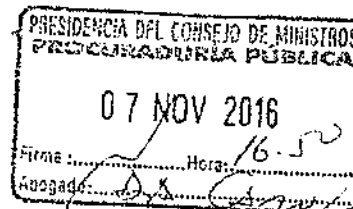


2016-257

Caso Arbitral Ad Hoc
CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.
AGENCIA DE LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS



- 07/11/2016
- 16:50
51

Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito el 24 de febrero de 1998

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN DE LAUDO

Destinatario: **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PÚBLICA – PROINVERSIÓN**
Dirección: Jr. Cusco 121, 4 Piso, Cercado de Lima
Atención: Procuraduría Pública

Por medio de la presente y en atención al proceso de la referencia, cumplimos con notificarles la Resolución No 17 de fecha 7 de noviembre de 2016 y que corresponde al laudo arbitral de derecho emitido por los doctores Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente), Fernando Cantuarias Salaverry (Árbitro) y Sandra Sevillano Chávez (Árbitro); decisión que resuelve de manera definitiva las controversias surgidas entre el Consorcio Transmantaro S.A. y el Estado Peruano, representado por la Agencia de Promoción de la Inversión Pública – PROINVERSIÓN y el Ministerio de Energía y Minas – MEM.

Para tal efecto acompañamos un ejemplar de la referida decisión, la misma que consta de cien (100) folios.

Finalmente, dejamos constancia que la presente notificación se realiza dentro de los plazos previstos en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 22 de agosto de 2016.

Fdo. Gonzalo García Calderón Moreyra, Presidente del Tribunal Arbitral, Fernando Cantuarias Salaverry, Miembro del Tribunal, Sandra Sevillano Chávez, Miembro del Tribunal, Alberto Molero Rentería, Secretario Arbitral Ad Hoc.

Lo que notificamos a ustedes de acuerdo a Ley.

San Isidro, 07 de noviembre de 2016.


Alberto Molero Rentería
Secretario Arbitral Ad Hoc

Arbitraje seguido entre

CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.

Y

ESTADO PERUANO

Representado por:

AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Y

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

LAUDO

Miembros del Tribunal.

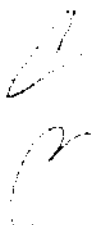
Dr. Gonzalo García Calderón, Presidente

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry

Dra. Sandra Sevillano Chávez

Secretaría Arbitral

Dr. Alberto Molero Rentería



50

Laudo Arbitral de Derecho
Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

RESOLUCIÓN N° 17

Lima, 7 de noviembre de dos mil dieciséis

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de febrero de 1998, el CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. (en adelante el CONSORCIO), suscribió con el Estado Peruano, representado por el Viceministro de Energía y el Secretario General de la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras – CONITE (actualmente, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN) el “Convenio de Estabilidad Jurídica” (en adelante el CEJ), con el objeto de que el Estado Peruano garantice al CONSORCIO la estabilidad jurídica de: 1) el régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el artículo 40º del Decreto Legislativo N° 757 – Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, y 2) los regímenes de contratación de los trabajadores del CONSORCIO, durante la vigencia del CEJ.
2. En la ejecución del CEJ ha surgido una controversia entre las partes sobre la extensión de la garantía de estabilidad jurídica otorgada que es materia del presente proceso arbitral.

II. EL PROCESO ARBITRAL

A. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Surgida la controversia entre las partes, el CONSORCIO designó como árbitro al doctor Fernando Cantuarias Salaverry.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

4. Del mismo modo, el Estado Peruano, por medio de PROINVERSIÓN y el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM), designó como árbitro a la doctora Sandra Sevillano Chávez.
5. Posteriormente, los árbitros designados nombraron como tercer árbitro al doctor Gonzalo García Calderón Moreyra, a fin de que integre y presida el Tribunal Arbitral.
6. Los tres árbitros anteriormente señalados instalaron el Tribunal Arbitral con fecha 22 de agosto de 2016.

B. EL CONVENIO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7. En la cláusula novena del CEJ, referida a la Solución de Controversias, se dispuso que cualquier litigio, controversia, o reclamación relativos a su interpretación, ejecución o validez serían sometidos a la jurisdicción y procedimiento arbitral establecidos en dicha cláusula.
8. En el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc se dispuso que, conforme a lo acordado por las partes, el presente arbitraje es ad hoc, nacional y de derecho.

C. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

9. Según lo establecido en la cláusula novena del CEJ, son de aplicación al presente arbitraje, las reglas establecidas en el Acta de Instalación y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante Ley de Arbitraje).

4a

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

10. Adicionalmente, se dispuso que en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva, del modo que considerase apropiado.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

11. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
12. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que los árbitros tienen facultad para determinar de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

IV. LA DEMANDA

13. Con fecha 26 de agosto de 2016, el CONSORCIO presentó su demanda, formulando las pretensiones que se transcriben a continuación:

"Pretensión Principal: Solicitamos que se declare que el Estado Peruano ha incumplido con su obligación prevista en la cláusula tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado entre el Consorcio Transmantaro S.A. y el Estado Peruano el 24 de febrero de 1998, debido a que ha modificado unilateralmente el régimen legal de depreciación estabilizado aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad del Consorcio Transmantaro S.A., al haber emitido y notificado la Resolución de Determinación No. 012-0030071706 y la Resolución de Multa No. 012-002-0028297, a través de su Administración Tributaria, en virtud de las cuales cambia de criterio en la aplicación del

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

régimen legal estabilizado aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctricas de nuestra empresa."

"Pretensión Accesoría a la Pretensión Principal: Solicitamos que se declare que, en virtud de la estabilidad del régimen tributario del Impuesto a la Renta vigente en el ejercicio 1998, que consagra la cláusula tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica y en tanto éste se mantenga vigente, Consorcio Transmantaro S.A. debe determinar la depreciación tributaria de sus Líneas de Transmisión Eléctrica bajo el régimen legal de depreciación estabilizado previsto en el artículo 40º de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por Decreto Legislativo No. 774 y el inciso b) del artículo 22º de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 122-94-EF, vigentes en el ejercicio 1998, tal como lo han aplicado las partes durante la ejecución del Convenio de Estabilidad Jurídica desde el ejercicio 1998."

A. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

14. Con fecha 24 de febrero de 1998, el CONSORCIO, en su calidad de empresa receptora de la inversión, celebró un Convenio de Estabilidad Jurídica con el Estado Peruano, representado por el Viceministro de Energía y el Secretario General de la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras – CONITE (actualmente, Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN).
15. De conformidad con el numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ, el CONSORCIO señala que el Estado Peruano se habría obligado a garantizar la estabilidad jurídica de, entre otros, el régimen tributario del Impuesto a la Renta vigente a la fecha de suscripción del CEJ.
16. Asimismo, de conformidad con la cláusula sexta del CEJ, el CONSORCIO afirma que dicho pacto no puede ser modificado unilateralmente por ninguna de las partes durante la vigencia del CEJ.
17. Sobre el particular, refiere que en el ejercicio 1998, la Ley del Impuesto a la Renta contemplaba dos regímenes distintos para conocer el desgaste de los

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

bienes del activo fijo del CONSORCIO. Por un lado, el artículo 39º de dicho cuerpo normativo establecía el régimen de depreciación para los bienes que calificaban como "edificaciones y construcciones", el cual consistía en la aplicación de una tasa fija de 3%, sin posibilidad de ser modificada. Por otro lado, el artículo 40º establecía el régimen de depreciación para los demás activos, el cual consistía en seis (6) tasas fijas de depreciación distintas, las cuales podían ser modificadas luego de seguir un procedimiento de autorización ante la Administración Tributaria.

18. Dentro de este marco, el CONSORCIO manifiesta que, durante los 18 años de vigencia del CEJ, ha aplicado las reglas del régimen legal establecido en el artículo 40º de la Ley del Impuesto a la Renta, el cual comprendió la aplicación de la tasa de depreciación fija de 10% a sus Líneas de Transmisión Eléctrica (en adelante LTE).
19. Al respecto, indica que la aplicación de dicho régimen legal habría sido reconocido por la SUNAT en las fiscalizaciones del Impuesto a la Renta de sus ejercicios 2001 y 2008, manifestando expresamente que la determinación del gasto por concepto de depreciación de sus LTE debía efectuarse bajo las reglas previstas en el artículo 40º de la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante LIR) estabilizada y el numeral 6 del inciso b) del artículo 22º del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante RLIR) estabilizado, aplicando la tasa de depreciación anual del 10%.
20. Sin embargo, después de 18 años de vigencia y aplicación del CEJ, el CONSORCIO alega que la SUNAT pretendería cambiar de criterio en cuanto al régimen legal de depreciación estabilizado aplicable a sus LTE, a través de la emisión de actos administrativos de determinación y de multa.
21. Sobre el particular, precisa que, mediante Resolución de Determinación Nº 012-003-0071706, la SUNAT habría determinado una supuesta omisión en la liquidación del Impuesto a la Renta de su ejercicio 2010, toda vez que las LTE

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

se debían depreciar legalmente bajo el régimen de depreciación establecido en el artículo 39º de la LIR estabilizada y en el inciso a) del artículo 22º del RLIR estabilizado, aplicando una tasa de depreciación anual única y fija de 3%.

22. Asimismo, refiere que la SUNAT notificó la Resolución de Multa N° 012-002-0028297, cuyo importe ascendía a la suma de S/. 0.00, debido a que el cambio de criterio de la Administración Tributaria ocasionaba que no proceda la aplicación de intereses ni sanciones, lo cual ratificaría nuevamente la aceptación expresa por parte de la SUNAT respecto a la modificación de las reglas de depreciación aplicadas durante los 18 años de vigencia del CEJ.
23. De conformidad con el numeral 1 de la cláusula tercera y la cláusula sexta del CEJ, el CONSORCIO alega que el Estado Peruano se habría comprometido a garantizar la estabilidad jurídica del régimen tributario del Impuesto a la Renta vigente al 24 de febrero de 1998, no existiendo posibilidad de modificarlo unilateralmente por ninguna de las partes durante la vigencia del CEJ.
24. A partir de ello, el CONSORCIO señala que tanto la Resolución de Determinación N° 012-003-0071706 como la Resolución de Multa N° 012-002-0028297, constituirían un supuesto equivalente al de una modificación legal del Impuesto a la Renta, el mismo que estaría comprendido dentro de la garantía de estabilidad jurídica.
25. En ese sentido, sostiene que el cambio de criterio de la SUNAT, contenido en los actos administrativos anteriormente referidos, estarían ocasionando el incremento de su carga tributaria, así como el aumento de su tasa efectiva del Impuesto a la Renta, vulnerando de ese modo la garantía de estabilidad jurídica, establecida en el numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

4A

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

26. El CONSORCIO sustenta su posición en las obligaciones asumidas por el Estado Peruano a través del CEJ, en el cual se le garantiza la estabilidad jurídica del régimen tributario del Impuesto a la Renta vigente al 24 de febrero de 1998, tal como lo establece la cláusula tercera del CEJ¹. Además, sostiene que la cláusula sexta del CEJ, prohíbe la modificación unilateral del mismo, durante su tiempo de vigencia.
27. El CONSORCIO alude al artículo 1357º del Código Civil, identificando a continuación que el Estado puede establecer garantías y seguridades, sustentando su decisión en razones de interés social, nacional o público. Adicionalmente a ello, sostiene que el artículo 39º del Decreto Legislativo N° 757, expresa con claridad que los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del mencionado artículo 1357º del Código Civil, por lo que el CONSORCIO sostiene que el CEJ, al ser un contrato con fuerza de ley, debe ser considerado como un contrato de carácter civil y no administrativo, y sólo podrá ser modificado o dejado sin efecto por acuerdo de las partes.
28. En cuanto a los alcances de la estabilidad jurídica del régimen del IR estabilizado a través del CEJ, el CONSORCIO sostiene que las cláusulas contractuales deben ser interpretadas teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 168º del Código Civil; es decir, de acuerdo con lo que se haya

¹ "TERCERA.- El ESTADO, en virtud del presente Convenio y mientras éste se encuentre vigente, se obliga a garantizar la estabilidad jurídica para el CONSORCIO TRANSMANTARO en los siguientes términos:

1. Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme con lo prescrito en el Artículo 40º del Decreto Legislativo N° 757, que implica que el Impuesto a la Renta que le corresponde abonar al CONSORCIO TRANSMANTARO no será modificado mientras se encuentre en vigencia el presente Convenio de 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 la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por el Decreto Legislativo N° 774 y normas modificatorias vigentes al momento de la celebración del presente convenio.

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

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

expresado en el CEJ. Así, para el CONSORCIO, la cláusula tercera del CEJ consigna claramente que "Dichas modificatorias no afectarán al CONSORCIO TRANSMANTARO, aunque se trate del aumento o disminución de las alícuotas de la ampliación o reducción de la base imponible o de cualquier otra causa de efectos equivalentes"; agregando que esta última expresión debe ser entendida como una referencia a una generalidad indeterminada de causas posibles de modificación que no deben afectar al CONSORCIO en virtud, precisamente, del régimen tributario estabilizado a través del CEJ. Estas causas son distintas a las modificaciones formales de la Ley del IR que modifican la base imponible o las alícuotas del IR pero que, en opinión del CONSORCIO, generan los mismos efectos equivalentes a dichas modificaciones y, por lo tanto, deben estar comprendidas dentro de la garantía de estabilidad jurídica.

29. El CONSORCIO también sustenta su posición, apelando a una interpretación sistemática de las cláusulas contractuales, específicamente, la cláusula tercera del CEJ, señalando que según el artículo 169º del Código Civil, las cláusulas deben interpretarse las unas por medio de las otras, debiendo atribuirse a aquellas cláusulas dudosas, aquella interpretación que resulte del conjunto de todas.

Partiendo de ello, sostiene que el numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ, señala que el régimen del IR debe ser aplicado en los mismos términos durante la vigencia del CEJ, no pudiéndose modificar las reglas de determinación del IR que el CONSORCIO debe abonar, con lo cual, afirma que la norma estabilizada comprende el sentido y el alcance de aplicación del régimen del IR, es decir, cómo se venía aplicando este régimen a la fecha de suscripción del CEJ.

30. El CONSORCIO señala que, este mismo criterio también se desprende del segundo párrafo del numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ, en el sentido que las modificaciones del régimen del IR estabilizado no deben afectar al CONSORCIO aunque se trate del aumento o disminución de alícuotas, de la ampliación o reducción de la base imponible o de cualquier otra causa de efectos equivalentes, lo que incluye aquellos cambios en los alcances de las

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

reglas de determinación del IR que pudiera efectuar el Estado a través de una interpretación administrativa, concretada en el presente caso, a través de una Resolución de Determinación y Resolución de Multa, pues dicha interpretación administrativa supone el aumento de la carga tributaria del IR, lo cual constituye un efecto equivalente al de una modificación legal del IR, que vulneraría la garantía de estabilidad jurídica.

31. El CONSORCIO alude también a la conducta contractual desplegada por las partes durante la vigencia del CEJ, haciendo referencia a que durante dieciocho años, las partes han venido aplicando el mismo criterio para el régimen legal de depreciación estabilizado aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctricas (LTE), es decir, el régimen previsto en el artículo 40º de la Ley del Impuesto a la Renta y el inciso b) del artículo 22º de su Reglamento. Sin embargo, el Estado Peruano ha decidido modificar el criterio, lo cual genera el mismo efecto que una modificación formal de la Ley del IR, pues incrementa la carga tributaria del CONSORCIO, vulnerando la garantía de estabilidad jurídica contenida en el CEJ.

El CONSORCIO sostiene que esta interpretación ha sido recogida por el propio Tribunal Fiscal, a través de las Resoluciones Nos. 01380-1-2005, 01578-3-2005 y 03717-3-2005, donde reconoce que una modificación por la vía de la interpretación administrativa tiene un efecto similar de alterar el blindaje del que gozan los contratos-ley, trasgrediendo la seguridad jurídica que el CEJ otorga, no aceptándose dicha modificación posterior aun cuando la misma constituya una interpretación de observancia obligatoria.

32. El CONSORCIO alega también que este criterio ha sido recogido por el Tribunal Arbitral que emitió el laudo en el caso CIADI N° ARB/03/28 seguido entre el Estado Peruano y Duke Energy International Perú Investments No. 1, LTD, el que expresamente señaló lo siguiente: *"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*

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Carituarías Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

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". Agregando además que en dicha decisión, el Tribunal Arbitral señaló que: "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 (...)"

A partir de ello, el CONSORCIO sostiene que la fase de ejecución del CEJ supone la existencia de una coherencia en la conducta de las partes, lo cual incluye la forma en que las partes entendieron y aplicaron las normas estabilizadas del IR.

33. En cuanto al régimen legal de depreciación estabilizado aplicable a las LTE, el CONSORCIO señala que el régimen vigente en el ejercicio 1998 comprendía los siguientes artículos de la Ley del IR: artículo 37º inciso f) referido a la depreciación por desgaste u obsolescencia de los bienes del activo fijo; artículo 39º que disponía que los edificios y construcciones se depreciaban a razón del tres por ciento (3%) anual; y el artículo 40º referido a la aplicación del porcentaje establecido según las normas que al efecto establezca el Reglamento, a aquellos bienes afectados a la producción de rentas gravadas.
34. Asimismo, el CONSORCIO hace referencia al artículo 22º del Reglamento de la Ley del IR, en el cual se estableció que:
- a) Los edificios y construcciones sólo serán depreciados mediante el método de línea recta, a razón del 3% anual.

93

Laudo Arbitral de Derecho
 Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
 S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
 PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral
 Gonzalo García Calderón (Presidente)
 Fernando Cantuarias Salaverry
 Sandra Sevillano Chávez

b) Los demás bienes afectados a la producción de rentas gravadas de la tercera categoría, se depreciarán según el mismo método, es decir, bajo el método de línea recta, aplicando el porcentaje que resulte de la siguiente tabla:

BIENES	VIDA ÚTIL	PORCENTAJE ANUAL DE DEPRECIACIÓN
1. Ganado de trabajo y reproducción; redes de pesca	4 años	25%
2. Vehículos de transporte terrestre (excepto ferrocarriles); hornos en general	5 años	20%
3. Maquinaria y equipo utilizados por las actividades minera, petrolera y de construcción; excepto muebles, enseres y equipo de oficina	5 años	20%
4. Equipos de procesamiento de datos	5 años	20%
5. Maquinaria y equipo adquirido a partir del 1.1.91	5 años	20%
6. Otros bienes del activo fijo	10 años	10%

35. El CONSORCIO hace referencia al literal b) del artículo 22º del Reglamento de la Ley del IR, en el que se dispone la posibilidad de que la SUNAT pueda autorizar porcentajes de depreciación distintos de los establecidos, a solicitud del interesado, siempre que se demuestre que en virtud de la naturaleza y características de la explotación o del uso dado al bien, la vida útil real del mismo sea distinta a la asignada por el inciso b) del referido artículo.
36. El CONSORCIO señala que el régimen del IR estabilizado por el CEJ consignaba dos regímenes; el primero, el régimen de depreciación regulado por el artículo 39º de la Ley del IR y el inciso a) del artículo 22º de su Reglamento y; el régimen de depreciación regulado por el artículo 40º de la Ley del IR y el inciso b) del artículo 22º de su Reglamento; ambos excluyentes uno del otro.

Tribunal Arbitral

37. El CONSORCIO sostiene que el Estado Peruano, a través de la SUNAT, ha reconocido expresamente que el régimen legal de depreciación aplicable a las LTE es el contenido en el artículo 40° de la Ley del IR y en el inciso b) del artículo 22° de su Reglamento, haciendo referencia para ello al resultado del requerimiento N° 00093987 emitido por la SUNAT en la fiscalización del IR del ejercicio 2001 del CONSORCIO, donde en ningún momento se cuestionó el porcentaje (tasa 10%) legal de depreciación utilizado por el CONSORCIO, manteniendo el porcentaje de depreciación aplicable a las LTE, tal como se verifica del cuadro adjunto.

Asimismo, hace referencia al resultado del requerimiento N° 0122100000647 emitido por la SUNAT en la fiscalización del IR del ejercicio 2008 del CONSORCIO, donde revisó y aceptó la tasa tributaria de depreciación utilizada (10%) para calcular la depreciación de las LTE, lo que demuestra, en opinión del CONSORCIO, que las partes están de acuerdo con el sentido y el alcance del régimen legal de depreciación para las LTE.

13

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

0071706, en donde considera que las LTE se deben depreciar legalmente bajo el régimen del artículo 39º de la Ley del IR, aplicando una tasa de depreciación anual única y fija el 3%; en lugar de aplicar el régimen establecido en el artículo 40º de la Ley del IR.

Asimismo, sostiene el CONSORCIO que este cambio unilateral de criterio se refleja en la propia Resolución de Multa N° 012- 002- 0028297, con importe S/. 0, en aplicación del artículo 170º numeral 2 del Código Tributario, que dispone que no procede la aplicación de intereses ni sanciones cuando la Administración Tributaria haya tenido duplicidad de criterio en la aplicación de la norma.

39. El CONSORCIO alega que este cambio de criterio en la aplicación de la tasa de depreciación de sus LTE, genera un incremento aproximado del 62% de la carga tributaria que por concepto de IR debe asumir, incrementando también la tasa efectiva del IR del 30% al 49%, lo que revela que esta modificación tiene los mismos efectos equivalentes al de una modificación legislativa del IR estabilizado a través del CEJ.
40. En consecuencia, para el CONSORCIO el cambio de criterio de la SUNAT respecto del régimen de depreciación del IR aplicable a sus LTE, implica la modificación unilateral del CEJ por parte del Estado Peruano y contraviene directamente el numeral 1 de la cláusula tercera y la cláusula sexta del CEJ.

V. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A. POSICIÓN DEL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MEM)

41. Con fecha 6 de setiembre de 2016, el MEM presentó su contestación de la demanda en los siguientes términos.

B. EXCEPCIONES O DEFENSAS DE FORMA

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

1. Sobre la Primera Pretensión Principal

42. En primer lugar, el MEM refiere que la pretensión principal de la demanda no puede ser sometida a conocimiento del Tribunal Arbitral, porque no se encontraría comprendida en el convenio arbitral. Así, para el MEM, la pretensión del CONSORCIO no estaría dirigida a imputar al Estado haberle aplicado o intentado aplicar una modificación normativa del régimen legal estabilizado, por lo que el texto de dicha pretensión no se ajustaría al CEJ y, por lo tanto, no estaría comprendida dentro del convenio arbitral estipulado por las partes.
43. Sostiene que lo que el CONSORCIO imputa al Estado es que su Administración Tributaria habría cambiado de criterio en la aplicación del régimen legal estabilizado, a través de una Resolución de Determinación y una Resolución de Multa. En ese sentido, para el CONSORCIO ese supuesto cambio de criterio implicaría una modificación unilateral del régimen legal estabilizado y, por lo tanto, un incumplimiento por parte del Estado de la obligación prevista en la cláusula tercera del CEJ.
44. Sin embargo, sostiene el MEM que ni la interpretación jurídica ni el cambio de criterio que pueda realizar la Administración Tributaria, respecto de las normas tributarias en general y del Impuesto a la Renta en particular, se encuentran comprendidas dentro de los alcances del CEJ.
45. En ese sentido, concluye que la primera pretensión de la demanda no deriva del CEJ ni se origina en un incumplimiento del mismo por lo que, al no estar comprendida dentro del convenio arbitral, no puede ser sometida a la decisión del Tribunal Arbitral.

2. Sobre la Primera Pretensión Accesorio

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.** vs. la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA** y el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

46. Respecto de la pretensión accesoria del CONSORCIO, refiere que esta tampoco se encuentra comprendida en el convenio arbitral pactado en la cláusula novena del CEJ.
47. Agrega que lo que busca el CONSORCIO no es la interpretación del CEJ, ni su ejecución, ni que se declare su validez o invalidez. Lo que en realidad pretende es que se determine qué norma tributaria de las que han sido estabilizadas resulta pertinente para efectuar la depreciación tributaria de sus LTE, lo cual es diferente.
48. Sin embargo, el MEM señala que no hay en el CEJ cláusula alguna que se refiera a la depreciación tributaria de las LTE de TRANSMANTARO, así como tampoco hay en el convenio arbitral estipulación alguna que considere este tema como parte de las controversias que puedan ser sometidas a la competencia del Tribunal Arbitral.

3. Las Pretensiones son improcedentes porque existe un pleito pendiente

49. Sobre este punto, refiere el MEM que mediante escrito de fecha 12 de mayo de 2016, el CONSORCIO interpuso ante la SUNAT un recurso de reclamación contra las mismas resoluciones que sustentan su demanda, por los mismos fundamentos que la sustentan y con el mismo objeto, es decir, que se aplique a la depreciación tributaria de las LTE de TRANSMANTARO el régimen que esa empresa viene aplicando y no el régimen que la Administración Tributaria aplicó en las Resoluciones de Determinación y Multa emitidas en el año 2016.
50. Señala que, a la fecha, dicho recurso de reclamación se encuentra pendiente de ser resuelto por la SUNAT por lo que, en consecuencia, dicha situación origina que la demanda del CONSORCIO sea improcedente.

C. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

1. Respuestas a las Afirmaciones de la Demanda. Los Hechos que deben ser probados y la falta de prueba de las pretensiones

51. De conformidad con el numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ, el MEM indica que lo que se habría estabilizado concretamente fue el régimen tributario referido al Impuesto a la Renta y sus modificaciones que se encontraban vigentes al momento de celebración del CEJ.
52. Al respecto, precisa que al momento de la celebración del CEJ, la Ley de Impuesto a la Renta que había quedado estabilizada y su Reglamento contemplaban básicamente dos regímenes distintos para la depreciación tributaria de los bienes del activo fijo:
- a. Por un lado, el régimen establecido en el artículo 39°, el cual se refiere a los bienes que calificaba como "edificaciones y construcciones", a los que se le debía aplicar una tasa de 3% anual, como depreciación anual, sin posibilidad de ser modificada, y
 - b. Por otro lado, el establecido en el artículo 40°, el cual se refiere a "otros bienes del activo fijo", que comprende a su vez distintas tasas de depreciación tributaria; no obstante, la tasa del 10% anual, que puede ser modificada mediante un procedimiento administrativo de autorización ante la SUNAT, sería la más relevante, toda vez que ha sido invocada por el CONSORCIO en su escrito de demanda.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

53. Sobre el particular, el MEM señala que el CONSORCIO habría reconocido que habría aplicado a sus LTE la tasa de depreciación fija de 10%, de conformidad con el artículo 40° de la LIR, durante la vigencia del CEJ.
54. Sin embargo, indica que el CONSORCIO no habría iniciado un procedimiento de autorización ante la SUNAT a fin de aplicar dicho régimen de depreciación tributaria.
55. Aunado a ello, el MEM señala que la SUNAT nunca habría reconocido que correspondía la aplicación de dicho régimen, tal como lo afirma el CONSORCIO en su escrito de demanda, y que tal reconocimiento tendría que haber sido expresado en una manifestación de voluntad de dicha entidad, a través de un órgano competente.
56. Por otro lado, el MEM alega que el CONSORCIO no estaría imputando al Estado una modificación de la normativa del régimen legal estabilizado, sino un cambio de criterio respecto del régimen legal estabilizado de depreciación tributaria aplicable a las LTE.
57. En ese sentido, afirma el MEM que, a efectos de que las pretensiones formuladas por el CONSORCIO tengan sustento, tendrían que presentarse los siguientes supuestos:
 - a. Que el CEJ no solo hubiese estabilizado las normas del Impuesto a la Renta vigentes en el momento de su suscripción, sino también los criterios que en ese momento tenía la Administración Tributaria sobre la aplicación de esas normas estabilizadas, particularmente, respecto a las normas de depreciación tributaria.
 - b. De confirmarse el primer supuesto, tendría que verificarse que, al momento de celebrarse el CEJ, existía un criterio de la SUNAT sobre el régimen legal de depreciación tributaria a las LTE del CONSORCIO, y que dicho criterio

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

consistía en la aplicación del régimen establecido en el artículo 40º de la LIR y no el régimen establecido en el artículo 39º de la misma norma.

c. Tendría que verificarse que, tal como manifiesta el CONSORCIO en su escrito de demanda, la SUNAT habría cambiado de criterio sobre el régimen legal de depreciación tributaria aplicable a las LTE del CONSORCIO.

d. Finalmente, tendría que verificarse que el régimen de depreciación correspondiente a las LTE del CONSORCIO era aquel que consistía en la aplicación de una tasa del 10% (artículo 40º de la LIR).

58. Sobre dichos supuestos, teniendo en cuenta que la carga de la prueba recae sobre el CONSORCIO, el MEM alega que el CONSORCIO no habría acreditado que, al momento de la suscripción del CEJ, la SUNAT tenía el criterio de aplicar el régimen legal de depreciación tributaria establecido en el artículo 40º de la LIR a las LTE del CONSORCIO.

59. Aunado a ello, señala que el CONSORCIO tampoco habría acreditado que algún órgano competente de la SUNAT haya emitido un acto formal y definitivo, manifestando que el régimen legal de depreciación tributaria aplicable a las LTE era el establecido en el artículo 40º de la LIR.

60. Además, refiere que tampoco se habría demostrado que el régimen legal de depreciación tributaria aplicable a las LTE sería aquel que consiste en la aplicación de la tasa del 10% y no la del 3%, ambas reguladas por las normas estabilizadas.

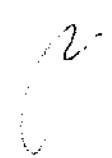
61. Que, en consecuencia, el MEM sostiene que correspondería declarar infundadas tanto la pretensión principal de la demanda como su accesoria, toda vez que el CONSORCIO no habría cumplido con probar los hechos que configuran las mismas.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

2. El Convenio de Estabilidad Jurídica no estabilizó la interpretación ni los criterios de aplicación jurídica. El Estado cumplió con mantener el régimen legal estabilizado.

62. El MEM refiere que el inciso 1 de la cláusula tercera del CEJ contiene las únicas obligaciones que asumió el Estado con relación al régimen tributario que quedó estabilizado a favor del CONSORCIO, por lo que confirma que en el CEJ no hay norma alguna que aluda a la interpretación jurídica ni al cambio de criterio sobre la aplicación de normas tributarias que la Administración Tributaria pueda efectuar en el ejercicio de sus competencias, y mucho menos que impida a la Administración Tributaria ejercer esa competencia sobre las normas que integran el régimen tributario que ha sido estabilizado.

3. La SUNAT no cambió de criterio en la aplicación del régimen de depreciación tributaria. Las Resoluciones de Determinación y de Multa

63. Sobre este punto, refiere el MEM que la SUNAT no tuvo al momento de la celebración del CEJ el criterio de aplicar a la depreciación tributaria de las LTE el régimen que invoca el CONSORCIO.
64. En tal sentido, sea porque el CEJ no estabilizó la interpretación jurídica ni los criterios de aplicación de las normas estabilizadas, o sea porque al momento de la celebración del CEJ, la SUNAT no tenía como criterio aplicar a las LTE el régimen de depreciación tributaria del 10% que sostiene el CONSORCIO, no se puede impedir a la SUNAT que aplique el régimen legal de depreciación tributaria del 3%.
65. Asimismo, refiere el MEM que el CONSORCIO tampoco ha probado que la SUNAT en algún momento haya aplicado a las LTE de esa empresa el régimen legal de depreciación tributaria que invoca.
- 
- 
- 
- 

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

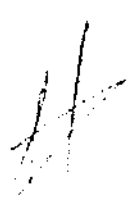
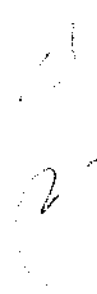
**4. El régimen de depreciación tributaria que corresponde a las
Líneas de Transmisión Eléctrica de TRANSMANTARO**

66. A las LTE del CONSORCIO, refiere el MEM que les corresponde el régimen de depreciación del 3% anual, tal y como es sostenido por la SUNAT en las Resoluciones de Determinación y de Multa y no el régimen de depreciación del 10% anual que sostiene el demandante.

D. POSICIÓN DE PROINVERSIÓN

1. CUESTIONES PRELIMINARES

a) De la Primera Objeción Preliminar

67. PROINVERSIÓN alega que el CONSORCIO no habría cumplido con presentar medios probatorios que sustenten su posición respecto a la violación del CEJ por parte del Estado Peruano, a través de la Administración Tributaria.
68. Al respecto, PROINVERSIÓN precisa que no existiría ningún acto por parte del Estado Peruano, ni de ninguna de sus dependencias, que desconozca su obligación de cumplir con la garantía de estabilidad jurídica prevista en la cláusula tercera del CEJ.
69. A partir de ello, PROINVERSIÓN sostiene que el CONSORCIO pretendería la extensión de los beneficios para una determinada estabilización aplicable a sus LTE.
70. Sobre el particular, PROINVERSIÓN refiere que no habría un régimen de depreciación estabilizado previsto en el artículo 40º de la Ley de Impuesto a la Renta, sino que dicho régimen estaría conformado por dos artículos estabilizados (39º y 40º), los mismos que serían aplicados dependiendo de la naturaleza y calificación de los bienes sujetos a depreciación.
- 
- 

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

71. En todo caso, precisa que, el CONSORCIO tendría derecho a estabilidad jurídica respecto al régimen del Impuesto a la Renta, mas no a un régimen en particular.
72. Por otro lado, respecto a los actos administrativos referidos en el escrito de demanda, PROINVERSIÓN señala que, mediante Resolución de Determinación N° 012-003-0071706, la SUNAT habría señalado que las LTE serían bienes calificados como "construcciones" y que, para el cálculo de su depreciación, correspondería la aplicación de una tasa de 3% anual, de conformidad con lo establecido en el artículo 39° de la LIR.
73. Que, no compartiendo tal posición, refiere que el CONSORCIO cuestionaría el sentido de la norma tributaria no solo a través de la vía administrativa (Expediente N° 0150340014709), sino también en sede arbitral.
74. Sobre el particular, PROINVERSIÓN señala que la competencia del Tribunal Arbitral debería limitarse al pronunciamiento sobre el cumplimiento del CEJ, mas no sobre la interpretación de normas tributarias.
75. A partir de ello, alega que no podría afirmarse un incumplimiento del CEJ por parte del Estado Peruano, debido a que el CONSORCIO estaría reclamando un cambio de criterio, mas no de norma.
76. Aunado a ello, precisa que este no sería un caso de interpretación de la norma, sino de una incorrecta aplicación de la norma tributaria por parte del CONSORCIO, toda vez que la Administración Tributaria solo habría aplicado la Ley, sin emitir un criterio nuevo o distinto.
77. Que, en ese sentido, PROINVERSIÓN sostiene que correspondería declarar improcedente la demanda presentada por el CONSORCIO, toda vez que dicha parte no habría invocado un acto concreto que afecte el cumplimiento del CEJ, respecto del cual exista un pronunciamiento final de la Autoridad Tributaria competente.

b) De la Segunda Objeción Preliminar

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

78. En este segundo punto, PROINVERSIÓN deduce una objeción preliminar como una excepción de incompetencia, toda vez que el CONSORCIO como pretensión accesoria solicita se declare la estabilización del régimen legal de depreciación de sus LTE, en virtud de la estabilidad del régimen tributario del Impuesto a la Renta, tal como lo ha venido aplicando durante la ejecución del CEJ desde el ejercicio 1998.
79. Alega que dicha pretensión no sería una accesoria sino una principal, la cual buscaría que el Tribunal Arbitral le otorgue una estabilidad en la depreciación tributaria de sus LTE, específicamente conforme al artículo 40º de la Ley del Impuesto a la Renta.
80. En tal sentido, afirma que lo que buscaría el CONSORCIO, es que se determine qué norma tributaria de las que han sido estabilizadas resulta pertinente para efectuar la depreciación tributaria de sus LTE, mas su pretensión no está referida a la interpretación ni ejecución del CEJ.
81. Añade que la aplicación de normas por parte del Estado en materia tributaria es de competencia exclusiva de la Autoridad Tributaria y como tal, la posición definitiva de un reclamo específico de un contribuyente, la tiene el Tribunal Fiscal. En tanto no se haya dado un pronunciamiento final que rechace la interpretación del titular de la estabilidad, el arbitraje no procede.
82. En el presente caso, refiere que el CONSORCIO está yendo más allá de una interpretación de las normas del CEJ, ya que pretende conseguir que se establezca un tratamiento tributario específico; controversia que no está dentro de los alcances de su convenio de estabilidad y que debe ser resuelta no por la vía arbitral sino acudiendo a los medios de solución de controversias ordinarios en sede administrativa (recursos) y/o jurisdiccional (proceso contencioso administrativo).

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

83. En consecuencia, considera que el Tribunal Arbitral debe admitir su excepción de incompetencia y declarar la improcedencia de la demanda.

2. DE LA CONTROVERSIA DE FONDO

a) Sobre los alcances de los Convenios de Estabilidad Jurídica y el CEJ del CONSORCIO

84. Sobre este primer punto de fondo, refiere que el CONSORCIO invoca un beneficio que no le da su CEJ, es decir, sin base legal y/o contractual pretende extender los efectos del mismo mediante la interpretación de una norma tributaria, la Ley del Impuesto a la Renta, en busca de una estabilidad de un régimen de depreciación no otorgado mediante los alcances de su CEJ.
85. En tal sentido, refiere que el pedido de la demandante se dirige a ampliar por vía de una interpretación que no corresponde, la estabilidad de su régimen de depreciación que le fue concedida sólo para que las normas legales que regulan el Impuesto a la Renta no sufran modificaciones y para congelar en su beneficio dichas normas, pero en ningún extremo ha sido concedida para estabilizar la aplicación de los artículos que correspondan que, al ser de contenido tributario, resultan de facultad exclusiva de la Administración Tributaria.
86. También indica que el numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ, señala que: "El Estado, en virtud del presente Convenio y mientras éste se encuentre vigente, se obliga a garantizar la estabilidad para el CONSORCIO en los siguientes términos:

"Estabilidad del Régimen Tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme con lo previsto en el artículo 40° del Decreto Legislativo N° 757², que implica

² Artículo 40° del Decreto Legislativo N° 757.- Los convenios que se celebran al amparo del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 662 pueden tener por objeto también garantizar la estabilidad del régimen tributario aplicable a las empresas receptoras de la inversión, exclusivamente en cuanto a los Impuestos cuya materia imponible esté constituida por la renta de las empresas, siempre y cuando el monto total de las nuevas inversiones, recibidas por la empresa sea mayor al 50% de su capital y reservas y esté destinado a la ampliación de la capacidad productiva o al mejoramiento tecnológico. Asimismo, se podrá celebrar tales convenios cuando se trate de la transferencia de más del 50% de las acciones de las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

que el Impuesto a la Renta que le corresponde abonar al Consorcio no será modificado mientras se encuentre en vigencia el presente Convenio de Estabilidad Jurídica."

87. De dicho texto, sostiene, se desprende que lo que se ha estabilizado es un impuesto determinado, indicándose para mayor facilidad y para evitar cualquier duda, cuál es el texto de las normas que lo rigen y que se estabilizan.
88. En ese sentido, sin dejar de lado que se estaría frente a una incorrecta aplicación de la norma y no frente a un problema de interpretación, PROINVERSIÓN alega que del CEJ se advierte que lo que es materia de estabilidad es el Impuesto a la Renta, es decir, las normas del Impuesto a la Renta y no su interpretación.
89. Agrega, que tal como se puede observar de la cláusula tercera, no hay ningún régimen de depreciación estabilizado expresamente a través del artículo 40° de la Ley del Impuesto a la Renta; el régimen de depreciación se encuentra contenido tanto en el artículo 39° como en el artículo 40°, normas que en su conjunto se hallan estabilizadas por el CEJ, pero la determinación de la condición que tiene determinado bien para efectos de aplicar la depreciación conforme a los artículos 39° o 40°, no se encuentra estabilizada según el CEJ, correspondiendo dicha facultad al órgano competente.
90. PROINVERSIÓN concluye, entonces, que resulta claro que el marco legal tributario quedó "congelado" por el CEJ. Otro tema muy diferente tiene que ver con la *aplicación* de este marco legal (estabilizado).
91. En este sentido afirma que, una autodeterminación del Impuesto a la Renta conforme a la ley (estabilizada por el CEJ) significa, entre otras cosas, que el contribuyente ha realizado un trabajo de *subsunción* de modo correcto, por ejemplo, en materia de la legislación relativa al sistema de depreciación que es deducible como gasto para efectos del Impuesto a la renta. A la inversa, si un contribuyente no realiza de modo debido este trabajo de subsunción, o sea que no llega a respetar el régimen legal tributario vigente en 1998, estabilizado por

Lauda Arbitral de Derecho
Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO**
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

el CEJ, entonces termina por liquidar un monto de impuesto que bien puede ser menor que el que corresponde según la legislación.

92. En tal supuesto señala que, corresponde a la SUNAT, vía fiscalización, cumplir con la realización de un correcto trabajo de subsunción (aplicación de la ley), debiendo respetar –desde luego– el marco normativo estabilizado por el CEJ.
93. Siendo así, es incorrecto que el CONSORCIO señale que si la SUNAT corrige la autodeterminación del Impuesto a la Renta realizada por el contribuyente, entonces se está produciendo una “modificación del CEJ”.
94. Refiere que ello no es así, toda vez que desde 1998 existe una ley (legislación) que norma el Impuesto a la Renta. Esta ley es asumida y estabilizada por el CEJ. Esta ley tiene que ser correctamente *aplicada* por el contribuyente, especialmente cuando realiza el trabajo de subsunción.
95. Al respecto, PROINVERSIÓN precisa que, si el contribuyente lleva a cabo un trabajo incorrecto de subsunción y por tanto, se equivoca en su labor de autodeterminación del Impuesto a la Renta, entonces la SUNAT tiene la potestad y el deber de intervenir justamente para restablecer el cabal cumplimiento de la ley que ha sido congelada por el CEJ.
96. En suma, concluye que es necesaria la distinción de dos planos: a) legislación tributaria congelada en el CEJ que en ningún momento el Estado ha modificado ni de hecho, ni de derecho, y b) *aplicación* incorrecta de esta legislación por parte del contribuyente que precisamente motiva la intervención de la SUNAT para restablecer el correcto cumplimiento de la legislación estabilizada por el CEJ.

b) Alcances de la Estabilidad que otorga el CEJ celebrado con el CONSORCIO: Medidas de Efectos Equivalentes

97. El segundo párrafo de la cláusula tercera del CEJ, señala que si el Impuesto a la Renta indicado en el primer párrafo se modificara durante la vigencia del Convenio: *“dichas modificaciones no afectarán a Consorcio, aunque se trate del*

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

aumento o disminución de las tasas, de la ampliación o reducción de la base imponible o de cualquier otra causa de efectos equivalentes."

98. PROINVERSIÓN sostiene que la frase "causas de efectos equivalentes", tantas veces mencionada por el CONSORCIO, de una lectura de la cláusula tercera del propio CEJ, resulta simple de entender que se refiere a medidas relacionadas al propio impuesto que es materia del beneficio; es decir, al Impuesto a la Renta estabilizado. En el presente caso, señala que, en ningún momento, el Estado peruano ha variado la legislación del Impuesto a la Renta con relación a algún otro tema que -por el resultado- termine por modificar el régimen legal estabilizado para la determinación del referido impuesto.
99. Asimismo, indica que el Estado peruano en ningún momento ha modificado para este contribuyente algún otro tema contemplado en la legislación del Impuesto a la Renta, al extremo de que este hecho pudiese constituir la "causa de efectos equivalentes"; es decir, al extremo que esta modificación pudiera -de algún modo- variar el régimen legal del Impuesto a la Renta estabilizado que es aplicable al CONSORCIO.
100. Por último, la aplicación del artículo 39º de la Ley del Impuesto a la Renta que ha realizado la SUNAT para determinar la depreciación de activos fijos que es deducible como gasto para efectos de dicho impuesto que es de cargo del contribuyente, ocurre precisamente en el plano de una correcta aplicación de la técnica de la subsunción y este es un asunto que nada tiene que ver con la problemática de la modificación de la legislación del Impuesto a la Renta.
101. Por lo expuesto, la calificación o la determinación de su condición para establecer si corresponde que se le aplique tal o cual articulado, no se encuentra amparado por la estabilidad otorgada al CONSORCIO en su CEJ, bajo el marco legal aplicable.

c. **No se está frente a un cambio de criterio, sino frente a una incorrecta aplicación de una norma tributaria**

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

102. Sobre este punto, PROINVERSIÓN sostiene que desde un punto de vista lógico y jurídico, el CONSORCIO debía verificar cuando menos que el CEJ no sólo hubiese estabilizado las normas del Impuesto a la Renta vigentes al momento de la celebración del CEJ, sino también los criterios que en ese momento tenía la Administración Tributaria sobre la aplicación de esas normas estabilizadas, en especial, los criterios sobre la aplicación de las normas de depreciación tributaria, pues, añade PROINVERSIÓN, no es posible imputar un incumplimiento del CEJ por un cambio de criterio en la aplicación de la norma estabilizada, si es que ese cambio de criterio no ha quedado también estabilizado.
103. PROINVERSIÓN señala además, que en la hipótesis que sea afirmativo lo alegado en el párrafo anterior, el CONSORCIO estaría obligado a probar que, al momento de celebrarse el CEJ, existía ya un criterio de la SUNAT sobre el régimen legal de depreciación tributaria aplicable a las LTE y que ese criterio consistía en la aplicación del régimen legal de depreciación del 10% anual, recogido en el artículo 40º de la Ley del IR y en el numeral 6 del inciso b del artículo 22º de su Reglamento, ello con el fin de verificar que ese criterio también haya quedado estabilizado, pues no se puede exigir que no se modifique aquello que no ha quedado estabilizado.
104. PROINVERSIÓN sostiene además, que también debía verificarse que en el año 2016, a través de la Resolución de Determinación y la Resolución de Multa alegadas por el CONSORCIO, la SUNAT habría cambiado el criterio sobre el régimen legal de depreciación tributaria aplicable a las LTE, pasando del régimen del 10% al del 3%, debiendo acreditar el CONSORCIO que a sus LTE les corresponde aplicar el régimen de depreciación del 10%, tal como se alega en la demanda.
105. En relación al Laudo emitido en el caso CIADI N° ARB/03/28, PROINVERSIÓN sostiene que para que exista un cambio de criterio, el demandante debe acreditar un cambio susceptible de originar un reclamo al probar la existencia de una ley o de un reglamento preexistente al momento en que se otorgó la

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

garantía de estabilidad y de una ley o reglamento promulgado con posterioridad a dicha garantía que modifique el régimen preexistente, por lo que, la carga de la prueba se encuentra en el ámbito de acción del CONSORCIO, pues a decir de PROINVERSIÓN, las acciones realizadas por un organismo estatal que meramente infiere una interpretación o aplicación específica de la ley, como es el caso de los resultados de los requerimientos cuestionados por el CONSORCIO, no deben ser considerados como una base sólida suficiente para concluir que existe un cambio de criterio.

106. A partir de ello, PROINVERSIÓN hace referencia al artículo 88º del Código Tributario para sostener que es el deudor tributario quien identifica los hechos que constituyen la base para la determinación de la obligación tributaria, los cuales pueden contener errores de hecho o de derecho, frente a los cuales lo que corresponde es que sean corregidos mediante las declaraciones sustitutorias o rectificatorias. Asimismo, sostiene que a través de la técnica de la subsunción, el deudor tributario establece la relación de correspondencia entre el hecho que ocurre en el mundo fenoménico real y el supuesto que se encuentra previsto en el dispositivo legal tributario.
107. Así, para PROINVERSIÓN, el hecho que el CONSORCIO haya considerado que sus activos fijos se encontraban comprendidos en el artículo 40º de la Ley del Impuesto a la Renta, significa que no aplicó correctamente la técnica de la subsunción y que, si bien el Contribuyente tiene la facultad de determinar su obligación tributaria, de conformidad con el artículo 61º del Código Tributario, dicha determinación se encuentra sujeta a fiscalización o verificación por parte de la Administración Tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada por el contribuyente, concluyendo que en el presente caso no se estaría frente a una interpretación normativa sino frente a una incorrecta aplicación de la norma tributaria.
108. PROINVERSIÓN sostiene que si bien desde la suscripción del CEJ, el CONSORCIO declaró ante la SUNAT que le correspondía aplicar el artículo 40º y que, por tanto, la tasa de depreciación que le corresponde era del 10%, ello no

Lauda Arbitral de Derecho
Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

constituye un reconocimiento por parte de la SUNAT del régimen de aplicación, entendido como un criterio estable, sino simplemente que el CONSORCIO durante esos dieciocho años ha venido aplicando de manera incorrecta la norma tributaria y que la SUNAT tomó como cierta dicha declaración, al tener la condición de declaración jurada. Seguidamente, sostiene que si el CONSORCIO lleva a cabo un trabajo incorrecto de subsunción y se equivoca en su labor de autodeterminación del IR, la SUNAT se encuentra en la facultad de intervenir para restablecer el cabal cumplimiento de la ley, tal como se verifica en el artículo 61º del Código Tributario.

109. En cuanto a los procedimientos de fiscalización efectuados por la SUNAT en los años 2001 y 2008, PROINVERSIÓN sostiene que los papeles de trabajo de fiscalización no constituyen la posición oficial y definitiva de la SUNAT, pues éstos configuran actos preparatorios que pueden ser modificados por la propia administración tributaria hasta antes de la notificación al contribuyente de la respectiva Resolución de Determinación, tal como expresamente se prevé en el artículo 107º del Código Tributario.
110. Asimismo, PROINVERSIÓN señala que es con la Resolución de Determinación emitida en el año 2016 que la SUNAT establece la primera posición oficial en torno a la correcta determinación del IR, en lo que se refiere al régimen legal aplicable a la depreciación de los bienes del activo del CONSORCIO, lo que no implica un cambio de criterio o posición como alega el demandante; por lo que, la posición asumida por la SUNAT en la fiscalización del IR correspondiente al ejercicio gravable del año 2010 no implica una modificación del CEJ celebrado en el año 1998.

d) Dualidad de criterio y la aplicación del artículo 170º numeral 2 del Código Tributario

111. En relación a este punto, PROINVERSIÓN sostiene que el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 1294-4-2013 ha señalado que "los criterios contradictorios a que se refiere el numeral 2 del artículo 170º del Código Tributario, son aquellos que

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

han sido puestos de manifiesto en forma expresa por la Administración Tributaria a través de un acto formal y no, de aquellos que se pudieran inferir de su actividad material de verificación y/o fiscalización". Así para PROINVERSIÓN, lo señalado por el CONSORCIO en su escrito de demanda no es correcto, en tanto que el propio Tribunal Fiscal en diversas resoluciones como la RTF 05427-1-2005, RTF 15837-8-2013 y RTF 4814-4-2015 ha dejado claramente establecido que para que se configure el supuesto de una dualidad de criterio, se debe tratar de criterios contradictorios, a través de actos formales, aspecto que no se ha configurado en el presente caso, pues los papeles de trabajo de fiscalización o resultados de requerimientos no pueden ser considerados como actos formales y definitivos, más aun si se tiene en cuenta que la base fundamental del derecho tributario es el principio de legalidad, donde un acto administrativo (resolución de multa) no puede ser el parámetro de referencia para establecer una dualidad de criterios por parte de la Administración Tributaria.

112. En consecuencia, para PROINVERSIÓN la posición de la SUNAT en torno a la consideración del artículo 40 de la Ley del Impuesto a la Renta por vía directa a través de ciertos resultados de requerimiento o por vía indirecta mediante la invocación (indebida) de la regla de la duplicidad de criterio, son aspectos que en rigor se ubican en el plano de la aplicación de normas y no en el plano de la modificación de normas tributarias estabilizadas en el CEJ.
113. En relación a la apreciación jurídica versus la apreciación económica, PROINVERSIÓN sostiene que las diferencias económicas resaltadas por el CONSORCIO en cuanto al Impuesto a la Renta que debe pagar no se presentan por un cambio de criterio normativo, sino por la incorrecta aplicación de la norma tributaria por parte del CONSORCIO, y que en realidad, éste pretende una ventaja de un CEJ distinto al CEJ suscrito con el Estado peruano, el cual sólo estabilizó las normas del Impuesto a la Renta, mas no la correcta aplicación de sus artículos, aspecto que escapa de dicha estabilidad, al ser ésta una facultad de la Administración Tributaria.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA** y el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

114. Finalmente, PROINVERSIÓN sostiene que la estabilidad tributaria no brinda una garantía contra el riesgo de que el Estado o sus tribunales apliquen la ley de manera desfavorable para el inversionista o de forma diferente a la opinión de sus asesores.

VI. DECISIONES ADOPTADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

1. RESPECTO A LAS EXCEPCIONES, OPOSICIONES Y OBJECIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

115. Mediante escrito de absolución de demanda, PROINVERSIÓN formuló las siguientes cuestiones previas, impugnaciones y pedidos de incorporación al proceso:

- 1) Objeción contra la Pretensión Principal,
- 2) Objeción contra la Pretensión Accesorio,
- 3) Oposición contra los informes legales ofrecidos como medio de prueba por el CONSORCIO, y
- 4) Solicitud de incorporación de SUNAT como parte no signataria.

116. Del mismo modo, mediante escrito de absolución de demanda, el MEM formuló las siguientes cuestiones previas, impugnaciones y pedidos de incorporación al proceso:

- 1) Excepción de incompetencia contra la Pretensión Principal,
- 2) Excepción de incompetencia contra la Pretensión Accesorio,
- 3) Excepción de litispendencia del proceso,
- 4) Oposición contra los informes legales ofrecidos como medio de prueba por el CONSORCIO, y
- 5) Solicitud de incorporación de SUNAT como tercero no signatario o parte demandada.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

117. Por su parte, mediante escrito presentado con fecha 8 de setiembre de 2016, el CONSORCIO formuló oposición al Informe Técnico Legal ofrecido como medio de prueba por PROINVERSIÓN.
118. Del mismo modo, mediante escritos presentados con fecha 13 de setiembre de 2016, dentro del plazo conferido, el CONSORCIO cumplió con absolver las objeciones, excepciones y oposiciones formuladas por el Estado Peruano, por medio de PROINVERSIÓN y el MEM.
119. Dentro de este marco, mediante Resolución N° 7 de fecha 14 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió: (i) tener por absueltas por parte del CONSORCIO, las objeciones, excepciones y oposiciones planteadas por el Estado Peruano por medio de PROINVERSIÓN y el MEM, (ii) diferir el pronunciamiento sobre las objeciones y excepciones planteadas por el Estado, a través de PROINVERSIÓN y el MEM, respectivamente; decisión que sería efectuada conjuntamente en el laudo, pudiendo formar parte del mismo, si el Tribunal Arbitral lo considerase pertinente, (iii) desestimar las oposiciones planteadas por el Estado Peruano, por medio de PROINVERSIÓN y el MEM, contra los Informes Legales presentado por el CONSORCIO, y (IV) desestimar la oposición planteada por el CONSORCIO contra el Informe Técnico Legal presentado por el Estado Peruano, por medio de PROINVERSIÓN.
120. Posteriormente, mediante escrito presentado con fecha 15 de setiembre de 2016, el MEM reiteró su posición sobre los Informes Jurídicos presentados por el CONSORCIO.
121. Ante ello, mediante Resolución N° 11 de fecha 20 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral señaló que ya se había emitido un pronunciamiento respecto a los informes legales, por lo que resolvió estar a lo resuelto en la Resolución N° 7 de fecha 14 de setiembre de 2016.

2. RESPECTO A LA INCORPORACIÓN DE LA SUNAT AL ARBITRAJE

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

122. Mediante escrito presentado el 6 de setiembre de 2016, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA – SUNAT solicitó su incorporación al arbitraje, contestando la demanda interpuesta por el CONSORCIO y deduciendo excepción de incompetencia y de falta de agotamiento de recursos internos previos al arbitraje.
123. Mediante Resolución Nº 2 de fecha 7 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que el escrito presentado por la SUNAT sería proveído, solo si el Colegiado resolvía amparar los pedidos de incorporación de la SUNAT al arbitraje, formulados por el Estado a través de PROINVERSIÓN y el MEM.
124. Mediante escrito presentado con fecha 13 de setiembre de 2016, el CONSORCIO manifestó su posición respecto al pedido de incorporación de la SUNAT al arbitraje formulado por el Estado a través de PROINVERSIÓN y el MEM, solicitando al Tribunal Arbitral desestimar dicha solicitud, sustentándose en los siguientes argumentos:
- i) La SUNAT no podría integrar al presente arbitraje, debido a que no sería parte en el CEJ,
 - ii) La SUNAT no podría incorporarse al arbitraje alegando que califica como un "tercero" con "interés legítimo", debido a que ello vulneraría el principio "pacta sunt servanda" que protege el CEJ y su derecho de defensa, y
 - iii) La SUNAT no podría participar del presente arbitraje alegando que se vulneraría su derecho de defensa, debido a que no se estaría discutiendo la validez de las resoluciones emitidas por la SUNAT ni la interpretación de normas tributarias, sino la interpretación y ejecución del CEJ.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

125. Dentro de este marco, mediante Resolución N° 8 de fecha 14 de setiembre, el Tribunal resolvió declarar improcedentes los pedidos de incorporación de la SUNAT al arbitraje, formulados por el Estado Peruano, por medio de PROINVERSIÓN y el MEM, disponiendo la continuación del proceso según su estado.
126. Ante ello, mediante escritos presentados con fecha 19 de setiembre de 2016, el Estado Peruano, a través de PROINVERSIÓN, formuló recurso de reconsideración contra la Resolución N° 8, solicitando al Tribunal Arbitral reconsiderar su decisión respecto a la incorporación de la SUNAT al arbitraje.
127. Por su lado, mediante escrito presentado con fecha 20 de setiembre de 2016, el CONSORCIO absolvió el traslado del recurso de reconsideración formulado por el Estado Peruano, a través de PROINVERSIÓN, rechazando los argumentos vertidos en el recurso y ratificando su posición respecto a la intervención de la SUNAT en este proceso.
128. Mediante Resolución N° 12 de fecha 20 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió declarar improcedente la reconsideración planteada por el Estado Peruano, a través de PROINVERSIÓN, debido a que no se había presentado nueva argumentación a fin de reconsiderar la decisión adoptada, disponiendo la continuación del proceso según su estado.

VII. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

129. Mediante Resolución N° 9 de fecha 16 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral determinó las siguientes cuestiones como aquellas que serán materia de pronunciamiento por parte de este Colegiado:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde afirmar que el Estado Peruano ha modificado el régimen legal del impuesto a la Renta vigente en el ejercicio 1998 que fuera

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverri

Sandra Sevillano Chávez

estabilizado en el Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con el CONSORCIO el 24 de febrero de 1998 y que resultaría aplicable a la depreciación de las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad del CONSORCIO.

Segundo Punto Controvertido:

En caso existiera un cambio del régimen legal estabilizado que correspondería a la depreciación de las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad del CONSORCIO, establecer si ello constituiría una afectación a las obligaciones contenidas en la Cláusula Tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito el 24 de febrero de 1998.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare en virtud de la estabilidad del régimen tributario del Impuesto a la Renta otorgada en la Cláusula Tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito el 24 de febrero de 1998, el CONSORCIO continúe depreciando sus Líneas de Transmisión Eléctrica bajo el régimen que ha venido aplicando.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

El Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de ajustar, reformular o prescindir, a su entera discreción de los puntos controvertidos, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o para facilitar la resolución de la controversia.

VIII. MEDIOS PROBATORIOS

130. En la misma Resolución N° 9, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

De la Demanda:

- Los documentos ofrecidos en el acápite V del escrito "demanda" de 26 de agosto de 2016, signados con los numerales 1 al 15.

Contestación de la demanda:

- A través de PROINVERSIÓN, los documentos ofrecidos en el acápite denominado "Medios Probatorios y Anexos" del "Escrito de Contestación a la Demanda" del 06 de setiembre de 2016, signados con los literales B-1 al B-16.
- A través del MEM, los documentos ofrecidos en el acápite IV del escrito "Excepciones y Contestación de Demanda" del 6 de setiembre de 2014, signados con los numerales 1 al 7.

Asimismo, se tuvieron por presentados los informes legales que las partes ofrecieron respectivamente.

Finalmente, el Tribunal Arbitral reiteró que el día 23 de setiembre se llevaría a cabo la Audiencia de Pruebas, en la cual las partes expondrían el caso materia de controversia.

IX. AUDIENCIA ESPECIAL PROGRAMADA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

A. Audiencia de Pruebas

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

131. Con fecha 23 de setiembre de 2016, se realizó la Audiencia de Pruebas con la finalidad de que las partes pudieran realizar la presentación del caso materia de arbitraje, la exposición de los hechos relevantes en la presente controversia, así como su acreditación mediante la presentación de los medios probatorios relacionados a los mismos.
132. En dicha Audiencia, las partes expusieron sus argumentos y respondieron a las preguntas que les formularon los árbitros.
133. Finalmente, tomando en cuenta que no existía medio probatorio pendiente de actuación, el Tribunal Arbitral estimó pertinente dar por concluida la etapa probatoria, dejando constancia que a partir de ese momento, las partes no podrían presentar medios probatorios adicionales, salvo autorización expresa del Tribunal Arbitral.
134. Asimismo, de conformidad con lo establecido en la regla 6.1 del cronograma de actuaciones del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral reiteró que los alegatos escritos deberían ser presentados por las partes a más tardar el día 28 de setiembre de 2016.

X. OTROS ESCRITOS PRESENTADOS POR PROINVERSIÓN, EL MEM Y EL CONSORCIO

135. Mediante Resolución N° 13 de fecha 29 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral autorizó al CONSORCIO la presentación de la documentación adicional relacionada con la solicitud de Electrop Perú S.A. para la depreciación de sus activos, citada en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 9496-2-2004.
136. Ante dicho pronunciamiento, el Estado Peruano, a través de PROINVERSION y el MEM, mediante escritos presentados el 30 de setiembre y el 3 de octubre de 2016, respectivamente, formuló recursos de reconsideración contra la Resolución N° 13.
137. Del mismo modo, a través de su escrito presentado el 3 de octubre de 2016, PROINVERSIÓN solicitó plazo adicional de siete (7) días hábiles para ejercer

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

una adecuada defensa, en atención a la cantidad de medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO.

138. Mediante escritos presentados el 3 y 4 de octubre de 2016, respectivamente, el CONSORCIO cumplió con absolver las reconsideraciones planteadas por el Estado Peruano, a través de PROINVERSIÓN y el MEM, contra la Resolución N° 13.
139. Mediante escrito presentado el 3 de octubre de 2016, el CONSORCIO cumplió con presentar la documentación adicional requerida mediante Resolución N° 13.
140. Dentro de este marco, mediante Resolución N° 14 de fecha 4 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió: i) declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por el Estado por medio del MEM, a través del escrito presentado con fecha 30 de setiembre de 2016, ii) declarar improcedente la oposición formulada por el Estado Peruano, por medio del MEM, a través del escrito presentado con fecha 30 de setiembre de 2016, iii) declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por el Estado Peruano, por medio de PROINVERSIÓN, a través del escrito presentado con fecha 3 de octubre de 2016, iv) declarar improcedente el pedido de plazo adicional formulado por el Estado Peruano, por medio de PROINVERSIÓN, a través del escrito presentado con fecha 3 de octubre de 2016, v) tener por cumplido por parte del CONSORCIO, el mandato conferido mediante Resolución N° 13, y, finalmente, vi) dejar constancia que la Audiencia de Informes Orales se llevaría a cabo el día 10 de octubre de 2016.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA** y el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverri

Sandra Sevillano Chávez

XI. ALEGATOS E INFORMES ORALES

141. Con fecha 28 de setiembre de 2016, el Estado Peruano presentó sus alegatos finales, a través de los escritos presentados por PROINVERSIÓN y el MEM, respectivamente. El CONSORCIO hizo lo propio en la misma fecha.
142. El 10 de octubre de 2016, se realizó la Audiencia de Informes Orales en la que el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los representantes de ambas partes, facultándolos, además, a efectuar réplica y dúplica.
143. A su turno, el Tribunal Arbitral formuló las preguntas que consideró pertinentes, las cuales fueron contestadas por los abogados de las partes.

XII. PLAZO PARA LAUDAR

144. De conformidad con lo establecido en la audiencia de informes orales, el Tribunal Arbitral procedió a fijar el plazo para laudar, el mismo que no podrá exceder el 8 de noviembre de 2016, según lo dispuesto en la cláusula novena del CEJ.

XIII. CONSIDERANDO

A. CUESTIONES PRELIMINARES

145. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde dejar sentado lo siguiente:
 - Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes.

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

- Que en momento alguno se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
 - Que el CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
 - Que PROINVERSIÓN y el MEM fueron debidamente emplazados con la demanda, contestaron y ejercitaron plenamente su derecho de defensa.
 - Que las partes han tenido oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
 - Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
 - Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.
146. Asimismo, es pertinente señalar que siendo el presente arbitraje uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso, para determinar, en base de la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya resultado probado o no en el marco del proceso.
147. En tal sentido, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.
148. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

Prueba", según el cual desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, dichas pruebas pasaron a pertenecer al presente proceso arbitral y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció. Ello en concordancia con el contenido de dicho principio, según el cual:

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*³ (negrita agregada)

149. De igual manera, el Tribunal Arbitral hace notar que de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje, los árbitros tienen la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, siempre que la valoración se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.
150. Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA, quien refiriéndose a los tribunales españoles, indica que "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..."⁴.
151. En atención a ello, el Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos no significa de ningún modo que tal

³ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

⁴ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

medio probatorio no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que, a criterio del Tribunal Arbitral, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

B. SOBRE LAS OBJECIONES Y EXCEPCIONES PLANTEADAS POR EL ESTADO PERUANO

152. El MEM mediante escrito ingresado el 6 de setiembre de 2016, dedujo las siguientes excepciones:

- i. La pretensión principal no puede ser sometida al Tribunal Arbitral porque no se encuentra comprendida en el convenio arbitral.
- ii. La pretensión principal se refiere a una materia que legalmente no es susceptible de arbitraje.
- iii. La pretensión accesoria tampoco puede ser sometida al Tribunal Arbitral porque no se encuentra comprendida en el convenio arbitral.
- iv. La pretensión accesoria también se refiere a una materia que legalmente no es susceptible de arbitraje.
- v. Las pretensiones son improcedentes porque existe un pleito pendiente.

153. PROINVERSIÓN, por su parte, mediante escrito ingresado el 6 de setiembre de 2016, dedujo las siguientes objeciones:

- i. No ha habido ningún acto por parte del Estado Peruano, ni de ninguna de sus dependencias, que desconozca que el Estado Peruano está obligado a cumplir con la garantía de estabilidad prevista en la cláusula tercera del Convenio.
- ii. El Tribunal Arbitral es incompetente respecto a la pretensión accesoria, debido a que lo "que busca el CONSORCIO, es que se determine qué norma tributaria de las que han sido estabilizadas resulta pertinente

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

para efectuar la depreciación tributaria de sus Líneas de Transmisión Eléctrica, más no está referida a la interpretación ni ejecución del CEJ".

154. El CONSORCIO, mediante escritos Nos. 3 y 4 de 13 de setiembre de 2016, absolvió las objeciones y excepciones propuestas por el MEM y por PROINVERSIÓN.
155. Mediante Resolución N° 7 de 14 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de emitir pronunciamiento sobre las objeciones y excepciones planteadas por el Estado Peruano, hasta el momento de laudar, razón por la cual, seguidamente, procederá a pronunciarse al respecto.
156. Ahora bien, antes de proceder al análisis puntual de lo planteado por el Estado Peruano, conviene tener presente lo siguiente:
157. El artículo 62° de la Constitución Política del Estado de 1993 (en adelante, CONSTITUCIÓN), dispone lo siguiente:

"Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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.

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 precedente". (énfasis agregado)

158. El Tribunal Constitucional peruano⁵, máximo intérprete de la CONSTITUCIÓN, ha definido al contrato-ley de la siguiente manera:

"el contrato-ley es "un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional: Expediente 05-2003-AI/TC.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

dejado sin efecto unilateralmente por el Estado... El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial". (Énfasis nuestro)

159. Como el propio artículo 62º de la CONSTITUCIÓN lo dispone, los conflictos que se deriven de esta relación contractual se solucionarán en la vía arbitral, si así ha sido pactado.
160. Es el caso del CEJ suscrito entre el CONSORCIO y el Estado Peruano, en cuya cláusula novena, primer párrafo, se ha pactado:

"NOVENA.- 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 resuelta mediante arbitraje de derecho."

161. En consecuencia, para efectos de resolver estas objeciones y excepciones planteadas por el Estado Peruano, es necesario dejar establecido que: (i) El CEJ objeto de este arbitraje es un contrato-ley; (ii) El CEJ ha sido suscrito por el Estado Peruano, y no por el MEM o por PROINVERSIÓN o por cualquier otro órgano o entidad estatal; el MEM y PROINVERSIÓN solo representan al Estado Peruano; y (iii) En el CEJ el Estado Peruano y el CONSORCIO han pactado que las controversias serán solucionadas en la vía arbitral, lo que encuentra expreso amparo en lo dispuesto en el artículo 62º de la CONSTITUCIÓN.

1. PRIMERA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR EL MEM

162. El MEM afirma que la pretensión principal propuesta por el CONSORCIO⁶ no puede ser sometida al Tribunal Arbitral, porque no se encuentra comprendida en el convenio arbitral.

⁶ **Pretensión Principal:** solicitamos que se declare que el Estado Peruano ha incumplido con su obligación prevista en la cláusula tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado entre Consorcio Transmantaro S.A. y el Estado Peruano el 24 de febrero de 1998, debido a que ha

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

163. Para estos efectos, el MEM hace mención a la pretensión principal y al contenido de la cláusula novena del CEJ, para luego afirmar que respecto al régimen tributario estabilizado a favor del CONSORCIO contenido en la cláusula tercera, inciso 1 del CEJ, las únicas obligaciones del Estado Peruano son dos: (i) Mantener la estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta; y (ii) que si ese régimen se modifica, no afecte al CONSORCIO.
164. En esa línea el MEM concluye que las obligaciones del Estado no alcanzan a las competencias de la Administración Tributaria, ni a la manera cómo las normas estabilizadas deben ser interpretadas y mucho menos a los cambios de criterio que ocurran en ejercicio de las competencias de la Administración Tributaria. Tampoco van más allá de la obligación de no modificar legislativamente el marco legal.
165. Por tanto, el MEM entiende que la pretensión principal del CONSORCIO no estaría comprendida dentro del convenio arbitral, resultando este Colegiado incompetente ya que la materia no sería contractualmente arbitrable (artículo 63º, inciso 1, literal d de la Ley de Arbitraje).
166. El CONSORCIO, por su parte, señala que el argumento del MEM no califica como una excepción a la competencia de este Tribunal Arbitral, al tratarse de una defensa de fondo y, en tal sentido, sostiene que corresponde que este Colegiado determine en el laudo si conforme al CEJ el Estado Peruano se obligó a no modificar unilateralmente los criterios de aplicación de las normas del Impuesto a la Renta, para lo cual deberá interpretar los alcances de las cláusulas tercera y sexta del CEJ.

modificado unilateralmente el régimen legal de depreciación estabilizado aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad de consorcio Transmantaro S.A., la haber emitido y notificado la Resolución de Determinación No 012-003-0071706 y la Resolución de Multa No 012-002-0028297, a través de su Administración Tributaria, en virtud de las cuales cambia de criterio en la aplicación del régimen legal estabilizado aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctricas de nuestra empresa.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

167. Sobre este particular, este Colegiado observa que el hecho de que la pretensión principal del CONSORCIO se sostenga o no en lo dispuesto en las cláusulas tercera y sexta del CEJ es un tema de fondo y no de competencia.
168. En efecto, conforme a la cláusula novena del CEJ, este Colegiado es competente para analizar y pronunciarse acerca de "cualquier litigio, controversia o reclamación (...) relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio, será resuelta mediante arbitraje de derecho". (énfasis agregado)
169. En tal sentido, la pretensión principal del CONSORCIO (fundada o infundada, lo que es un tema de fondo), se ampara en la interpretación de lo dispuesto en las cláusulas tercera y sexta del CEJ, materia plenamente arbitrable conforme a los términos del pacto arbitral.
170. Y ello no podría ser de otra forma porque, conforme a lo dispuesto en el artículo 62º de la CONSTITUCIÓN, le compete a este Tribunal Arbitral pronunciarse acerca de la observancia de la obligación del Estado Peruano de respetar la estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a los compromisos que ha asumido en las cláusulas tercera y sexta del CEJ.
171. Por último, este Colegiado considera importante destacar que, con ocasión de analizar la validez de la pretensión principal del CONSORCIO, en momento alguno se requiere a analizar y menos emitir pronunciamiento, como insinúa el MEM, acerca de las competencias de la Administración Tributaria, ni sobre la manera cómo las normas estabilizadas deben ser interpretadas así como tampoco sobre los cambios de criterio que en ejercicio de las competencias de la Administración Tributaria pueden producirse.
172. En efecto, lo que es materia de este arbitraje, como ya se indicó, es analizar si el Estado Peruano ha respetado o no la estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a los compromisos que ha asumido en virtud de las cláusulas tercera y sexta del CEJ, lo que es de competencia

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

exclusiva y excluyente de este Tribunal Arbitral, por propio acuerdo contenido en la cláusula novena del CEJ.

173. En consecuencia, esta primera excepción se desestima.

2. SEGUNDA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR EL MEM

174. Según el MEM, la pretensión principal de la demanda del CONSORCIO se refiere a una materia que legalmente no es susceptible de arbitraje porque, nuevamente se afirma que "para resolver si dicha pretensión es fundada o no, el Tribunal Arbitral tendría que examinar si el Estado, a través de su Administración Tributaria, efectuó o no el cambio de criterio que se le imputa al aplicar el régimen legal estabilizado, y si tal cambio (...) implica o no un incumplimiento de la cláusula tercera del CEJ. Para ello el Tribunal Arbitral tendría que revisar necesariamente la Resolución de Determinación y la Resolución de Multa (...) el convenio arbitral pactado por las partes no le otorga esa competencia (ya que nada dice sobre la posibilidad de revisar resoluciones tributarias y mucho menos las facultades de fiscalización y determinación tributaria)".

175. Es más, el MEM cita el artículo 54 del Código Tributario y afirma que las facultades de la Administración Tributaria (entre ellas las de fiscalización y determinación de la obligación tributaria) y la manera como han sido ejercidas, no son materias de libre disposición.

176. El CONSORCIO, por su parte, ha manifestado que este arbitraje no está destinado a revisar la corrección tributaria de las resoluciones administrativas emitidas por la SUNAT, sino que busca determinar si el Estado Peruano ha observado o no sus obligaciones contenidas en el CEJ.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

177. Lo primero que, nuevamente, este Colegiado debe afirmar, es que su competencia se sustenta en lo expresamente dispuesto en el artículo 62º de la CONSTITUCIÓN y la cláusula novena del CEJ.
178. En ese sentido, la competencia de este Colegiado se reduce a analizar si el Estado Peruano ha respetado o no la estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a sus compromisos asumidos en las cláusulas tercera y sexta del CEJ, materia que es plenamente arbitrable y que es de competencia exclusiva y excluyente de este Tribunal Arbitral, por propio acuerdo contenido en la cláusula novena del CEJ.
179. Es más, el artículo 2º de la Ley de Arbitraje, dispone sobre este particular, lo siguiente:

Artículo 2º. - Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley [en este caso el artículo 62 de la Constitución y la cláusula novena del CEJ que es un contrato-ley] o los tratados o acuerdos internacionales autoricen". (énfasis agregado)

180. Así también, por aplicación del artículo 41º de la Ley de Arbitraje⁷, resulta que este Tribunal es competente para resolver todo cuestionamiento u objeción al arbitraje, así como para fijar el alcance de su competencia.
181. En consecuencia, esta segunda excepción debe desestimarse porque la materia sometida a conocimiento de este Colegiado es plenamente arbitrable conforme a la CONSTITUCIÓN, la Ley de Arbitraje y el propio CEJ.

⁷ "Artículo 41. - Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales."

Laudo Arbitral de Derecho
Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

3. TERCERA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR EL MEM

182. El MEM afirma que la pretensión accesoria de la demanda del CONSORCIO tampoco puede ser sometida al Tribunal Arbitral, porque no se encuentra comprendida en el convenio arbitral, "porque nada tiene que ver" con lo dispuesto en la cláusula novena del CEJ (convenio arbitral). Además, "no hay en el CEJ cláusula alguna que se refiera a la depreciación tributaria de las Líneas de Transmisión Eléctrica de Transmantaro".
183. El CONSORCIO, por su parte, afirma que su pretensión accesoria "no está destinada a que el Tribunal Arbitral determine cuál es el régimen legal aplicable a nuestra LTE ni mucho menos que declare si el régimen legal aplicado por el Estado Peruano, a través de la Administración Tributaria en las Resoluciones Administrativas, es correcto o no". Señala a continuación que lo que pretende es una "materia relacionada a la ejecución del CEJ, la cual hasta ahora había venido siendo aplicada por las partes a lo largo de 18 años sin que se presentara posición contraria alguna por parte del Estado Peruano. Por ello, la finalidad de nuestra pretensión accesoria es que el Tribunal Arbitral realice una declaración sobre la obligación del Estado Peruano de no modificar unilateralmente la aplicación del régimen legal estabilizado del IR aplicable a nuestra LTE".
184. Nuevamente este Tribunal Arbitral observa que la excepción propuesta por el MEM es de fondo.
185. En efecto, si la pretensión accesoria propuesta por el CONSORCIO resulta ser una consecuencia o no de la decisión a la que arribe este Colegiado respecto de la pretensión principal de la demanda, es claramente un tema de fondo y no de forma y menos aún de competencia.

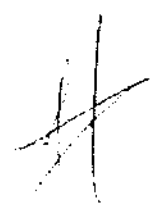
Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

186. Por tanto, será en el momento en que este Colegiado analice el fondo de la controversia, conforme al artículo 62º de la CONSTITUCIÓN y la cláusula novena del CEJ, que es un contrato-ley, que corresponderá determinar si esta pretensión accesoria resulta fundada o no.

4. CUARTA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR EL MEM

187. El MEM, como ya lo hizo a propósito de la pretensión principal de la demanda, afirma que la pretensión accesoria también se refiere a una materia que legalmente no es susceptible de arbitraje, en base a los mismos argumentos.
188. Este Colegiado se remite a los considerandos 167 al 170 de este Laudo, y confirma, por los mismos argumentos, que la materia que se somete a su consideración es plenamente arbitrable conforme a lo dispuesto en el artículo 62º de la CONSTITUCIÓN, la cláusula novena del CEJ que es un contrato-ley y el artículo 2º de la Ley de Arbitraje.

5. QUINTA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR EL MEM

189. El MEM afirma que las pretensiones de la parte demandante son improcedentes porque existe un pleito pendiente, ya que el CONSORCIO ha interpuesto ante la SUNAT un recurso de reclamación contra las resoluciones que sustentan su demanda arbitral, por los mismos fundamentos y con el mismo objeto.
190. Este Colegiado no termina de entender el argumento del MEM.
191. En efecto, se pretende afirmar la existencia de un "pleito pendiente", que condicionaría la habilitación de la vía arbitral, como si pudiera afirmarse que existe interdependencia entre un proceso administrativo tributario y un arbitraje (que es una jurisdicción conforme a la CONSTITUCIÓN). Simple y llanamente no puede existir "pleito pendiente" entre un procedimiento administrativo y uno jurisdiccional, por estar ambos orientados a dilucidar cuestiones diferentes.
- 
- 
- 
- 

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA** y el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

192. En efecto, en uno de ellos un administrado impugna una decisión administrativa (de la SUNAT). En el otro, una parte de un contrato de estabilidad jurídica (que es un contrato-ley) demanda al Estado Peruano (y no a la SUNAT, o al MEM o a PROINVERSIÓN o a cualquier otra entidad pública) por el supuesto incumplimiento de ese CEJ.
193. Como debería quedar claro, no existen "mismos fundamentos" y "mismo objeto". En este arbitraje se reclama el supuesto incumplimiento del CEJ, mientras que, en el proceso administrativo, lo que se pide es que se dejen sin efecto resoluciones administrativas sobre la base de consideraciones de índole tributaria.
194. La excepción propuesta por el MEM es pues, infundada y así se declara.

6. PRIMERA OBJECCIÓN PROPUESTA POR PROINVERSIÓN

195. PROINVERSIÓN afirma que no ha habido ningún acto por parte del Estado Peruano, ni de ninguna de sus dependencias, que desconozca que el Estado Peruano está obligado a cumplir con la garantía de estabilidad prevista en la cláusula tercera del CEJ, razón por la cual es improcedente la demanda. Además, al día de hoy "no existe una voluntad definitiva de la Administración Tributaria, respecto de la Resolución de Determinación y de la Resolución de Multa que se cuestiona (...) [pues] Para que el CONSORCIO pueda emplazar al Estado en un Tribunal Arbitral acusándolo de incumplir lo establecido en su CEJ y solicitando un pronunciamiento, tendría que existir una posición final de la Administración Tributaria".
196. A juicio de este Tribunal, el argumento vertido por PROINVERSIÓN para dar sustento a esta primera objeción no introduce ningún elemento adicional para el análisis y reincide en los mismos puntos señalados por el MEM. En efecto, se trata, de más de lo mismo, y con una clara vocación de ser una objeción "sábana" (es decir, que no plantea una observación o excepción precisa, sino

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

muchos temas a la vez, algunos de ellos incluso sin vinculación). De este modo, PROINVERSIÓN reitera, a su manera, lo ya deducido por el MEM en sus diversas excepciones que, una a una, ha desestimado este Colegiado en los párrafos precedentes de este fallo.

197. Una vez más, el Tribunal Arbitral repite que el hecho que se avoque al conocimiento de la materia controvertida en este arbitraje no significa, en modo alguno que va a analizar y menos pronunciarse acerca de las competencias de la Administración Tributaria, ni sobre la manera cómo las normas estabilizadas deben ser interpretadas y mucho menos sobre cambios de criterio en ejercicio de las competencias de la Administración Tributaria.
198. Como ya se indicó, este arbitraje se contrapon al análisis de si el Estado Peruano ha respetado o no la estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a los compromisos que ha asumido en virtud de las cláusulas tercera y sexta del CEJ, lo que es de competencia exclusiva y excluyente de este Tribunal Arbitral, por propio acuerdo contenido en la cláusula novena del mismo CEJ.
199. Si el Estado, como afirma PROINVERSIÓN, no ha incumplido el CEJ, ello será materia de decisión por parte de este Tribunal cuando se pronuncie sobre el fondo de la controversia, y no, como indebidamente pretende sostener el Estado, en vía de objeción o excepción a la competencia de este Colegiado.
200. Además, a juicio de este Tribunal resulta intrascendente para resolver este arbitraje, si existe o no en trámite un procedimiento contencioso administrativo o si está pendiente que la autoridad tributaria emita una "decisión definitiva", porque se tratan de procesos absolutamente distintos y, en todo caso, la jurisdicción arbitral no puede depender ni estar condicionada en forma alguna a la vía administrativa.
201. En efecto, en uno de ellos un administrado impugna una decisión administrativa (de la SUNAT). En el otro, una parte de un contrato de estabilidad jurídica (que es un contrato-ley) demanda al Estado Peruano (y no a la SUNAT, o al MEM o a

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el **CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.** vs. la **AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA** y el **MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

PROINVERSIÓN o a cualquier otra entidad pública) el supuesto incumplimiento de ese CEJ.

202. Por tanto esta excepción u objeción debe desestimarse.

7. SEGUNDA OBJECCIÓN PROPUESTA POR PROINVERSIÓN

203. PROINVERSIÓN afirma que el Tribunal Arbitral es incompetente respecto a la pretensión accesoria, debido a que lo "que busca el CONSORCIO, es que se determine qué norma tributaria de las que han sido estabilizadas resulta pertinente para efectuar la depreciación tributaria de sus Líneas de Transmisión Eléctrica, más no está referida a la interpretación ni ejecución del CEJ".

204. Nuevamente se trata de una objeción que es más de los mismo, ya que, palabras más, palabras menos, ha sido igualmente planteada por el MEM.

205. Como ya afirmó este Colegiado, se trata de una objeción que es de fondo.

206. En efecto, si la pretensión accesoria propuesta por el CONSORCIO resulta ser una consecuencia o no de la decisión a la que arribe este Colegiado respecto de la pretensión principal de la demanda, es claramente un tema de fondo y no de forma y menos de competencia.

207. Por tanto, será en el momento en que se analice el fondo de la controversia que este Colegiado, conforme al artículo 62º de la CONSTITUCIÓN y la cláusula novena del CEJ, que es un contrato-ley, determinará si esta pretensión accesoria es fundada o no.

208. En consecuencia, esta objeción debe desestimarse.

C. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde afirmar que el Estado Peruano ha modificado el régimen legal del Impuesto a la Renta vigente en el ejercicio 1998 que fuera estabilizado en el Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con el CONSORCIO el 24 de febrero de 1998 y que resultaría aplicable a la depreciación de las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad del CONSORCIO.

209. De acuerdo con lo expresado en este primer punto controvertido, al Tribunal Arbitral le corresponde valorar y pronunciarse sobre dos aspectos: a) el régimen legal del Impuesto a la Renta vigente en 1998 (en adelante también referido como régimen tributario) que ha sido estabilizado por el CEJ y que correspondería, en particular, a la depreciación de las Líneas de Transmisión Eléctrica; y, b) la ocurrencia de una eventual modificación de dicho régimen.
210. Con la Resolución Nº 9 de 16 de setiembre de 2016, quedó claramente establecido que este Tribunal tiene la posibilidad de reformular los puntos controvertidos, en tanto dichos puntos representan solo un marco referencial para el análisis que corresponde realizar a fin de resolver la presente disputa.
211. En tal sentido, este Tribunal Arbitral, en uso de su facultad, ha decidido que el primer punto controvertido lo abordará absolviendo tres preguntas concretas:
1. ¿Qué debe entenderse por régimen legal del Impuesto a la Renta vigente en 1998 y estabilizado por el CEJ?
 2. En lo que refiere a la depreciación de bienes, ¿qué régimen legal del Impuesto a la Renta quedó estabilizado por el CEJ?
 3. ¿Con qué elementos se puede evidenciar que hay una modificación de dicho régimen legal del Impuesto a la Renta estabilizado?
212. En consecuencia, en los siguientes párrafos se desarrolla el análisis y posición de este Tribunal sobre dichas preguntas para, finalmente, concluir sobre el primer punto controvertido.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

1. ¿Qué debe entenderse por régimen legal del Impuesto a la Renta vigente en 1998 y estabilizado por el CEJ?

213. Como ha sido referido en los vistos de este laudo, con fecha 24 de febrero de 1998 el Estado Peruano suscribió con CONSORCIO TRANSMANTARO un convenio de estabilidad jurídica (CEJ) al amparo de las normas contenidas en los Decretos Legislativos Nos. 662 y 757 y normas reglamentarias. El CEJ es, como ya ha sido precisado, un contrato-ley que goza de protección constitucional.

214. La normativa concreta bajo el cual se suscribió el CEJ está formada por:

- a) El Decreto Legislativo N° 662- que contiene el régimen de estabilidad jurídica de las inversiones extranjeras, cuyo Título II establece las pautas para que el Estado pueda celebrar CEJs con los inversionistas;
- b) El Decreto Legislativo N° 757- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (desarrolla normas constitucionales del Título III -Del Régimen Económico), particularmente el Capítulo Primero del Título V;
- c) El Decreto Supremo N° 162-92-EF - Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada;
- d) El Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, normas modificatorias y reglamentarias; y,
- d) La Ley N° 26885- Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y Servicios Públicos.

215. Por la suscripción del referido CEJ, el CONSORCIO asumió el compromiso de emitir acciones a favor de los inversionistas detallados en la cláusula segunda,

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

cumpliendo así con la modalidad de inversión requerida. Por su parte, el Estado Peruano se obligó, mediante lo dispuesto en la cláusula tercera, a garantizar estabilidad jurídica del régimen del Impuesto a la Renta vigente a la fecha de suscripción del CEJ.

216. Para valorar los argumentos vertidos por ambas partes y que resultan pertinentes para dar respuesta a la primera pregunta formulada, es necesario tener claro, antes que nada, el marco jurídico y las consecuencias que se derivan del hecho de que el CEJ sea un contrato-ley. Estas consecuencias son:

- a) El Estado está sometido al principio de *pacta sunt servanda* y está comprometido a respetar las garantías establecidas y las seguridades incorporadas en el contrato-ley.
- b) Se trata de un contrato que solo es modificable por el común acuerdo de las partes (cláusula octava del CEJ) y no cabe, por tanto, su modificación legislativa o por mera decisión administrativa, ello en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 62º⁸ de la CONSTITUCIÓN, cuestión también regulada por el artículo 39º⁹ del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.
- c) Por ser un contrato de naturaleza civil corresponde que su interpretación se realice de acuerdo con las reglas previstas en el Código Civil para

⁸ "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 precedente."

⁹ "Artículo 39º. 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."

Así también, los incisos a) y b) del artículo 26º del Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, aprobado por Decreto Supremo N° 162-92-EF, señalan entre las características de los convenios de estabilidad jurídica, las siguientes: "a) Son contratos de derecho civil, por lo cual se rigen por las disposiciones del Código Civil; b) Tienen fuerza de ley entre las partes, de tal modo que no pueden ser modificados en forma unilateral por causa alguna en tanto se encuentren vigentes."

22

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

interpretar el acto jurídico¹⁰, así como también le resultan aplicables las normas contenidas en los artículos 1351¹¹, 1352¹², 1354¹³, 1356¹⁴, 1357¹⁵, 1361¹⁶ y 1362¹⁷ del mismo Código.

217. Ahora bien, las partes han coincidido en señalar, tanto en los escritos que han presentado como en las audiencias orales, que dado el marco normativo que regula los contratos-ley y, en particular el CEJ, no cabe duda de que el ESTADO se encuentra obligado a cumplir con lo pactado en dicho Convenio. Las partes no tienen, por el contrario, una posición uniforme, respecto a qué es lo que ha quedado estabilizado en virtud de la cláusula tercera del CEJ.
218. El numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ, describe en qué términos se ha otorgado estabilidad tributaria al CONSORCIO TRANSMANTARO:

¹⁰ Artículos del Título IV del Libro II del Código Civil, Interpretación del Acto Jurídico:

"Artículo 168º.- Interpretación objetiva

El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe."

"Artículo 169º.- Interpretación sistemática

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas."

"Artículo 170º.- Interpretación finalista

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto."

¹¹ "Artículo 1351º.- Definición (del contrato) *El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."*

¹² "Artículo 1352º.- Perfección de contratos *Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad."*

¹³ "Artículo 1354º.- Libertad contractual

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo."

¹⁴ "Artículo 1356º.- Carácter supletorio de las normas sobre contratos

Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas."

¹⁵ "Artículo 1357º.- 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 contrato."

¹⁶ "Artículo 1361º.- Obligatoriedad del contrato

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."

¹⁷ "Artículo 1362º.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

"TERCERA.- El ESTADO, en virtud del presente Convenio, y mientras éste se encuentre vigente, se obliga a garantizar la estabilidad jurídica para el CONSORCIO TRANSMANTARO, en los siguientes términos:

1. *Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el Artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 757, que implica que el Impuesto a la Renta que le corresponda abonar al CONSORCIO TRANSMANTARO no será modificado mientras se encuentre en vigencia el presente Convenio de 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 la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 774 y normas modificatorias vigentes al momento de la celebración del presente Convenio.*

El régimen de estabilidad que se garantiza al CONSORCIO TRANSMANTARO 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 al CONSORCIO TRANSMANTARO, aunque se trate del aumento o disminución de las alícuotas, de la ampliación o reducción de la base imponible, o de cualquier otra causa de efectos equivalentes".

219. La interpretación que cada parte tiene respecto de la extensión de la estabilidad que el CEJ concede en la citada cláusula es divergente puesto que, de una parte, el CONSORCIO sostiene que la estabilidad tributaria que le ha sido garantizada incluiría el criterio con el que se ha venido aplicando la normativa del Impuesto a la Renta durante los 18 años en que se viene ejecutando el CEJ, mientras que el Estado considera que la estabilidad tributaria solo protegería al CONSORCIO contra eventuales cambios en la normativa del Impuesto a la Renta empresarial.
220. El asunto controvertido respecto de lo regulado por la citada cláusula tercera implica, pues, un trabajo interpretativo para determinar los límites de la estabilidad tributaria que se concede al CONSORCIO en virtud del primer párrafo de dicha cláusula y, concretamente, para darle contenido a la expresión *"Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta (...)* que implica que el *Impuesto (...)* no será modificado (...) aplicándose en

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

los mismos términos y con las mismas alícuotas, deducciones, escala para el cálculo de la renta imponible y demás características (...)" [negrita agregada]

221. Respecto de este aspecto, el CONSORCIO ha señalado los siguientes fundamentos de derecho:

- a) El CEI es un contrato de derecho civil cuyas cláusulas deben interpretarse conforme al Código Civil, "es decir a la luz de lo expresado en el texto de las mismas (interpretación literal o sintáctica), de la unidad de las cláusulas (interpretación sistemática) y de la común intención de las partes (buena fe)."
- b) Sobre el alcance de la estabilidad jurídica del régimen del Impuesto a la Renta estabilizado, destaca que "en la parte final del segundo párrafo del numeral 1 de dicha cláusula se pactó que *"dichas modificaciones no afectarán al CONSORCIO TRANSMANTARO, aunque se trate del aumento o disminución de las alícuotas, de la ampliación o reducción de la base imponible, o de cualquier otra causa de efectos equivalentes"*.
- c) Sostiene que atendiendo a la literalidad "(...) la parte final de esta cláusula debe ser leída teniendo en cuenta el uso de la "o" disyuntiva y del adjetivo "cualquier". Ellos hacen referencia a una generalidad indeterminada de causas posibles de "modificaciones" que no deben afectar a CTM [el CONSORCIO] (...)".
- d) Añade que, "(...) la frase **"o de cualquier otra causa de efectos equivalentes"** tiene como propósito agregar un nuevo supuesto a los que le anteceden (los supuestos que anteceden son los cambios normativos que aumentan o disminuyen la alícuota, que amplían o reducen la base imponible) pero que, al generar los mismos efectos, merece estar contenido en la misma garantía de estabilidad jurídica." (negrita original de la cita)
- e) Concluye que, corresponde realizar una interpretación "en el sentido más amplio posible (sin limitar las causas posibles), en la medida en que tienen como objetivo garantizar la estabilidad jurídica del IR como

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

compromiso del Estado a cambio de recibir inversión privada relevante para la economía del país. (...) Caso contrario, (...) no tendría sentido que se haya incluido una frase como la que es materia de análisis, lo que además denotaría que dicha frase no guardaría sentido alguno y estaría vacía de contenido."

- f) Sobre la interpretación sistemática, afirma que primer párrafo del numeral 1 de la cláusula tercera "hace referencia expresa a que la estabilidad jurídica comprende la "aplicación" de la Ley del IR estabilizada, es decir, no se trata de una garantía abstracta (sobre un simple texto normativo), sino que se trata de una garantía concreta manifestada en la propia aplicación de la norma estabilizada, (...)." Y que "De una lectura conjunta de las disposiciones contenidas en el numeral 1 de dicha cláusula (como una unidad), se concluye que la estabilidad jurídica (...) protege (...) contra toda modificación sobre el sentido y alcance de las normas que comprendían el régimen del IR estabilizado en la forma en que venían siendo aplicadas a la fecha de suscripción del CEJ (...)"
- g) Menciona, también, que analizando la cláusula sexta del CEJ¹⁸ se llega a igual conclusión, pues en ella "se vuelve a utilizar la conjunción *"aunque"* en el sentido de que se prohíbe toda modificación al régimen estabilizado *"ni aunque la legislación nacional sea modificada (...)*. Lo expuesto evidencia que la garantía de la estabilidad del IR debe aplicarse cuando la modificación del régimen estabilizado proviene, inclusive, de una interpretación administrativa que pretenda alterar el sentido y alcance de las normas estabilizadas del IR conforme han venido siendo aplicadas antes y durante la vigencia del CEJ por el contribuyente y por la propia

¹⁸ **"SEXTA.-** La vigencia del presente Convenio de Estabilidad Jurídica se inicia con la vigencia del contrato Boot para el diseño, suministro de bienes y servicios, construcción y explotación del Sistema de Transmisión Mantaro- Socabaya y la Prestación del Servicio de Transmisión de Electricidad, que suscribirá el ESTADO con CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. y se extenderá por todo el plazo de la concesión materia de dicho contrato. 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.*" (negrita agregada)

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

Administración Tributaria. Esto es así pues su causa (cambio de criterio en la aplicación de la norma) tiene efectos equivalentes a la formal modificación legislativa de las normas estabilizadas del citado impuesto."

- h) Señala que el Estado Peruano comparte esa misma interpretación como fluye de una cita que hace del Laudo que resolvió la controversia entre Gold Fields La Cima S.A. y el Estado Peruano, en cuyo proceso este último sostuvo de modo expreso que dicha "causa de efectos equivalentes" podía provenir de la emisión **"de un acto de la SUNAT -normativo, resolutivo o de determinación de deuda- que otorgue al régimen estabilizado un alcance diverso del que ella misma le venía asignando- cambio de criterio"**). (negrita original de la cita)
- i) Finalmente, refiere que la actuación del Estado peruano no es concordante con la buena fe contractual que exige "una actuación uniforme por las partes durante la vigencia del acuerdo en cuanto a la aplicación de las normas estabilizadas".
- j) Respalda su posición en las Resoluciones Nos. 01380-1-2005, 01578-3-2005 y 03717-3-2005 del Tribunal Fiscal en las que dicho órgano "ha asumido el mismo criterio interpretativo y ha reconocido que una modificación por la vía de la interpretación administrativa tiene un efecto similar de alterar el blindaje del que gozan los contratos-ley"; así como en el Laudo del caso CIADI N°. ARB/03/98 en cuyo párrafo 219, se señaló que *"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".* (el énfasis es de la cita)

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

- k) Concluye, pues, alegando que "la estabilidad garantizada por el CEJ alcanza al régimen tributario del IR en su integridad. Este incluye el régimen normativo del IR vigente al 24 de agosto de 1998, así como el criterio asumido por las partes durante la ejecución del CEJ sobre el régimen legal de depreciación estabilizado aplicable a las LTE."

222. El Estado Peruano, por intermedio del MEM, ha sostenido lo siguiente:

- a) Lo que el CEJ ha estabilizado "concretamente fue el régimen tributario referido al Impuesto a la Renta y sus modificatorias (...) vigentes al momento de celebración del CEJ. En el ejercicio 1998 (...) se encontraba vigente la Ley del Impuesto a la Renta contenida en el Decreto Legislativo Nº 774 (...) y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 122-94-EF (...)".
- b) Resalta que el CONSORCIO **"no imputa al Estado haberle aplicado, o intentado aplicarle, una modificación normativa del régimen legal estabilizado** (es decir, que hubiere emitido una norma jurídica modificando alguna norma estabilizada, y que le haya aplicado o intentado aplicarle esa modificación)." (negrita original de la cita)
- c) Niega que también hayan quedado estabilizados los criterios de la Administración Tributaria sobre la aplicación de las normas estabilizadas, y si ello acaso hubiera ocurrido, señala que **"tendría que verificarse que, al momento de celebrarse el CEJ, existía ya un criterio de la Sunat sobre el régimen legal de depreciación tributaria aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctrica (...)",** cuestión sobre la cual, además, considera que el CONSORCIO ni siquiera **"ha ofrecido medio probatorio alguno"**. (negrita original de la cita)
- d) Refiere que el numeral 1 de la cláusula tercera demuestra que las únicas obligaciones que asumió el Estado en el CEJ son dos: i) la primera mantener la "estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta (...)" lo que implica que (...) no será modificado (...)"; y ii) la

Lauda Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

segunda es que en caso el Impuesto a la Renta sea modificado dichas modificaciones no le serían aplicables al CONSORCIO.

- e) Manifiesta, en tal sentido, que **"la expresión "cualquier otra causa de efectos equivalentes" tiene como presupuesto para su aplicación que se haya emitido alguna norma que modifique el régimen tributario estabilizado."** (negrita original de la cita)
- f) Asimismo, resalta que dicha cláusula tercera (ni ninguna otra del CEJ) **"se refiere a las competencias de la Administración Tributaria, ni a la manera como las normas estabilizadas deben ser interpretadas y, mucho menos, sobre los cambios de criterio que, en ejercicio de su competencia, puede realizar la Administración Tributaria respecto de esas mismas normas estabilizadas."** (negrita original de la cita)
- g) Señala que, "En definitiva, el Estado no ha aplicado a Transmantaro una norma contraria a las que integran el régimen tributario que ha sido estabilizado."

223. Por su parte, PROINVERSIÓN ha agregado como fundamentos de su defensa los siguientes:

- a) El CONSORCIO "invoca un beneficio que no le da su Convenio, es decir sin base legal y/o contractual pretende extender los efectos del mismo mediante la interpretación de una norma tributaria, la Ley del Impuesto a la Renta, en busca de una estabilidad de un régimen de depreciación no otorgado mediante los alcances de su Convenio de Estabilidad."
- b) Sostiene, también, que el texto de la citada cláusula tercera del CEJ "no ofrece mayor dificultad. Lo que se ha estabilizado es un impuesto determinado indicándose para mayor facilidad y para evitar cualquier duda cual es el texto de las normas que lo rigen y se estabilizan."
- c) Afirma que es "incorrecto que el demandante señale que, si la Administración Tributaria corrige la autodeterminación del Impuesto a la Renta realizada por el contribuyente entonces se está produciendo una

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

"modificación del CEJ". Pues sí existe error en la autodeterminación, "la SUNAT tiene la potestad y el deber de intervenir justamente para restablecer el cabal cumplimiento de la ley que ha sido congelada."

- d) Reitera los argumentos del MEM, sobre que no se ha producido un cambio de criterio de la SUNAT y agrega que su posición encuentra respaldo en el Laudo del caso DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS y la República del Perú, Caso CIADI Nº ARB/03/28, en el que se señala que "para que exista un cambio de criterio, el demandante debe acreditar un cambio susceptible de originar un reclamo al probar la existencia de una Ley o un reglamento preexistente al momento en que se otorgó la garantía de estabilidad del régimen tributario y una Ley o un reglamento sancionado o promulgado con posterioridad al CEJ que modificó el Régimen preexistente."
- e) A este respecto, manifiesta que corresponde la carga de la prueba al demandante quien "en principio debe probar la existencia de un cambio de criterio, la existencia de Jurisprudencia clara, informes, cartas, entre otros."

224. Como es posible advertir de la relación de argumentos expuestos por las partes, entre ellas existe un evidente desacuerdo sobre la dimensión de la estabilidad tributaria regulada en la cláusula tercera: para el Estado esta solo alcanza a la normativa (ley y reglamento) del Impuesto a la Renta vigente al momento de suscripción del CEJ mientras que para el CONSORCIO la extensión de la estabilidad tributaria no puede ser ésta, pues se trataría de una "garantía abstracta (sobre un simple texto normativo)", por ello sostiene que el CEJ otorga "una garantía concreta manifestada en la propia aplicación de la norma estabilizada".

225. Sobre tal aspecto, este Tribunal considera importante ceñirse a lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ y destacar los elementos relevantes para su correcta interpretación:

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

1. Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el Artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 757, que implica que el Impuesto a la Renta que le corresponda abonar al CONSORCIO TRANSMANTARO no será modificado mientras se encuentre en vigencia el presente Convenio de 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 la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 774 y normas modificatorias vigentes al momento de la celebración del presente Convenio. (subrayado agregado)
226. A juicio de este Tribunal, la posición del Estado Peruano sobre que el "régimen tributario" estabilizado solo debe entenderse como la normativa vigente (ley y reglamento) referida al Impuesto a la Renta, resulta un supuesto limitativo que no fluye del contenido manifiesto del citado párrafo. En efecto, el régimen tributario cuya estabilidad (no modificación) se garantiza tiene, de acuerdo con este párrafo, tres características: i) se refiere al Impuesto a la Renta; ii) implica su aplicación invariable (en los mismos términos); y, iii) debe ser concordante con la normativa vigente al momento de la suscripción del CEJ.
227. De las tres citadas características, es claro que la segunda es aquella que puede requerir algún nivel de interpretación por ser las otras dos meridianamente claras en su alcance: se quiere la estabilidad del Impuesto a la Renta y se enuncia la norma que lo regula. Así, cabe preguntarse por el sentido de la expresión "aplicándose en los mismos términos". Sobre ella, una posibilidad sería entender que no agrega contenido interpretativo alguno a este primer párrafo y se le reduciría a un enunciado que anticipa o adelanta que el Impuesto a la Renta que se ha estabilizado es aquel cuyos "términos" están en la Ley vigente. Esta posición sería la del Estado. La segunda posibilidad sería entender que la alusión expresa a que se estabiliza "la aplicación" del referido impuesto "en los mismos términos" implica superar la mera remisión al texto de las normas y precisar que la garantía de estabilidad comprende la forma en que se apliquen las normas al momento de la suscripción del CEJ. Esta sería la interpretación propuesta por el CONSORCIO.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

228. Pues bien, para apoyar esta segunda interpretación, que es la que este Tribunal comparte, solo hay que preguntarse si sería posible defender que como la garantía concedida por un CEJ sería solo la inmutabilidad de un texto normativo, las empresas que suscriben convenios podrían fundar su derecho a aplicar una norma en un determinado sentido basándose en la sola literalidad de dicha norma, sin atender a que su verdadero alcance aun cuando este ya hubiera sido esclarecido por un criterio jurisprudencial o administrativo y fuera por demás conocido al momento de la suscripción del CEJ. Tal posición carecería, evidentemente, de sustento jurídico.
229. Del mismo modo, el Estado no puede pretender desconocer que la cláusula tercera del CEJ recoge la voluntad declarada por las partes sobre la materia a ser estabilizada que no puede ser otra que garantizar que se mantendría la aplicación del Impuesto a la Renta según el contenido que ambas partes conocían y sabían que le correspondía al marco normativo vigente. Sostener lo contrario, carece de sentido a la luz de la interpretación sistemática y de buena fe que debe dársele a dicha cláusula.
230. En esa misma línea, las partes han discutido acerca del alcance que debe dársele a la última frase contenida en el segundo párrafo del numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ, que a la letra dice:

"El régimen de estabilidad que se garantiza al CONSORCIO TRANSMANTARO 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 al CONSORCIO TRANSMANTARO, aunque se trate del aumento o disminución de las alícuotas, de la ampliación o reducción de la base imponible, o de cualquier otra causa de efectos equivalentes".
(resaltado agregado)

231. Sobre esta frase el Tribunal concluye que, efectivamente, como sostiene el Estado, ella está referida solo a cambios que ocurran en el régimen tributario estabilizado (es decir, del Impuesto a la Renta que es el impuesto que se ha estabilizado) pero, no coincide con él cuando afirma que "tiene como

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

presupuesto para su aplicación que se haya emitido alguna norma que modifique el régimen tributario estabilizado". Evidentemente, el segundo párrafo del numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ solo puede referirse a cambios o modificaciones que ocurran respecto del régimen del Impuesto a la Renta, pero dichos cambios podrán provenir, seguramente en su mayoría, de las modificaciones expresas que se hagan a la normativa vigente pero, también podrían provenir, aunque sean supuestos más excepcionales, de otras fuentes como es el caso de interpretaciones o aplicaciones del régimen vigente a la suscripción del CEJ que también hubieran quedado estabilizadas.

232. Este Tribunal considera, en coincidencia con lo expresado por el CONSORCIO, que la cláusula sexta del CEJ al ser interpretada de modo sistemático con los párrafos primero y segundo de la cláusula tercera antes citada, conduce a una conclusión equivalente, cual es que la garantía de estabilidad otorgada por el CEJ es más amplia que aquella constreñida al texto normativo.
233. En efecto, la cláusula sexta señala la prohibición de modificación unilateral del CEJ, y advierte que tal modificación no puede ocurrir "(...) *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.*" En consecuencia, el blindaje que otorga un CEJ (en este caso particular respecto del régimen tributario estabilizado) impone la obligación de aplicar en los mismos términos el Impuesto a la Renta durante la vigencia del CEJ, sin que quepa modificaciones unilaterales a dicho acuerdo, ya sea que estas modificaciones se quieran sustentar en una modificación normativa o en cualquier otra circunstancia.
234. En suma, entonces, el régimen tributario estabilizado por el CEJ incorpora la dimensión aplicativa de la normativa vigente. En este extremo, este Tribunal hace suya la conclusión del Tribunal Arbitral del CIADI en el caso DUKE ENERGY contra el Estado Peruano, Caso CIADI N° ARB/03/28, expresada en el párrafo 227 del Laudo: "*En consecuencia, el Tribunal resuelve que la*

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

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 (...)"

235. Resta entonces establecer si en el presente caso se puede decir que existe una interpretación o aplicación estable [de la normativa] existente al momento de la celebración del CEJ, que pueda decirse que forma parte del régimen tributario estabilizado pero, como dicha cuestión está relacionada con el régimen de depreciación de las LTE será materia a dilucidar al momento de absolver la segunda pregunta.
236. En conclusión, ¿Qué debe entenderse por régimen legal del Impuesto a la Renta vigente en 1998 y estabilizado por el CEJ? La respuesta a esta primera pregunta es que el régimen legal del Impuesto a la Renta vigente en 1998 y estabilizado por el CEJ no solo alude al texto normativo de dicho impuesto, sino a las reglas que se derivan de tal texto normativo y a la forma en que estas se aplicaban a la fecha de suscripción del CEJ.

2. En lo que refiere a la depreciación de bienes, ¿qué régimen legal del Impuesto a la Renta quedó estabilizado por el CEJ?

237. Corresponde en este punto, determinar concretamente qué régimen legal del Impuesto a la Renta ha sido estabilizado por el CEJ, en lo que concierne al tratamiento de la depreciación de bienes.
238. El Tribunal Arbitral en este aspecto quiere precisar que no le compete, ni es materia controvertida en el presente arbitraje, pronunciarse sobre el tratamiento tributario que debe aplicársele a las LTE de propiedad del CONSORCIO por ser este un tema que excede el ámbito de la competencia

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

arbitral de acuerdo con el pacto arbitral contenido en la cláusula novena del CEJ. Este Tribunal debe constatar únicamente los componentes del régimen legal estabilizado: la normativa vigente al momento de suscripción del CEJ y los criterios para su aplicación que forman parte del régimen tributario del Impuesto a la Renta sobre el que recae la garantía de estabilidad.

239. No obstante ello, con ocasión de la constatación del régimen tributario estabilizado será inevitable referirse a las LTE por ser estos los activos sobre los que han surgido las discrepancias entre el CONSORCIO y la SUNAT, mas ello no conlleva sino una tarea de constatación en los términos expresados en el párrafo precedente.
240. Ahora bien, entrando en materia, es del caso destacar que respecto a la normativa vigente sobre el tratamiento de la depreciación de bienes en el Impuesto a la Renta al momento de la suscripción del CEJ no existe controversia alguna entre las partes. Ambas han coincidido en señalar que las normas sobre depreciación estaban contenidas en los artículos 39º y 40º de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por Decreto Legislativo N° 774, y sus respectivas normas reglamentarias.
241. Como es sabido, en el régimen de imposición a la renta empresarial la pérdida de valor de los bienes del activo fijo, por el uso y el paso del tiempo, genera para la empresa contribuyente un gasto que es deducible de la renta bruta determinada para efectos del Impuesto a la Renta¹⁹. Los artículos 39º y 40º del Decreto Legislativo N° 774 diferencian el tratamiento de la depreciación según sean bienes que califiquen como edificios y construcciones (artículo 39º²⁰) o se

¹⁹ "Artículo 37º.- A fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por esta Ley, en consecuencia son deducibles:

(...)

f) Las depreciaciones por desgaste u obsolescencia de los bienes del activo fijo (...)"

²⁰ "Artículo 39º: Los edificios y construcciones se depreciarán a razón del tres por ciento (3%) anual."

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

trate de los demás bienes del activo fijo (artículo 40^o²¹). Para los primeros, la depreciación que se admitía tributariamente era de 3% anual (se aplicaba esta única tasa, la cual era fija para todos los casos); mientras que, para los demás bienes del activo de las empresas, la norma remitía a las tablas de depreciación que el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta²² estableciera (incluía hasta seis tasas de depreciación diferentes según los bienes y la vida útil estimada²³). En este segundo caso, además, estaba previsto que a solicitud del contribuyente y previa aprobación de la SUNAT²⁴, tales porcentajes pudieran ser modificados de mediar y acreditarse las circunstancias técnicas que lo justifiquen. En ambos casos la depreciación que debía ser de tipo lineal aunque tratándose de los bienes del artículo 40^o también existía la posibilidad de que la SUNAT autorice métodos de depreciación distinta.

²¹ "Artículo 40^o: Los demás bienes afectados a la producción de rentas gravadas se depreciarán aplicando, sobre su valor, un porcentaje establecido de acuerdo con su vida útil y según las normas que al efecto establezca el Reglamento el que, en casos especiales, podrá autorizar la aplicación de otros procedimientos que se justifiquen técnicamente y siempre que no se trate de sistemas de depreciación acelerada".

²² Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 122-94-EF de 19 de setiembre de 1994.

²³ Dichas Tablas fueron reguladas por el inciso b) del artículo 22^o del Reglamento, de 19 de setiembre de 1994.

²⁴ Este procedimiento estaba previsto en el inciso d) del artículo 22^o del Reglamento.

"d) La SUNAT podrá autorizar:

1. Porcentajes de depreciación distintos de los que resulten por aplicación de lo dispuesto en el inciso b), a solicitud del interesado y siempre que éste demuestre fehacientemente que en virtud de la naturaleza y características de la explotación o del uso dado al bien, la vida útil real del mismo es distinta a la asignada por el inciso b) del presente artículo.
2. Métodos de depreciación distintos al de línea recta, tales como los de "horas máquinas" y "unidades de producción", para el total o parte de los bienes del activo fijo, siempre que no tenga los efectos de una depreciación acelerada. La solicitud para la autorización de cambio de porcentajes o de métodos de depreciación debe estar sustentada mediante informe técnico que, a juicio de la SUNAT, sea suficiente para estimar la vida útil de los bienes materia de la depreciación así como la capacidad productiva de los mismos. Dicho informe técnico deberá estar dictaminado por profesional competente y colegiado o por el organismo técnico competente. Sin perjuicio de lo anterior señalado, la SUNAT queda facultada a requerir la opinión del organismo técnico competente o cualquier información adicional que considere pertinente para evaluar la procedencia o improcedencia de la citada solicitud."

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

242. Como se ha dicho, entonces, las partes concuerdan en la existencia de estos dos regímenes para la depreciación de los bienes del activo y no disienten, tampoco, respecto de que tales regímenes eran entre sí excluyentes pues, cosa obvia, si los bienes calificaban como edificios y construcciones cabía su depreciación con efectos tributarios solo según lo previsto en el artículo 39º y de no serlo, solo podrían depreciarse según el artículo 40º. No hay al respecto nada que discutir ni agregar.
243. En efecto, es posible concluir, sin atisbo de duda, que el CEJ estabilizó en lo que se refiere al aspecto normativo, ambos regímenes regulados respectivamente en los artículos 39º y 40º de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 22º del Reglamento de dicha ley.
244. Ahora bien, una vez más, la discrepancia entre las partes surge de entender si solo es el texto normativo (la existencia de los referidos dos regímenes, precisamente) lo que es materia de la estabilidad garantizada del CEJ o, si también ha quedado incluido en dicha estabilidad algún criterio de aplicación de tales regímenes.
245. Como ha sido mencionado en el numeral 235 de este laudo, corresponde en este momento determinar si existe o no, algún criterio de aplicación de dichos regímenes respecto del cual se deba afirmar que quedó estabilizado, siguiendo con la línea de razonamiento derivada de la conclusión a que se arribó al contestar la primera pregunta en la que se ha dividido el primer punto controvertido del presente laudo.
246. Sobre ese aspecto, el CONSORCIO ha expresado los siguientes argumentos:
- a) Sostiene que la SUNAT ha reconocido durante los 18 años de vigencia del CEJ el criterio según el cual a los activos del CONSORCIO conformados por las LTE, les corresponde el régimen legal de depreciación previsto en el

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

artículo 40° de la Ley del Impuesto a la Renta y sus normas reglamentarias estabilizadas.

- b) Refiere que dicho reconocimiento ha sido expreso hasta en dos oportunidades en la fiscalización que la SUNAT le realizó de los ejercicios 2001 y 2008. Y que ello ha sido así porque "Este fue siempre el marco legal estabilizado que aplicó SUNAT para determinar la depreciación de las LTE de nuestra empresa. Nunca aplicó el Régimen del artículo 39°."
- c) Indica que en el año 2003, el CONSORCIO fue fiscalizado por la SUNAT respecto del ejercicio 2001, y tanto en el Anexo 1 como en el Anexo 4 del Requerimiento N° 00093987, la SUNAT se refirió a diversos aspectos relacionados con la depreciación de las LTE²⁵, mas "En ningún momento SUNAT cuestionó el porcentaje (tasa) legal de depreciación utilizado por CTM (10%, que resulta ser la tasa aplicable a "Otros bienes del activo fijo" recogida en el numeral 6 del inciso b) del artículo 22° del RLIR estabilizado)."
- d) Arguye que en dicha fiscalización, la "SUNAT utilizó y validó dicha tasa al momento de formular y calcular su observación." Al emitir el Resultado del Requerimiento la "SUNAT mantiene como porcentaje de depreciación aplicable a las LTE, la tasa de depreciación tributaria del 10% (no considera para nada la tasa de 3% que solo era aplicable para "edificios y construcciones" conforme al Régimen del artículo 39° (...)) Si la interpretación de SUNAT hubiese sido distinta, esto es que las LTE se debían depreciar bajo el Régimen del artículo 39°, entonces no solo habría cuestionado la base de cálculo (importe del costo computable) del gasto por concepto de depreciación utilizada por CTM, sino que habría tenido que

²⁵ En el punto 3 del Anexo 1, SUNAT señaló que "Se determina Exceso de Deducción en la Declaración Jurada de los siguientes Rubros a) Diferencias de la Depreciación del ejercicio de Líneas de Transmisión en el Cálculo establecido entre la Depreciación Financiera y la Depreciación Tributaria". El Anexo 4 detalló tales diferencias y cuestionó, respecto de las LTE, los siguientes conceptos: (i) saldo del Activo al 31 de diciembre de 2000, (ii) saldo Actualizado al 31 de diciembre de 2001, (iii) las adiciones del ejercicio 2001 y, (iv) el importe de la depreciación por aplicación de la tasa financiera.

Lauda Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

fundamentar un derecho en su propio error (...), error que definitivamente vino aplicando desde el 98 porque le era favorable a sus intereses."

- f) Recalca que "no es posible que el Consorcio fundamente su pretensión en una supuesta aceptación tácita o en una supuesta inactividad de la Administración Tributaria desde 1998 para alegar que desde 18 años la Sunat le aceptó al Consorcio que sus Líneas de Transmisión Eléctricas se regulen por el artículo 40º de la LIR, mal determinado por el propio contribuyente."
- g) Agrega que en este caso particular hay un problema con la "técnica de subsunción", pues "en la medida que los activos fijos de propiedad del contribuyente son edificaciones y construcciones, entonces, de modo inexorable, se encuentran en el supuesto (...) que está previsto en el artículo 39º de la LIR y no en el supuesto de algún otro dispositivo legal diferente como por ejemplo el art. 40º de la LIR, incorrectamente aplicado por el CONSORCIO en su declaración jurada."
- h) Finalmente, señala que los resultados de requerimiento (de las fiscalizaciones de los años 2001 y 2008) son meros papeles de trabajo y no constituyen la posición oficial y definitiva de la SUNAT. Refiere que se trata de "actos preparatorios que pueden ser modificados por la propia administración tributaria hasta antes de la notificación al contribuyente de la respectiva Resolución de Determinación, tal como expresamente lo tiene previsto el art. 107º del Código Tributario."
- i) Alega que no existen criterios, RTFs, circulares o informes que califiquen de manera expresa que las LTE califican como otros bienes del activo fijo o que no califican como edificación o construcción.
- j) En cuanto a la documentación relacionada con la solicitud de Electroperú, presentada por el CONSORCIO, señala que en ningún momento se menciona específicamente el caso de las LTE, la SUNAT solo resuelve que el tratamiento solicitado por la empresa será de aplicación a los bienes contenidos en el literal b) del artículo 22º del Reglamento. Y agrega que las Tablas de la Comisión de Tarifas Eléctricas regulaban "aspectos de

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

gestión y tratamiento operativo, contable y funcional de las entidades del sector, no es una clasificación con implicancia tributaria.”

- k) Y, finalmente, respecto de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal citada por el CONSORCIO, alega que de ella se desprende a) que las tablas de vida útil de la Comisión de Tarifas Eléctricas solo era para empresas del sector público, por lo que no resultaría aplicable al presente caso; b) que la Ley Nº 25381 dejó sin efecto la aplicación de dichas tablas a partir del año 1992, momento a partir del cual solo resultaban de aplicación las normas de la Ley del Impuesto a la Renta; y c) que en dichas RTFs se señala que la SUNAT autorizó a Electroperú a depreciar según las tablas de la Comisión de Tarifas Eléctricas “(...) no desprendiéndose de las mismas una referencia expresa a la calificación de las líneas de transmisión eléctrica para fines de depreciación.”

249. Como es posible apreciar de las citas precedentes que resumen las posiciones enfrentadas de las partes, el Estado Peruano ha negado en todo momento la existencia de un criterio de aplicación estable y ha sostenido que el CONSORCIO no ha ofrecido prueba alguna de que la SUNAT tuviera una posición expresada en un acto formal y definitivo sobre el tratamiento de la depreciación tributaria que correspondería a las LTE.
250. Este Tribunal no logra entender cabalmente el fundamento en el que reposaría la posición del Estado Peruano, máxime si como ha quedado precisado al resolver las objeciones o excepciones del Estado ha quedado totalmente establecido que este proceso arbitral no gira en torno a las facultades de fiscalización (control de la autodeterminación de la obligación tributaria realizada por los contribuyentes), que la normativa tributaria otorga a la SUNAT, menos aún se contrae al análisis de lo que en Derecho Tributario se conoce como “la subsunción” de los hechos o situaciones de la realidad en los supuestos abstractos de la norma³⁰.

³⁰ Sobre tal aspecto es el autor brasileño Geraldo Ataliba en su libro “Hipótesis de Incidencia Tributaria” quien desarrolla los alcances del concepto “subsunción”. No se trata, como ha

Lauda Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

el régimen de depreciación tributaria del 10%." [entre corchetes agregado]

- b) Señala, asimismo, que "contrariamente a lo que afirma Transmantaro, la **SUNAT nunca reconoció –ni siquiera a propósito de la fiscalización de los ejercicios 2001 y 2008- que corresponde aplicar a las Líneas de Transmisión Eléctrica de Transmantaro el régimen de depreciación tributaria del 10% (...)**". (negrita original de la cita)
- c) Niega que haya un criterio de SUNAT sobre el tratamiento de las LTE y afirma que "la SUNAT habría tenido que manifestar su voluntad a través del órgano competente, de conformidad con la ley²⁹ y mediante un acto formal y definitivo. Cosa que en el presente caso no se ha producido."
- d) Explica que, en la hipótesis, negada por el MEM, que el CEJ hubiera estabilizado además de las normas del Impuesto a la Renta también los criterios que en ese momento tenía la Administración Tributaria sobre la aplicación de las normas estabilizadas, particularmente las de depreciación, "**tendría que verificarse que al momento de celebrarse el CEJ existía ya un criterio de la Sunat** sobre el régimen legal de depreciación tributaria aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctrica, y **que ese criterio consistía en aplicarles el régimen legal de depreciación del 10% anual (...) y no el régimen legal de depreciación del 3% anual (...)**, a fin que ese criterio haya quedado también estabilizado." (negrita original de la cita)
- e) Refiere que, menos aún, el CONSORCIO ha demostrado que "a sus Líneas de Transmisión Eléctrica le correspondan, realmente, el régimen de depreciación del 10% y no el del 3%, al que se refieren las normas estabilizadas. Simplemente guarda silencio al respecto."
- f) Concluye, entonces que "sea porque el CEJ no estabilizó la interpretación jurídica ni los criterios de aplicación de las normas estabilizadas, o –en la

²⁹ Cita los artículos 103º y 109º del Código Tributario, la RTF Nº 4814-4-2015, así como los artículos 3º al 6º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como marco legal que sustentaría su posición.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

improbable hipótesis de que se considere lo contrario-, sea porque al momento de celebración del CEJ, la Sunat no tenía como criterio aplicar a las Líneas de Transmisión Eléctrica el régimen de depreciación tributaria del 10%, que invoca Transmantaro; el resultado en cualquiera de esos casos es el mismo: no se puede impedir a la Sunat que aplique a las Líneas de Transmisión Eléctrica de Transmantaro el régimen legal de depreciación tributaria del 3% (previsto en el artículo 39º de la LIR y en el inciso a del artículo 22º del RLIR)."

248. PROINVERSIÓN, a su turno, ha sostenido:

- a) El presente caso no es uno que verse sobre la interpretación de las normas, sino sobre su incorrecta aplicación.
- b) Cita la cláusula tercera del CEJ para señalar que "(...) **no hay ningún régimen de depreciación especializado expresamente a través del artículo 40º de la Ley del Impuesto a la Renta; el régimen de depreciación se encuentra contenido tanto en el artículo 39º como en el artículo 40º, normas que en su conjunto se hallan estabilizadas por el Convenio, pero la determinación de la condición que tiene determinado bien para efectos de aplicar la depreciación conforme al artículo 39º o al 40º, no se encuentra estabilizada según el presente convenio, correspondiendo dicha facultad al órgano competente.**" (negrita original de la cita)
- c) Concluye, en tal sentido, que "el marco legal tributario quedó congelado por el CEJ. Otro tema muy diferente tiene que ver con la *aplicación* de este marco legal (estabilizado). (*cursiva* original de la cita)
- d) Refiere que la norma estabilizada debe ser aplicada por el contribuyente y si en su labor de autodeterminación del Impuesto a la Renta se equivoca, la SUNAT debe intervenir para restablecer el cumplimiento de la ley estabilizada por el CEJ.
- e) Y puntualiza que el hecho de que "el demandante haya aplicado incorrectamente el régimen que le correspondía, no le da derecho a

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

251. El Estado Peruano, al referirse a los Resultados de los Requerimientos señala que estos, obviamente, no serían los actos "formales y definitivos" que, a su juicio, se requieren para probar que sí existía un criterio estable sobre la aplicación de la normativa estabilizada por el CEJ, ya que se trataría de meros "papeles de trabajo" y "actos preparatorios que pueden ser modificados por la propia administración tributaria hasta antes de la notificación al contribuyente de la respectiva Resolución de Determinación, tal como expresamente lo tiene previsto el art. 107º del Código Tributario."³¹

252. Como resulta evidente, a este Tribunal Arbitral no le corresponde dirimir acerca de la verdadera naturaleza jurídica de los Resultados de Requerimiento, cuestión claramente fuera de su competencia en la presente controversia arbitral.

sostenido el Estado, en estricto, de una "técnica" a aplicar por los contribuyentes, se trata más bien de un efecto de la incidencia de las normas.

³¹ Este Tribunal Arbitral no puede dejar de referirse al error de apreciación en el que incurre el Estado con esta afirmación. De un lado, ofrece como base legal el artículo 107º del Código Tributario que trata de la Revocación, modificación o sustitución de los actos antes de su notificación y que señala:

"Los actos de la Administración Tributaria podrán ser revocados, modificados o sustituidos por otros, antes de su notificación.

Tratándose de la SUNAT, las propias áreas emisoras podrán revocar, modificar o sustituir sus actos, antes de su notificación."

Como es de notar, dicha norma nada dice sobre los resultados de requerimiento, simplemente alude a la consecuencia del acto de la notificación, dado que el Tribunal Fiscal en jurisprudencia de observancia obligatoria (RTF N° 20415-2-2011) ha dejado sentado el criterio según el cual: "las resoluciones del Tribunal Fiscal y de los órganos administradores de tributos gozan de existencia jurídica desde su emisión y surten efectos frente a los interesados con su notificación, conforme con lo dispuesto por el artículo 107º del Código Tributario", jurisprudencia que se fundamenta en el principio de eficacia demorada de los actos administrativos que ha sido recogido como la regla general y que consiste en que solo después de notificado un acto gozará de eficacia. Por otro lado, constituye otro error de apreciación, el señalar que los Resultados de los requerimiento pueden ser modificados por la propia administración tributaria hasta antes de la notificación al contribuyente de la respectiva Resolución de Determinación, pues no es a eso a lo que se refiere el artículo 107º, sino a que cualquier acto, incluso la Resolución de Determinación, puede modificarse si no se ha producido aun su notificación, pues ocurrida ésta el acto se convierte en eficaz y vincula a la Administración Tributaria.

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez*

253. No obstante lo cual, nada impide que pueda apreciar que de lo que se trata, en este caso particular, es de reconocer una práctica aplicativa que revele un criterio sobre la forma en que la normativa estabilizada era entendida y, consecuentemente, qué hechos, supuestos o situaciones eran los que quedaban comprendidos bajo su alcance.
254. A ese respecto, es preciso tomar en cuenta que los procedimientos de fiscalización culminan con la emisión de la Resolución de Determinación en la que se recogen los motivos determinantes del reparo efectuado por la Administración Tributaria, pero no existe obligación de emitir tal acto administrativo cuando hay conformidad de parte del órgano fiscalizador con lo realizado por el contribuyente fiscalizado.
255. Así, el Estado Peruano considera que la Resolución de Determinación sería el acto "formal y definitivo" que se requeriría para probar la posición de la SUNAT, pero no toma en cuenta que ella solo existiría en el supuesto que la Administración Tributaria hubiera considerado errado el uso del régimen del artículo 40º. En efecto, solo si el régimen bajo el cual se venían depreciando los bienes de activo fijo hubiera sido objetado, existiría una Resolución de Determinación que recogiera la posición y la fundamentación de la SUNAT en dicho sentido.
256. El Estado Peruano niega validez a una situación de signo contrario, como es el caso de que la SUNAT no hubiera emitido dichas Resoluciones de Determinación, por el simple hecho que no reparó u objetó el régimen del artículo 40º que se usó para depreciar las LTE. Con esta postura, el Estado se equivoca a juicio de este Tribunal Arbitral pues, si al fiscalizar a un contribuyente la SUNAT sí analiza el tratamiento que ha sido dado a un determinado bien del activo, como en este caso fueron las LTE, y como resultado de sus requerimientos y al cierre de estos no solo consiente sino que hace uso expreso de la tasa del 10% con el que el CONSORCIO depreciaba las LTE, ello no puede ser leído ni puede significar, de modo alguno, que cupiera la

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

posibilidad de que, al mismo tiempo, la SUNAT tuviera la convicción de que tales bienes debían depreciarse bajo el régimen del artículo 39º (si así hubiera sido, no hubiera dejado pasar la ocasión para objetar dicho tratamiento) o que el silencio sobre la tasa de depreciación aplicada a dichos bienes carece de valor y no es indicativo de que no existió reparo alguno, justamente, porque no se encontró objeción que efectuar al respecto.

257. En conclusión, para este Tribunal Arbitral la ausencia de reparos contenidos en las Resoluciones de Determinación, en las oportunidades en que la demandante fue objeto de sendas fiscalizaciones de los periodos 2001 y 2008, solo puede estar relacionada con el hecho de que tanto la SUNAT como el CONSORCIO coincidían en cuál era el régimen con el que debían depreciarse tales bienes, máxime si en los Resultados de Requerimiento no hubo objeción alguna al respecto, habiéndose tocado aspectos referidos a los activos de la empresa constituidos por las LTE.
258. En efecto, en este punto, este Tribunal Arbitral considera importante precisar la conclusión precedente, en el sentido que la ausencia de una Resolución de Determinación que contenga un reparo –en este caso sobre el régimen que el contribuyente aplicó a la depreciación de las LTE-, debe razonablemente significar la anuencia del órgano administrativo con lo hecho por aquél, a menos que, en el proceso de fiscalización (etapa de los requerimientos, solicitudes de información y sustento sobre lo que ha realizado el contribuyente), nunca se hubiere tocado ningún aspecto referido al tratamiento de la depreciación, caso en el cual la inexistencia del reparo guardaría relación con que la depreciación de bienes del activo fijo no fue un aspecto fiscalizado³².
259. Por tal razón, este Tribunal Arbitral considera que no es atendible el argumento del Estado sobre que el CONSORCIO estaría tratando de aprovecharse de su

³² Este no ha sido el caso del CONSORCIO, en los Requerimientos y Resultados de Requerimiento correspondientes a la fiscalización de los periodos 2001 y 2008, claramente se alude tanto a las LTE como a que estas estaban siendo depreciadas a razón de un 10% anual.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

propio error en la determinación de la depreciación de las LTE -error que, según su dicho, "definitivamente vino aplicando desde el 98 porque le era favorable a sus intereses"- así como que "no es posible que el Consorcio fundamente su pretensión en una supuesta aceptación tácita o en una supuesta inactividad de la Administración Tributaria", desde que en ambos procedimientos de fiscalización la SUNAT revisó los "Otros bienes del activo fijo" (donde están incluidas las LTE) para verificar su base de cálculo (en la fiscalización del 2001) o sea para aceptar la forma de cálculo de la depreciación para fines tributarios después de haber revisado los papeles de trabajo de la empresa (en la fiscalización del 2008), reconociendo la tasa del 10% aplicada en el Resultado de Requerimiento N° 0122100000647.

260. En tal sentido, no es posible afirmar, en este caso particular, que la SUNAT no ejerció su facultad fiscalizadora y nada tuvo que objetar a la tasa con la que se depreciaban los principales activos del CONSORCIO.
261. Ahora bien, lo dicho hasta este momento resuelve el punto sobre si se requería o no de un acto formal y definitivo como una Resolución de Determinación para afirmar que existía un criterio de aplicación de las normas por parte de la SUNAT. Sin embargo, la cuestión más importante es que a lo largo de este proceso no se ha probado, en ningún extremo, que la SUNAT tuviera como criterio que las LTE debieran depreciarse bajo el amparo del artículo 39º y ello ha sido así, por lo menos por los primeros 16 años³³ de ejecución del CEJ. En efecto, así como el Estado Peruano niega la existencia de un criterio a favor de la aplicación del artículo 40º, tampoco ha ofrecido elementos para acreditar o al menos que permitan concluir a este Tribunal Arbitral que el criterio -con independencia de que estuviera estabilizado por el CEJ- era más bien el contrario, es decir, que correspondía aplicar a las LTE el artículo 39º.

³³ Serían 16 años sin considerar que a partir del 2014 se inició la última fiscalización que ha desembocado la controversia que ha dado origen a este arbitraje.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverri

Sandra Sevillano Chávez

utilizar y aplicar como porcentaje de depreciación la tasa de 3%, lo que hemos demostrado, no sucedió."

- e) Señala que en el año 2010, la SUNAT fiscalizó al CONSORCIO el ejercicio 2008, año "en el que nuevamente validó la tasa de depreciación tributaria utilizada por CTM para determinar la depreciación deducible en el ejercicio 2008 de las LTE (...). En el punto 6 de dicho Resultado, SUNAT indicó lo siguiente: (...) *El Contribuyente adjunta papeles de trabajo en el que indica la forma de cálculo de la depreciación de Activos Fijos para fines tributarios. Indica que (...) y el monto deducido de S/.48,985,240 se refiere a la depreciación de Activos Fijos calculada para fines tributarios, la cual es calculada sobre el monto del Costo de los Activos Fijos a una tasa del 10% anual.*" (negrita original de la cita)
- f) El CONSORCIO concluye, entonces, que: la "SUNAT no cuestionó el régimen legal de depreciación que venía aplicando CTM, pues coincidía con el mismo régimen que la propia SUNAT aplicó años antes. Por el contrario, SUNAT señaló expresamente en el Resultado de Requerimiento en cuestión que el contribuyente "sustenta lo requerido" en el Requerimiento, haciendo mención expresa a la tasa tributaria del 10% empleada por CTM para calcular la depreciación deducible de sus LTE. Esto demuestra una vez más que ambas partes estábamos de acuerdo con el sentido y alcance que le otorgábamos al marco legal estabilizado, pues ambas aplicamos el mismo régimen legal de depreciación para las LTE de CTM."
- g) Adicionalmente, el CONSORCIO ha referido que el criterio interpretativo antes mencionado era claro y lo aplicaba tanto la SUNAT como el propio Tribunal Fiscal.
- h) En el caso de la SUNAT, menciona la documentación [aludida en el escrito de su demanda y presentada posteriormente], referida a la solicitud²⁶ que fuera hecha por la empresa Electroperú en el año 1995 para depreciar sus activos conforme a lo establecido en la Tabla aprobada por la Comisión de

²⁶ Cabe precisar que dicha solicitud fue presentada al amparo de la normativa vigente en dicho momento que es la misma bajo la cual se suscribió el CEJ.

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

Tarifas Eléctricas²⁷ y no aplicar los porcentajes establecidos en el inciso b) del artículo 22º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta y que fue resuelta por la SUNAT favorablemente²⁸, autorizando la depreciación de los activos involucrados, de acuerdo al pedido hecho por la empresa. Entre dichos activos se encontraban las LTE de Electroperú, lo cual dejaría en claro que a las LTE les correspondía el tratamiento del artículo 40º pues de lo contrario no hubiera sido posible presentar ninguna solicitud. [entre corchetes agregado]

- i) En el caso del Tribunal Fiscal, hace referencia a las RTFs Nos. 9496-2-2004, 1877-4-2004 y 2538-1-2004 según las cuales quedaría confirmado "el criterio de la SUNAT consistente en autorizar a una empresa eléctrica del Estado (Electroperú S.A.) la depreciación de sus activos en base a los mismos criterios técnicos emitidos por la CTE, esto es, distinguiendo las "líneas de transmisión" de los "edificios y obras civiles" para efectos de la depreciación tributaria en los ejercicios 1995 a 1999, precisamente, el periodo dentro del cual se celebró el CEJ y se estabilizó el régimen tributario del Impuesto a la Renta aplicable a Consorcio: el vigente en el año 1998."

247. Por su parte, el Estado Peruano por intermedio del MEM ha sustentado su defensa en los siguientes argumentos:

- a) Manifiesta que el CONSORCIO "nunca inició un procedimiento de autorización ante la SUNAT para ese propósito [es decir, para la depreciación], jamás consultó con ella al respecto y mucho menos obtuvo de esta una autorización para aplicar a sus Líneas de Transmisión Eléctrica

²⁷ La Comisión de Tarifas Eléctricas del Sector Energía y Minas.

²⁸ Con la Resolución de Intendencia Nº 012-4-1947, en el que señala "que Electroperú ha demostrado fehacientemente que en virtud de la naturaleza y características de la explotación o del uso dado a los bienes, la vida útil real de sus activos fijos es distinta a la asignada por ley." Y resuelve: "Dedárese PROCEDENTE, autorizar al contribuyente ELECTROPERÚ S.A. a partir del ejercicio 1996, la aplicación de los porcentajes de depreciación que se detallan en la tabla aprobada por Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas Nº 013-P/CTE del 30.04.87."

Laudo Arbitral de Derecho

*Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS*

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

262. Este Tribunal Arbitral considera que respecto del tratamiento que debe corresponder a las LTE para efectos de su depreciación (asunto sobre el cual ya se ha dicho que no emitirá pronunciamiento), lo único que interesa es excluir de modo concluyente que, en algún momento de la vigencia del CEJ o incluso antes de que este se suscribiera, la hubiera aplicado de manera expresa o aun tácita, la disposición del artículo 39º. Si no hay elementos que evidencien tal situación, resulta plausible entonces inferir que en la práctica aplicativa de las normas estabilizadas, las LTE se depreciaban de acuerdo con el artículo 40º, tal como lo hacía el CONSORCIO y tal como la propia SUNAT no lo objetó en dos fiscalizaciones previas, constituyendo ése, entonces, el criterio que, razonablemente, debe entenderse como estabilizado.

263. A juicio de este Tribunal Arbitral, también abonan a esta interpretación los documentos relacionados con la solicitud de Electroperú para aplicar los porcentajes de depreciación aprobados por la Comisión de Tarifas Eléctricas, así como la jurisprudencia del Tribunal Fiscal ofrecida por el CONSORCIO.

264. El Estado Peruano ha cuestionado la pertinencia de dichas pruebas, alegando que en ningún momento indican que existiera una referencia concreta al régimen de depreciación que correspondía a las LTE y menos que este fuera el del artículo 40º. Ese dicho en parte es correcto: ninguno de dichos documentos o jurisprudencia resuelve algún aspecto particular referido a las LTE. Sin embargo, permiten aseverar algunas cuestiones que sirven de base para las conclusiones a las que este Tribunal está arribando:

1. Durante el periodo³⁴ que resultaba de aplicación la Tabla de vida media útil del Activo Fijo de la Comisión de Tarifas Eléctricas (aprobada por Resolución N° 013-87-P/CTE) para las empresas del Sector Energía y

³⁴ La Resolución N° 024-84-P/CTE tiene fecha 27 de noviembre de 1984 y resultó de aplicación hasta antes del ejercicio 1992 por aplicación de la Ley N° 25381, Ley de Equilibrio Financiero para el Sector Público que contenía la nueva Ley del Impuesto a la Renta y que dispuso que para efectos tributarios solo serían de aplicación las normas de la referida ley.

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

Minas (es decir, para el propio Estado), los activos correspondientes a las LTE eran diferenciados de los "edificios y obras civiles".

2. Aun cuando la Tabla antedicha no hubiera tenido como motivo ni como propósito principal el tener implicancia en lo tributario, una alegación de tal naturaleza como la efectuada por el Estado carece de todo asidero, desde que la propia SUNAT la reconoció expresamente para la depreciación tributaria de los bienes de Electroperú.
3. En efecto, cuando dicha Tabla ya no formaba parte de la normativa vigente para la depreciación de activos, pues la Ley del Impuesto a la Renta y su Reglamento eran las normas a aplicar, la SUNAT aprobó, en 1995, el pedido hecho por Electroperú para depreciar sus activos según lo previsto en dichas Tablas, a lo que la SUNAT accedió fundamentando su decisión en que "a la fecha no han sido variadas las condiciones que originaron el establecimiento de la vida útil de los citados bienes."
4. Fluye de la RTF N° 09496-2-2004 el reconocimiento, tanto por parte de la SUNAT como del propio Tribunal Fiscal, que los bienes del activo fijo de Electroperú que en la fiscalización -que dio origen a dicha controversia- eran identificados como aquéllos que debían estar sujetos a la aplicación de la tasa de depreciación del 3% eran los "inmuebles, registrados en la divisionaria 332"³⁵ de la Tabla de la Comisión de Tarifas Eléctricas (divisionaria en la que no aparecen las LTE) los cuales eran equiparados a

³⁵ Se lee en el penúltimo párrafo de la página 8 de la RTF N° 09496-2-2004: "Por su parte, en la resolución apelada la Administración indica que las normas dadas por la Comisión de Tarifas Eléctricas (...). A ello agrega que recién con la resolución de Intendencia N° 012-4-1947 se autorizó a ELECTROPERÚ S.A. a aplicar los porcentajes de depreciación contenidos en dichos dispositivos, por lo que para los años anteriores, debía aplicarse la Ley del Impuesto a la Renta. **Con relación a la depreciación de inmuebles, registrados en la divisionaria 332, la Administración señala que si bien la legislación del Impuesto a la Renta establecía la posibilidad de modificar las tasas de depreciación, ésta se encontraba supeditada a la tabla de bienes del activo fijo, la cual no incluía a edificios o construcciones, por lo que la tasa del 3% prevista en las normas del mencionado tributo, no podía ser modificada.**" (negrita agregada)

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

los edificios o construcciones³⁶ regulados por el artículo 39º de la Ley del Impuesto a la Renta, respecto de los cuáles no cabía posibilidad de solicitar la aplicación de una tasa de depreciación distinta. Por ello el Tribunal Fiscal concluye, citando un criterio anterior recogido en la RTF Nº 02538-1-2004, que "cuando la Resolución de Intendencia Nº 012-4-01947 declaró procedente la solicitud presentada por ELECTROPERÚ S.A. y la autorizó a partir de 1996 a aplicar los porcentajes de depreciación que se detallan de la Tabla aprobada por la Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas Nº 013-P/CTE del 30 de abril de 1987, debe entenderse que sólo lo hizo respecto de aquellos bienes que se encuentran contenidos en el inciso b) del artículo 22º del citado reglamento y no los que se detallan en el inciso."³⁷

265. Finalmente, sobre el argumento del Estado en el sentido que en este caso lo que se ha producido es una aplicación equivocada de la norma por parte del CONSORCIO, este Tribunal quiere recordar que según los puntos controvertidos de este arbitraje, nada interesa la evaluación sobre la corrección o no de lo realizado por el CONSORCIO para efectos de la autodeterminación de su Impuesto a la Renta, así como tampoco importa valorar la corrección jurídica de los actos administrativos emitidos por la SUNAT. No existe, por tanto, competencia para dilucidar dichos aspectos. La tarea de este Tribunal Arbitral se limita a verificar la extensión de la estabilidad concedida por el CEJ y el cumplimiento de los términos y obligaciones que este le ha impuesto al Estado Peruano.

³⁶ Cuando el Tribunal señala la materia controvertida en la RTF Nº 09406-2-2004, "(...) aspecto que también incide en los edificios y construcciones registrados en la divisionaria 332, respecto a los cuáles también corresponde verificar si la tasa de depreciación aplicable a los mismos, prevista por la legislación del Impuesto a la Renta, podía ser modificada a solicitud de los contribuyentes del impuesto." (primer párrafo de la pág. 9)

³⁷ Dicha conclusión debe ser entendida, además, en el contexto de la controversia de la RTF en la cual en los párrafos precedentes a dicha afirmación se dilucida acerca del asunto concreto – que en dicho caso era materia controvertida- acerca de si a los "edificios y construcciones, registrados en la divisionaria 332" (donde como ya se ha dicho no se encontraban las LTE) les podía corresponder un cambio de tasa de depreciación.

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

266. Por consiguiente, este pronunciamiento arbitral no interfiere con, ni niega la labor que corresponde a la SUNAT respecto de la fiscalización de la autodeterminación del Impuesto a la Renta que haya realizado, o vaya a realizar en ejercicios posteriores, al CONSORCIO. Aunque el ejercicio de dicha facultad administrativa, claramente, no podría significar que se desconozca los alcances de la estabilidad jurídica otorgada por el CEJ.

267. En conclusión, como respuesta a esta segunda pregunta relacionada a la depreciación de bienes, que planteó la interrogante: ¿qué régimen legal del Impuesto a la Renta quedó estabilizado por el CEJ? Este Tribunal Arbitral ha verificado que, si existía un criterio de aplicación estable de la normativa estabilizada por el CEJ, según el cual es posible afirmar que a los activos fijos conformados por las LTE no se les aplicaba el artículo 39º sino el 40º de la Ley del Impuesto a la Renta.

3. ¿Con qué elementos se puede evidenciar que hay una modificación de dicho régimen legal del Impuesto a la Renta estabilizado?

268. Resta por resolver este último aspecto, de índole probatoria, pues además de haber concluido precedentemente que si existía un criterio de aplicación de la normativa estabilizada por el CEJ, se requiere acreditar que tal criterio ha sido modificado para, posteriormente, evaluar, si producto de tal cambio se ha incurrido en una violación al CEJ.

269. Sobre las evidencias que prueban el cambio de criterio en la aplicación de normas sobre la depreciación, el CONSORCIO ha señalado:

- a) Que en el año 2016 la SUNAT ha emitido actos administrativos de determinación³⁸ y de multa³⁹ referidos al Impuesto a la Renta del ejercicio

³⁸ Resolución de Determinación No. 012-003-0071706.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

2010 con los que cambia las reglas de juego en la determinación del gasto por depreciación de los principales activos del CONSORCIO.

- b) Sostiene que **"sin que se haya producido una modificación formal de las normas que regulan la base imponible o la alícuota del IR, SUNAT modifica e incrementa unilateralmente la base imponible y, por tanto, el IR que nos corresponde abonar, al cambiar las reglas de determinación del gasto por depreciación del IR, vulnerando de esta manera el numeral 1 de la cláusula tercera del CEJ."** (negrita original de la cita)
- c) Refiere, también, que el propio Estado Peruano ha reconocido este hecho, es decir, que "se ha verificado que en el 2016 (...) está aplicando un criterio distinto al aplicado durante más de 18 años." Ello fluye, a su juicio, de los dos últimos párrafos de la Resolución de Determinación N° 012-003-0071706³⁹, donde tal modificación unilateral es reconocida expresamente por la SUNAT.
- d) Lo mismo ocurre, señala el CONSORCIO, mediante la Resolución de Multa N° 012-002-0028297, emitida con importe "S/. 0.00", pues en dicho acto la SUNAT invoca y aplica el numeral 2 del artículo 170 del Código Tributario, que le permite no exigir intereses ni sanciones en los casos en que se produzca una dualidad de criterio respecto del sentido y alcance de las normas. El CONSORCIO destaca el hecho que "dicha norma no se refiere a un cambio en la normativa vigente, sino a la disparidad en la aplicación de la misma (cambio de criterio)".

³⁹ Resolución de Multa No. 012-002-0028297.

⁴⁰ "Sin embargo, en la presente fiscalización del Impuesto a la Renta del ejercicio 2010 mediante Carta de Presentación N° 0122150002342-01-SUNAT y Resultado del Requerimiento N° 012150002342 notificado el 17/09/2015 se concluye reparar el exceso de depreciación tributaria de las Líneas de Transmisión Eléctrica, al haber considerado el contribuyente una tasa de depreciación mayor a la establecida, correspondiéndole aplicar la tasa del 3% establecida en la Ley del Impuesto a la Renta para los activos fijos considerados como edificaciones y construcciones (...).

En base a lo detallado en los anteriores párrafos y en aplicación del Artículo 170° Numeral 2 del TUO del Código Tributario, por el reparo tributario "Deducción en Exceso de Depreciación Tributaria por Líneas de Transmisión Eléctrica (LTE)" no procede la aplicación de intereses ni sanciones hasta el 17/09/2015, fecha en que se notificó el Resultado del Requerimiento N° 0122150002342" (énfasis original de la cita del CONSORCIO).

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

270. El MEM, sobre este punto ha sostenido lo siguiente:

- a) **"La Sunat no tuvo al momento de celebración del CEJ el criterio de aplicar a la depreciación tributaria de las Líneas de Transmisión Eléctrica el régimen legal que invoca Transmantaro."** (negrita original de la cita). Consecuentemente, no es posible que haya cambiado de criterio.
- b) Refiere que "Transmantaro tampoco ha probado que la Sunat, en algún momento haya aplicado a las Líneas de Transmisión Eléctrica de esa empresa el régimen legal de depreciación tributaria que invoca (10%)".
- c) Afirma que la apreciación del CONSORCIO es incorrecta: "No existe una "nueva posición de la Sunat por la sencilla razón de que –conforme a las normas legales y jurisprudenciales antes mencionadas- los papeles de trabajo de fiscalización, (...) no constituyen –en modo alguno- actos administrativos con consecuencias oficiales y definitivas. (...) Al contrario, la Resolución de Determinación Nº 012-003-0071706, una vez notificada por la Administración Tributaria, recién constituye la primera posición oficial de la Sunat sobre la correcta determinación del Impuesto a la Renta, específicamente en cuanto al tema del régimen legal aplicable a la depreciación de los bienes del activo de Transmantaro."
- d) Agrega que con relación a la Resolución de Multa Nº 012-002-0028297 emitida por valor 0, en la cual la SUNAT invoca el artículo 170 numeral 2 del Código Tributario, "no estaríamos más que ante un error, pues la Sunat habría aplicado dicho artículo a un caso que no corresponde. Y, como lo recuerda nuestro Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia "el error no puede generar derechos".

271. PROINVERSIÓN sobre este aspecto ha dado los siguientes argumentos:

- a) Señala que, claramente, "no estamos frente a un cambio de criterio, sino frente una incorrecta aplicación de una norma tributaria".

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

- b) Se reafirma en que no existe ni criterio estabilizado por el CEJ ni menos que este se refiera al régimen tributario con el que se deben depreciar las LTE. "Por tanto, al no haber "antigua" posición de la SUNAT, carece de fundamento sostener que en esta nueva fiscalización la SUNAT "cambia" su parecer original."
- c) Sostiene que no es posible, tampoco, hablar de una posible dualidad de criterio y se basa en las RTFs Nos. 05427-1-2005, 15837-8-2013 y 4814-4-2015, puesto que de acuerdo con dichas resoluciones "se debe tratar de criterios contradictorios, puestos de manifiesto en forma expresa, por la misma Administración Tributaria a través de actos formales, hecho que no se presenta en el caso de autos." (negrita y subrayado original de la cita)
- d) Finalmente, señala que en el Derecho Tributario la base fundamental es el principio de legalidad, porque debe ser la ley el parámetro a considerar para establecer cuándo se está ante una dualidad de criterio.
- e) Y concluye afirmando que "Luego de todas estas explicaciones ya queda más claro que la posición de SUNAT en torno a la consideración del art. 40 de la Ley del Impuesto a la Renta por vía directa a través de ciertos resultados de requerimiento o por vía indirecta mediante la invocación (indebida) de la regla de la duplicidad de criterio (...) son temas que –en rigor– se ubican en el plano de la *aplicación* de normas, y no en el plano de *modificación* de las normas tributarias estabilizadas en el Convenio de Estabilidad Jurídica."

272. El Tribunal recoge las conclusiones que ha ido elaborando de forma parcial al contestar las preguntas anteriores, para acotar la respuesta a esta tercera interrogante sin tener que reiterar aspectos sobre los que ya ha efectuado un análisis y que, sin embargo, han sido enunciados en este punto como parte de los argumentos del CONSORCIO y del Estado Peruano, entre otras razones, por estar estrechamente vinculados.

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

273. En tal sentido, este Tribunal destaca que, como ya ha sido determinado, sí existía un criterio de aplicación estable sobre la normativa que se refiere a la depreciación tributaria y se ha concluido que, además, esta forma parte del régimen legal estabilizado por el CEJ. En consecuencia, no puede producirse ningún acto de la Administración Tributaria que, en la práctica, contraría tal criterio respecto del CONSORCIO, quien goza de la seguridad jurídica que le ofrece la estabilidad otorgada por el CEJ.
274. Ahora bien, la controversia en este punto ha desembocado en las diferentes argumentaciones ofrecidas por las partes para acreditar o desvirtuar si por aplicación de la norma contenida en el numeral 2 del artículo 170º del Código Tributario, se ha producido la "dualidad de criterio" que dicho artículo regula a efectos de no exigir el cobro de intereses ni sanciones.
275. Como ha quedado expuesto, la SUNAT ha motivado sus actos de determinación y multa del año 2016, entre otros, en dicha norma. Este Tribunal Arbitral, como ya se ha dicho, carece de competencia para pronunciarse sobre la corrección de dichos actos administrativos y, menos aún, para valorar si resulta de aplicación concretamente a este caso, el supuesto que eximiría del cobro de intereses y sanciones. Dicha materia es, sin duda, plenamente tributaria y de competencia, finalmente en la vía administrativa, del Tribunal Fiscal.
276. No obstante lo dicho, y ya en el fuero de lo que corresponde a la calificación de lo que sería una conducta del Estado Peruano acorde con los términos de la estabilidad jurídica garantizada al CONSORCIO, no deja de, al menos, causar sorpresa que si fuera, como la defensa del Estado ha sostenido, "el primer pronunciamiento oficial" de la SUNAT sobre el régimen tributario que corresponde a las LTE, haya incurrido en el "error" de invocar una norma ajena completamente a la situación que la defensa del Estado ha pretendido que se reconociera (vale decir, la del ejercicio de la facultad de corregir la autodeterminación errada que CONSORCIO habría realizado por todo el tiempo de vigencia del CEJ).

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

277. Por tal motivo, a juicio de este Tribunal Arbitral, la invocación de la dualidad de criterio resulta al menos indicativo o indiciario de que la SUNAT actuó evaluando la repercusión de las decisiones tomadas en el curso de la fiscalización que concluyó este año 2016 y consciente, además, de que dualidad de criterio a que se contrae tal artículo es "respecto del sentido y alcance de las normas". Con ello, este Tribunal Arbitral no pretende entrar en especulaciones ni quiere afirmar que la conducta de la SUNAT da lugar, justamente, al supuesto de la norma contenida en el numeral 2 del artículo 170º del Código Tributario. Sencillamente, aprecia los elementos que rodean a la manifestación hecha por la SUNAT en tales actos administrativos.

278. En tal sentido, este Tribunal Arbitral simplemente concluye que dados los actos administrativos emitidos por la SUNAT en el año 2016, existe evidencia de que no se ha aplicado el criterio que, a la luz de lo actuado en este proceso, ha quedado demostrado quedó estabilizado por el CEJ, justamente, porque a la fecha de su suscripción y aun durante los primeros 18 años de su ejecución, el tratamiento que correspondía otorgar a los activos fijos constituidos por las LTE no fue el del artículo 39º de la Ley del Impuesto a la Renta.

Conclusión sobre el Primer Punto Controvertido:

279. Este Tribunal Arbitral concluye que sí es posible afirmar que el Estado Peruano ha modificado el régimen legal del Impuesto a la Renta vigente en el ejercicio 1998 que fuera estabilizado por el Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito el 24 de febrero de 1998 y que resulta aplicable a la depreciación de las Líneas de Transmisión Eléctrica del CONSORCIO.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: En caso existiera un cambio del régimen legal estabilizado que correspondería a la depreciación de las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad del CONSORCIO, establecer si

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

ello constituiría una afectación a las obligaciones contenidas en la Cláusula Tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito el 24 de febrero de 1998.

280. En los párrafos precedentes ha quedado claramente establecido que sí se ha producido un cambio en el régimen legal estabilizado por el CEJ; en consecuencia, con este segundo controvertido se pretende establecer si dicho cambio constituye una afectación a las obligaciones contenidas en la cláusula tercera del CEJ.

281. A este respecto, es preciso tener presente lo regulado de modo expreso por la cláusula tercera del CEJ:

"TERCERA.- El ESTADO, en virtud del presente Convenio, y mientras éste se encuentre vigente, se obliga a garantizar la estabilidad jurídica para el CONSORCIO TRANSMANTARO, en los siguientes términos:

1. *Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el Artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 757, que implica que el Impuesto a la Renta que le corresponda abonar al CONSORCIO TRANSMANTARO no será modificado mientras se encuentre en vigencia el presente Convenio de 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 la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 774 y normas modificatorias vigentes al momento de la celebración del presente Convenio.*

El régimen de estabilidad que se garantiza al CONSORCIO TRANSMANTARO 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 al CONSORCIO TRANSMANTARO, aunque se trate del aumento o disminución de las alícuotas, de la ampliación o reducción de la base imponible, o de cualquier otra causa de efectos equivalentes".

282. Sobre la base de una interpretación literal, sistemática y funcional de dicha cláusula tercera del CEJ, este Tribunal Arbitral tiene la plena convicción que el Estado está obligado a no modificar el régimen tributario del Impuesto a la

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

- Renta vigente en 1998, para que este se le aplique al CONSORCIO en los mismos términos en que se venía aplicando, lo que incluye, como ya se ha dicho, las interpretaciones y criterios de interpretación o aplicación estables que existían al momento de suscribirse el CEJ.
283. En efecto, la estabilidad tributaria que se le ha garantizado al CONSORCIO importa que durante los años de vigencia del CEJ pueda aplicar de modo permanente la normativa que sobre el Impuesto a la Renta empresarial estuvo vigente al momento de la suscripción del CEJ pero también, y en ello está el aspecto más importante a resaltar, los criterios de aplicación considerados como estables en los términos de lo expresado en el análisis del punto controvertido anterior.
284. Sobre este aspecto, este Tribunal hace hincapié en la referencia de la cláusula tercera del CEJ a no modificar *"el Impuesto a la Renta que le corresponda abonar al CONSORCIO TRANSMANTARO (...), aplicándose en los mismos términos"*, para precisar que tal afirmación sobre "los términos" no puede entenderse como únicamente vinculada a las modificaciones del texto normativo del Impuesto a la Renta.
285. Efectivamente, como ya se ha afirmado, el Tribunal concuerda con el Estado Peruano en que la cláusula tercera del CEJ solo ofrece estabilidad respecto de un impuesto concreto, que es el Impuesto a la Renta, pero de ninguna manera ello significa o puede excluir que los criterios estables de interpretación o aplicación de dichas normas no puedan, a su vez, también ser parte de la estabilidad y adquirir, por tanto, carácter de inmodificables para quien ostente una garantía y protección brindadas por un CEJ. Ello deja a salvo, por supuesto, la labor fiscalizadora de la SUNAT y, eventualmente, las rectificaciones que pudiera hacer ella misma o el Tribunal Fiscal a dichos criterios, solo que en tales casos estos no alcanzarán a la empresa con estabilidad jurídica.

Tribunal Arbitral
*Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez*

286. Esta postura e interpretación sobre el alcance de la estabilidad jurídica y la consecuente obligación del Estado Peruano, ha encontrado recepción en diversos pronunciamientos del Tribunal Fiscal, tales como las RTFs Nos. 01380-1-2005, 01578-3-2005 y 03717-3-2005 que concluyeron que "una modificación por la vía de la interpretación administrativa tiene un efecto similar de alterar el blindaje del que gozan los contrato-ley, transgrediendo la seguridad jurídica que el CEJ otorga, no aceptándose dicha modificación posterior aun cuando la misma constituya una interpretación de observancia obligatoria." Esta postura del Tribunal Fiscal importa en lo que se refiere concretamente al presente caso, porque refuerza la tesis de este Tribunal Arbitral sobre la estabilidad jurídica otorgada por el CEJ no puede verse alterada por modificaciones al texto de las normas (supuesto evidente) como tampoco por una interpretación administrativa, sea cual sea ésta, ni siquiera si se tratara de una jurisprudencia vinculante (de observancia obligatoria) y ello es así, porque admitir lo contrario (si no es posible admitir modificación que provenga de la ley, de la jurisprudencia obligatoria, menos aún lo sería de un cambio de criterio estable de la forma de aplicar de la normativa) sería una forma de vaciar de contenido el sentido de la estabilidad jurídica que es, ante todo, la garantía de que el régimen –en este caso el tributario- que le será exigible a la empresa será siempre el mismo, sea que le perjudique o le beneficie, de ahí que la cláusula sexta del CEJ proscriba toda "modificación unilateral" durante la vigencia del convenio.

287. Siendo que el cambio en el criterio sobre la aplicación de las normas referidas a la depreciación de los activos fijos ha quedado demostrado en el análisis del primer punto controvertido, no queda más que admitir que dicho cambio constituye un incumplimiento por parte del Estado Peruano de la obligación que le imponía el CEJ de no modificar los términos en los que se aplicaba el Impuesto a la Renta vigente al momento de su suscripción, situación derivada de la cláusula tercera del CEJ.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverri

Sandra Sevillano Chávez

288. En consecuencia, a juicio de este Tribunal el Estado Peruano ha faltado a su compromiso, ha incurrido en un incumplimiento contractual y ha pretendido desconocer la forma de aplicación de la normativa del Impuesto a la Renta empresarial que resultaba protegida por la estabilidad jurídica otorgada por el CEJ.

Conclusión sobre el Segundo Punto Controvertido:

289. Este Tribunal Arbitral concluye que el cambio en el régimen legal estabilizado que corresponde a la depreciación de las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad del CONSORCIO, constituye una afectación a las obligaciones del Estado Peruano que están contenidas en la cláusula tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito el 24 de febrero de 1998.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que este Tribunal Arbitral declare que en virtud de la estabilidad del régimen tributario del Impuesto a la Renta otorgada en la Cláusula Tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrita el 24 de febrero de 1998, el CONSORCIO continúe depreciando sus Líneas de Transmisión Eléctrica bajo el régimen legal que ha venido aplicando.

290. A lo largo del desarrollo del análisis y fundamentación de este laudo el Tribunal Arbitral se ha cuidado en delimitar, en cada oportunidad, los alcances de su competencia dejando meridianamente establecido que excede y supera el campo de lo que puede ser sometido a su conocimiento, cualquier materia que implique un pronunciamiento relativo, en concreto, a la forma en deben interpretarse o aplicarse las normas tributarias.

291. El trabajo de este Tribunal, en ese sentido, se ha circunscrito a determinar y verificar si se han producido los elementos que activan su competencia, es decir, que en el periodo de cumplimiento del CEJ haya surgido una discrepancia sobre la interpretación, ejecución o validez del convenio, y una vez verificado

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

ello ha emitido pronunciamiento sobre el particular punto controvertido de este arbitraje. Así ha cumplido con observar de modo estricto la cláusula novena del CEJ, que a la letra dice:

"Novena.- 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 resuelta mediante arbitraje de derecho."

292. Ahora bien, este tercer punto controvertido exige de parte de este Tribunal Arbitral una declaración concreta respecto al tratamiento tributario de las LTE que, a su juicio, no solo carece de objeto -puesto que establecido el marco de la estabilidad jurídica otorgada por el CEJ en los dos puntos controvertidos anteriores, sobra cualquier declaración sobre lo mismo- sino que es improcedente, porque tal declaración, inocua por lo demás, implicaría en este caso, un pronunciamiento que conllevaría una calificación o valoración positiva sobre la adecuación de los actos realizados por el CONSORCIO en lo que concierne a la depreciación tributaria de sus LTE, aspecto sobre el cual, como reiteradamente se ha dicho, no tiene competencia.

Conclusión sobre el Tercer Punto Controvertido:

293. Este Tribunal concluye que carece de competencia para declarar que, en virtud de la estabilidad del régimen tributario del Impuesto a la Renta otorgada en la Cláusula Tercera del CEJ, el CONSORCIO debe continuar depreciando sus Líneas de Transmisión Eléctrica bajo el régimen legal que ha venido aplicando.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quién y en qué proporción le corresponde asumir los costos y costas del proceso.

294. Las dos partes han solicitado al Tribunal Arbitral que se condene a la contraparte al pago de las costas y costos de este arbitraje.

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverri
Sandra Sevillano Chávez

295. Sobre este particular, la cláusula novena del CEJ –que contiene el pacto de arbitraje– dispone que “Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida”.

296. Por su parte, el artículo 69º de la LEY DE ARBITRAJE, establece lo siguiente:

“Artículo 69º.- Libertad para determinar costos

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”

297. Existiendo expreso acuerdo de las partes y, considerando además la buena conducta procesal durante el desarrollo de este arbitraje, lo que corresponde disponer es que las partes asuman cada una el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral y, en lo demás, cada parte deberá asumir directamente los costos de su asesoría legal y demás conceptos.

XIV. CUESTIONES FINALES

298. El Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado y analizado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, así como la prueba de oficio dispuesta por el Colegiado y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

Lauda Arbitral de Derecho
Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Tribunal Arbitral
Gonzalo García Calderón (Presidente)
Fernando Cantuarias Salaverry
Sandra Sevillano Chávez

299. En atención a ello y siendo que los miembros del Tribunal Arbitral no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones han tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, este Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la pretensión principal de la demanda del CONSORCIO y, en consecuencia, se declara que el Estado Peruano ha incumplido con su obligación prevista en la cláusula tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado entre Consorcio Transmantaro S.A. y el Estado Peruano el 24 de febrero de 1998, debido a que ha modificado unilateralmente el régimen legal de depreciación estabilizado aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctrica de propiedad de Consorcio Transmantaro S.A., al haber emitido y notificado la Resolución de Determinación N° 012-003-0071706 y la Resolución de Multa N° 012-002-0028297, a través de su Administración Tributaria, en virtud de las cuales cambia de criterio en la aplicación del régimen legal estabilizado aplicable a las Líneas de Transmisión Eléctricas de propiedad del CONSORCIO.

SEGUNDO: DECLARAR que el Tribunal Arbitral carece de competencia para pronunciarse acerca de la pretensión accesoria a la pretensión principal de la demanda del CONSORCIO.

TERCERO: DISPÓNGASE que los honorarios del Tribunal Arbitral y los de la secretaría, son los establecidos en la Resolución No. 3 de fecha 7 de setiembre de 2016.

CUARTO: DISPONER que las partes asuman en partes iguales los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por el CONSORCIO TRANSMANTARO
S.A. vs. la AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA y el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

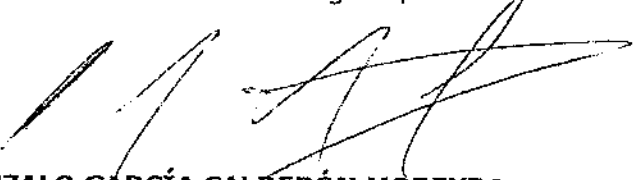
Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón (Presidente)

Fernando Cantuarias Salaverry

Sandra Sevillano Chávez

asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos,
costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente
proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

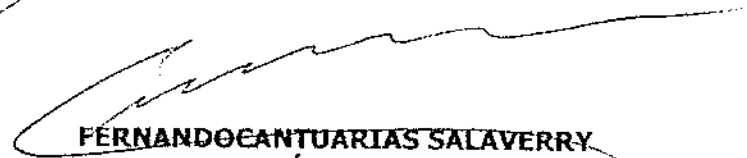


GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA
Presidente del Tribunal Arbitral



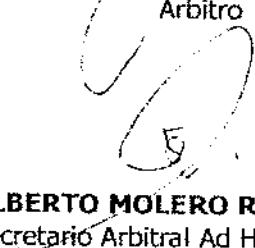
SANDRA SEVILLANO CHÁVEZ

Árbitro



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Árbitro



ALBERTO MOLERO RENTERÍA

Secretario Arbitral Ad Hoc

