suscritas y pagadas en por lo menos el 25% de su valor nominal.
87. Por otro lado, en el informe de KPMG de 16/09/2011 antes citado, dicha empresa auditora dejó constancia de lo siguiente:

... Hemos aplicado los procedimientos convenidos con ustedes, que se describen en este informe, sobre la información proporcionada por Kallpa Generación S.A. (en adelante, la compañía), la cual está resumida en el cuadro resumen de utilización de fondos que se presenta en el anexo adjunto.

Nuestro compromiso fue asumido de conformidad con la Norma Internacional de Servicios Relacionados 4400 (ISRS 4400) aplicable a revisiones de procedimientos convenidos. Los procedimientos fueron realizados solamente para asistirlos en su evaluación de los aportes de capital US\$73,724,967 relacionados con la ampliación de la capacidad productiva de la compañía, en cumplimiento de la cláusula cuarta, inciso 2 del convenio de estabilidad jurídica suscrito entre Kallpa Generación S.A. y El Estado Peruano, representado por la Agencia de Promoción de Inversión Privada – Proinversión, el 16 de noviembre de 2010 (el Convenio).

Tales procedimientos convenidos se resumen a continuación:

² https://www.deperu.com/tipo_cambio/historico/2009/

³ Aprobada por Ley N°26887 y sus respectivas modificatorias.

El soporte ideal para su arbitraje

a. Leímos el convenio de estabilidad jurídica suscrito el 16 de noviembre de 2010 entre Kallpa Generación S.A. y PROINVERSIÓN para entender los términos de referencia y acuerdos entre las partes.

b. Leímos el "Acuerdo de Inversiones" firmado entre Inkia Holding (Kallpa) Limited y Quimpac Corp S.A.C. el 19 de octubre de 2009, con la intervención de Inkia Energy Limited y la Compañía de donde surge el requerimiento de aporte de capital de Quimpac Corp S.A.C. por un total de US\$ 73,724,967 (énfasis nuestro).

c. Inspeccionamos la aprobación del acuerdo de capitalización de aportes de capital en efectivo por un total de US\$73,724,967 realizados entre el 16 de noviembre de 2009 y el 26 de mayo de 2011 con el Acta de Junta General de Accionistas de Kallpa Generación S.A. de fecha 12 de noviembre de 2009.

d. Inspeccionamos los depósitos bancarios por un total de US\$73,724,967., que se realizaron en las fechas descritas a continuación y comparamos los montos con los estados bancarios de las instituciones financieras designadas por la Compañía.

e. Cotejamos el registro contable de los aportes de capital descritos en el punto d) precedente con la cuenta capital social de Kallpa Generación S.A.

f. Respecto al detalle de la utilización de los aportes de capital por US\$73,724,967, preparado por la compañía, según el anexo adjunto (páginas 2 a 6), aplicamos los siguientes procedimientos:

- Cotejamos la fecha, nombre de proveedor e importes con las facturas respectivas.
- Cotejamos los desembolsos efectuados con los estados de cuenta bancarios.
- Inspeccionamos que los desembolsos efectuados hayan sido registrados en la cuenta contable Obras en Curso

(...)

Este informe se emite únicamente para el propósito expuesto en el segundo párrafo y para información a los accionistas, directorio y gerencia de Kallpa Generación S.A. y para Proinversión y no debe ser usado para ningún otro propósito ni ser distribuido a personas u organizaciones no acordadas.

88. Sin embargo, en el acápite denominado "**Notas al Resumen de Utilización de Fondos**" del mismo informe, el auditor declaró:

"... (2) Capital Social

Al 30 de junio de 2011, el capital social de la compañía está representado por **225,001,449** acciones comunes, **íntegramente suscritas y parcialmente pagadas**, cuyo valor nominal es de un nuevo sol cada una (equivalente aproximadamente a US\$0.333) ... [énfasis nuestro].

89. Esta declaración del propio auditor, contratado por Kallpa quien ha aportado esta prueba al arbitraje, reconoce que, agotados los plazos y términos señalados en el acuerdo de inversión para pagar el 75% de las acciones a emitirse del capital social, las acciones integrantes de dicho capital social estaban solo parcialmente pagadas.

El soporte ideal para su arbitraje

90. ¿Es relevante que QUIMPAC haya cumplido con pagar el íntegro de las acciones que representan el capital social de Kallpa, o es esta una mera formalidad?
91. El influyente Manual Societario editado hace mucho y actualizado anualmente entre nosotros por la editorial Economía y Finanzas, dice sobre la función de garantía del capital social lo siguiente (Manual Societario, pág. 65):

El capital social representa una garantía para los acreedores sociales, en cuanto su señalamiento implica que deben existir en la sociedad activos que superan a sus deudas por lo menos en monto igual a aquél. Cuanto más elevado sea el capital social mayor será la garantía de cobertura del pasivo que él brinda.

Aumentar el capital social es hacer que los activos respondan por el mismo en mayor cuantía que antes. Ello es de indudable beneficio para los acreedores sociales toda vez que el capital social es la cifra hasta por la cual, en garantía de aquellos, los bienes de la sociedad deben exceder a sus deudas y no son (a diferencia de utilidades) de libre de disposición de los socios.

Además de incidir en el patrimonio social, el aumento del capital lo hace en las alícuotas en que éste se halla dividido y representado, o sea en las acciones, incrementando su número o su valor nominal. En cuanto inciden en el patrimonio social, el aumento afecta a los acreedores sociales actuales y futuros, por lo que la ley vela por la efectiva integración del nuevo capital. En lo tocante a su repercusión en las acciones, es preocupación de la ley que, en principio, el aumento no afecta la participación relativa de los accionistas en el capital social sin su consentimiento.

92. El jurista Ulises MONTOYA MANFREDI (2004, pág. 260) sostiene que, **en el caso de aumento por nuevos aportes, el acuerdo de emisión obliga a que se fije las condiciones en las que ha de pagarse la parte del capital que no se desembolsa al suscribirlo.** Es requisito previo que la totalidad de las acciones suscritas, cualquiera sea la clase a la que pertenezcan, estén totalmente pagadas.
93. El Estado ha sostenido que el informe de KMPG de ningún modo acredita el cumplimiento de las obligaciones de KALLPA; lo único que demuestra es el aporte inicial de USD 18 431,241 del 16 de noviembre de 2009, ya que de los demás aportes no se tiene certeza de que sean fidedignos. Sin embargo, Kallpa ha producido prueba suficiente sobre las transferencias bancarias sobre dichos aportes, transferencias que han sido acreditadas y cuyos montos no han sido cuestionados por el Estado.

94. El resumen de los aportes conforme al informe de KPMG es el siguiente:

	<u>EN US\$</u>
- Aporte de capital del 16 de noviembre de 2009 en el BCP	18,431,241
- Aporte de capital del 1 de marzo del 2010 en el BCP	3,852,390
- Aporte de capital del 31 de mayo del 2010 en el BCP	5,560,934
- Aporte de capital del 31 de agosto de 2010 en el BCP	6,501,125
- <u>Aporte de capital del 30 de noviembre de 2010 en el BCP</u>	<u>9,996,719</u>
- <u>Aporte de capital del 29 de diciembre de 2010 en Citibank del Perú</u>	<u>15,000.000</u>
- <u>Aporte de capital del 25 de febrero de 2011 en el BCP (Química del Pacífico)</u>	<u>3,979,560</u>
- <u>Aporte de capital del 26 de mayo de 2011 en el BCP</u>	<u>10,312,998</u>
	<u>73,724,967</u>

95. El Estado ha resaltado en el arbitraje que en el literal b) del informe de KPMG se deja constancia de que el acuerdo de inversiones fue firmado por "Quimpac Corp S.A.C., cuando la empresa inversionista es QUIMPAC S.A., dos personas jurídicas completamente distintas. Sin embargo, conforme al acuerdo de inversiones de 19 de octubre de 2009 (anexo A2), celebrado entre INKIA y QUIMPAC CORP S.A.C., el inversionista es este último.

96. En el caso de las constancias emitidas por el BCP los días 3 de diciembre de 2009 y 22 de julio de 2011 (anexo B4), todas señalan que el remitente del aporte es QUÍMICA DEL PACÍFICO S.A.C. persona jurídica distinta a Quimpac, ha sostenido el estado durante el arbitraje. Sin embargo, Kallpa ha explicado que esa empresa fue fusionada en QUIMPAC S.A. y que, por algún motivo, siguió figurando como titular de una de las cuentas bancarias de QUIMPAC, afirmación que no ha sido contradicha por el Estado.

97. Sobre la ampliación de la capacidad productiva de Kallpa, como producto de las inversiones efectuadas, en el informe de KPMG se detalla el tipo de inversiones productivas que se realizaron, inversiones que no han sido cuestionadas por el Estado, ni por escrito ni en la audiencia única celebrada el 28 de febrero del 2019.

98. Sin embargo, a pesar de que KPMG sostiene y acredita tanto la realización de los aporte dinerarios por US\$ 73 millones, como de la inversión efectuada para ampliar la capacidad productiva de Kallpa, también ha acreditado que el capital social de Kallpa no estaba íntegramente pagado ni que se había emitido dichas acciones, como era una principal obligación convencional asumida, y no cumplida, por Kallpa.

99. Cabe hacernos la siguiente pregunta: Si el aumento de capital ya se había efectuado casi un año antes (año 2009) de la celebración del convenio de estabilidad (año 2010), ¿por qué en dicho convenio se estableció la obligación de Kallpa de cumplir un cronograma de pagos, de escriturar el aumento de capital y de entregar los asientos contables que prueben la capitalización de dicho monto?

El soporte ideal para su arbitraje

100. Kallpa ha intentado explicar que esto se debe a una mala técnica legislativa recogida en el lenguaje del convenio, que era un simple formato del anexo reglamentario correspondiente. Sin embargo, el Estado no ha tolerado esa explicación, y ha seguido reclamando tanto por la Escritura Pública de aumento de capital como sobre la existencia de los asientos contables que Kallpa no ha cumplido con presentar.
101. Recordemos que hasta la fecha de la escritura de aumento de capital de 2009 la situación reflejaba un capital social ascendente a 255 millones de soles, del cual estaba pendiente de pago el monto de 42 millones de soles.
102. En el informe KPMG se consigna el hecho, sobre el que recae plena eficacia probatoria ante la ausencia de cuestionamiento alguno durante en el arbitraje, que, a la fecha de dicho informe, transcurridos los dos años para terminar de pagar la totalidad del capital social de 255 millones de soles, **tal monto estaba enteramente suscrito pero no estaba íntegramente pagado.**
103. Sumado a la propia declaración de Kallpa, este hecho demuestra que aquella no cumplió con asignar debidamente los aportes por 73 millones de dólares a la cuenta capital social. Además, habiendo sido objeto de prueba durante el arbitraje, Kallpa no ha entregado información al tribunal que demuestre contablemente tal hecho. Por estas razones, declararemos que Kallpa no ha cumplido con esta obligación contenida en el convenio de estabilidad tributaria.
104. Además, tal incumplimiento no es cuestión valadí. Ambas partes al firmar el convenio de estabilidad sabían perfectamente lo que estaban haciendo y los compromisos que estaban asumiendo. Eran y son dos partes sofisticadas, que contaron con debida asesoría de sus cuerpos legales, y que no introdujeron reserva alguna en el texto del convenio. Y no lo hicieron desde el año 2010 hasta el año 2018 en que surgieron las controversias. Durante 8 años, las partes adecuaron sus conductas a las estipulaciones contenidas en el convenio.
105. Sabemos que, conforme al artículo 168° del Código Civil, "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". Y que conforme al artículo 169°, las cláusulas "... se interpretan las unas por medio de las otras..."
106. Si el inversionista hubiera creído que había celebrado el convenio de estabilidad por error en la formación de su voluntad, asumiendo obligaciones que en realidad no quería asumir, hubiera interpuesto una acción de anulabilidad de esa parte del convenio, para ello tenía un plazo de dos años conforme al artículo 2001-4° del Código Civil. Pero no lo hizo. Así, en los hechos, renunció a tal acción. ¿Cuál es el efecto de tal renuncia? Conforme al artículo 231° del Código Civil, dicho acto no impugnado se entiende tácitamente confirmado.

¿El convenio de estabilidad 2010 extendió su vigencia hasta el 26/12/2016?

107. Aquí asistimos a una discusión jurídica interesante y muy pertinente, porque si Kallpa incumplió con una de sus obligaciones convencionales ¿desde qué momento queda resuelto el convenio de estabilidad?

108. Las partes nuevamente contienden sobre esta fecha. El Estado ha sostenido que debe operar la condición resolutoria expresa incorporada al mismo

El soporte ideal para su arbitraje

convenio, esto es, ante el incumplimiento de una o varias obligaciones del inversionista, el convenio quedaría automáticamente resuelto.

109. Kallpa, por su parte, ha dicho que esta conducta es abusiva, porque le genera indefensión. Ha dicho durante el arbitraje que, a pesar de existir una provisión literal sobre condición resolutoria expresa en el convenio, ello es asistemático desde el punto de vista del ordenamiento legal peruano, y que debe primar la provisión general del Código Civil, la cual establece la necesidad de una cláusula resolutoria, la misma que se active previa notificación a la parte supuestamente infiel del alegado incumplimiento. Tal notificación encarna la opción para que la parte afectada ejerza o no su derecho de defensa o de contradicción.
110. Ahora bien, ¿debe operar una simple condición resolutoria sin notificación previa, conforme con la regulación especial del Decreto Legislativo 662 y lo expresamente pactado por las partes en el convenio de estabilidad tributaria, o debe aplicar la regulación común prevista en el Código Civil, la misma que regula la figura de la resolución contractual con necesidad de notificación previa?
111. Las partes han tenido oportunidad de debatir la cuestión. Nos inclinamos por aplicar la norma especial por varias razones. Primero, porque es, precisamente, la regla especial recogida por las partes en el convenio. Si bien Kallpa se ha defendido diciendo que esto supuso, en los hechos, suscribir un contrato por adhesión, no hizo reserva alguna en ningún momento posterior durante la vigencia del mismo. Ello supone que, con sus propios actos, convalidó y ordenó su conducta conforme con la redacción del convenio. Sobre el particular ya hemos recordado las provisiones civiles aplicables y sus consecuencias.
112. Segundo, porque es la ley de la materia, el Decreto Legislativo 662, la que impone la condición resolutoria. Podría, eventualmente, ser buena o mala técnica legislativa, pero es la regulación especial, la misma que no ha sido cuestionada mediante acción constitucional alguna y que, por tanto, se mantiene válida y vigente en el ordenamiento jurídico, y se presume plenamente constitucional.
113. Tercero, porque aquí no se ha producido, como ha sugerido Kallpa, un caso abusivo o sorprendente que ha minado los derechos del inversionista sea emisor o receptor de la inversión. Kallpa aceptó los términos del convenio, contó con asesoría legal para ello en la medida en que no ha alegado lo contrario ni ha acreditado supuesto alguno de vicio u error en su manifestación de voluntad, aceptó todas las obligaciones en él contenidas, no formuló reserva alguna, -salvo lo indicado en el último párrafo de la cláusula cuarta del convenio, en donde se deja constancia de la inversión realizada en forma previa al convenio -, se benefició de la estabilidad tributaria y laboral comprometidas y sabía que, ante el incumplimiento de las mismas, perdería los beneficios conseguidos.
114. Kallpa no probó con el informe de KPMG, que los aportes de la inversión comprometida se reflejaron en el aumento de capital debidamente suscrito e íntegramente pagado en el plazo legal convenido. Por ello, al incumplir con esta condición, el remedio *ad hoc* previsto por ambas partes fue la resolución inmediata y sin necesidad de comunicación previa alguna. Este arreglo no resulta abusivo para ninguna de las partes porque lo conocieron y aceptaron. Por

contrario, es un remedio lógicamente proporcional frente al incumplimiento previsto convencionalmente.

115. Por otro lado, hagamos por un momento un ejercicio hipotético. Supongamos que el estado hubiera hecho una inmediata revisión del informe de KPMG en el año 2011, y que hubiera identificado el incumplimiento de la obligación tantas veces mencionada. Supongamos que hubiera notificado de inmediato a Kallpa, para que en el generoso plazo de 30 días hábiles cumpla con acreditar el cumplimiento de la emisión de acciones y capitalización íntegra de los US\$ 73 millones comprometidos. ¿Qué hubiera hecho Kallpa?
116. Si es consistente con su línea de argumentación durante el arbitraje, hubiera dicho que todas sus obligaciones sobre emisión de acciones y capitalización ya habrían sido satisfechas con la presentación del testimonio de escritura pública de aumento de capital del año 2009. Esto es precisamente lo que ha venido afirmando.
117. ¿Hubiera variado en algo sus situación la posibilidad de ser notificada del incumplimiento en el año 2011 y no en el año 2018? No, porque no ha sido capaz de presentar ni hechos ni pruebas nuevas. ¿Por qué? Porque este no es un caso donde las partes debaten la prueba de hechos. Los hechos han sido admitidos por ambas partes desde un inicio del arbitraje. Lo que las partes debaten es el significado de los hechos y si ellos, mediante la interpretación de las cláusulas convencionales, tales hechos suponen un cumplimiento o no del convenio de estabilidad tributaria.
118. Por estas razones, vamos a declarar infundada esta pretensión principal del demandante.

¿Cuál es el régimen jurídico vigente y aplicable a Kallpa sobre impuesto a la renta desde el 18 de noviembre de 2011?

119. Finalmente, queda el aspecto de si, resuelto el convenio de estabilidad el 17 de noviembre de 2011, Kallpa tiene derecho al tratamiento tributario del régimen general después de esa fecha. No nos cabe la menor duda de que así es.
120. Como criterio jurídico general, es por todos comprendido que los contratos y convenidos tienen efecto desde su suscripción hasta la fecha de su terminación. Los contratos no pueden tener efectos ultractivos, salvo que por alguna regulación especial ello tenga buen sentido jurídico.
121. A pesar de las altas tasas de informalidad que vive el país, de las que dan cuenta estudios económicos y sociales, toda persona natural o jurídica que como resultado de sus actividades económicas produzca una renta de fuente nacional o inclusive extranjera, está sujeta al régimen tributario general.
122. Conforme con el artículo 1-a° del Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta, el impuesto a la renta grava "a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos".

El soporte ideal para su arbitraje

123. Conforme con el artículo 6: "Están sujetas al impuesto la totalidad de las rentas gravadas que obtengan los contribuyentes que, conforme a las disposiciones de esta Ley, se consideran domiciliados en el país, sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora". Y conforme con el siguiente artículo, es una persona domiciliada la persona jurídica constituida en el país.

124. En el presente caso, dado que el convenio terminó por la propia resolución efectuada por el estado, desde el día siguiente Kallpa no puede vivir en incertidumbre ni limbo legal, sino que retorna a su posición de contribuyente regular, bajo el marco del régimen general. No entenderlo así sería abiertamente discriminatorio por falta de igualdad ante la ley, criterio inaceptable en un Estado de Derecho y un régimen jurídico bien fundado y ordenado.

125. Por esta razón, declararemos fundada la pretensión subordinada del demandante y la alegación del demandado, en este caso coincidente.

126. Finalmente, en la medida en que no hay una parte completamente vencida en el arbitraje, y atendiendo a que ambas partes han tenido razones para litigar, distribuiremos los costos de manera proporcional entre las partes intervinientes, tal como nos faculta el artículo 73-1° de la Ley de Arbitraje.

Decisiones

Primera: Declarar infundada la pretensión principal de la demanda.

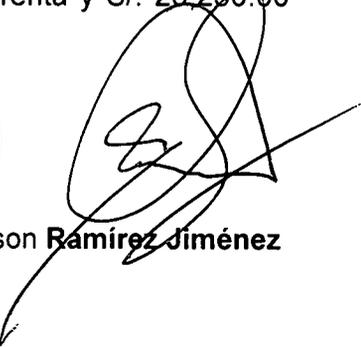
Segunda: Declarar fundada la pretensión subordinada a la pretensión principal. En consecuencia:

- a. Declaramos que el convenio de estabilidad tributaria suscrito por las partes en el arbitraje de fecha 16 de noviembre de 2010 quedó resuelto el día 17 de noviembre de 2011.
- b. Declaramos que el Estado sólo tiene derecho a no reembolsar el mayor pago de Impuesto a la Renta efectuado por Kallpa Generación S.A. mientras el convenio estuvo vigente dado que ésta se encuentra sometida al régimen tributario general bajo el imperio de la Ley de Impuesto a la Renta desde el día 18 de noviembre de 2011.

Tercera: Declaramos fundada en parte la pretensión sobre distribución de costos del arbitraje. Así, cada parte asumirá los costos de los honorarios del tribunal y los gastos de secretaría arbitral. En consecuencia, ordenamos a Proinversión reembolsar a Kallpa Generación S.A. la suma de S/. 103,500.00 más impuesto a la renta y S/. 26,250.00 más IG.V.


Alfredo ~~Arredondo~~ Castillo


Ricardo León Pastor


Nelson Ramírez Jiménez

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE