

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

CIUDAD DE WASHINGTON D.C.

Procedimiento de arbitraje entre

SEÑOR TZA YAP SHUM
(DEMANDANTE)

y

LA REPÚBLICA DEL PERÚ
(DEMANDADA)

Caso N.º ARB/07/6

LAUDO

Miembros del Tribunal

Sr. Judd Kessler, Presidente
Sr. Hernando Otero, Árbitro
Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Anneliese Fleckenstein

En representación del Demandante

Sres. Orlando Siu,
Carlos Paitán y
Christian Carbajal
Estudio Paitán y Abogados
Calle Martir Olaya No. 129,
oficina 1604 Torre "A"
Centro Empresarial José Pardo
Lima 18, Perú

En representación de la Demandada

Sr. Carlos Valderrama
Presidente de la Comisión Especial 28933
Ministerio de Economía y Finanzas
Jr. Lampa Nro. 277, Piso 5
Lima 1, Perú
y
Sr. Louis B. Kimmelman, Sr. Stephen
Jagusch, Sra. Nicole R. Duclos y Sr. Anthony
Sinclair
Allen & Overy LLP
1221 Avenue of the Americas
New York, NY 10020

Fecha de envío: 7 de julio de 2011

ÍNDICE

| | | |
|------|---|----|
| I. | Introducción | 1 |
| II. | Glosario..... | 2 |
| III. | Procedimiento arbitral..... | 6 |
| | A. La Solicitud de Arbitraje y su registro | 6 |
| | B. La Constitución del Tribunal | 7 |
| | C. Etapa de Fondo | 12 |
| IV. | Aspectos preliminares..... | 18 |
| | A. Derecho Aplicable | 19 |
| | B. Responsabilidad del Estado | 21 |
| | C. Carga de la prueba | 22 |
| | D. Resumen de los argumentos del Demandante | 23 |
| | E. Resumen de los argumentos de la Demandada..... | 28 |
| V. | Consideraciones del Tribunal | 30 |
| | A. Introducción | 30 |
| | B. La inversión | 32 |
| | C. Resumen del procedimiento de fiscalización y estado actual de la deuda tributaria determinada..... | 34 |
| | D. La Decisión de SUNAT de Solicitar <i>Medidas Cautelares Previas</i> | 42 |
| | 1. Antecedentes..... | 42 |
| | 2. La Solicitud de la División de Auditoría de Medidas Cautelares Previas | 44 |
| | 3. Análisis | 48 |
| | E. Conclusiones del Tribunal | 56 |
| | Aspectos preliminares..... | 56 |
| | 1. ¿Resultaron las medidas cautelares previas en la expropiación de la inversión ?..... | 60 |
| | 2. ¿Exime de responsabilidad al Estado el interés público en el ejercicio de la potestad tributaria?..... | 68 |
| | 3. ¿Fue la conducta de la SUNAT arbitraria?..... | 72 |
| | Aspectos Preliminares..... | 72 |
| | Análisis | 73 |
| | a. Los informes de medidas cautelares previas..... | 77 |
| | b. La conducta de la División de Control de la Deuda y Cobranza .. | 80 |

| | | |
|---|---|-----|
| c. | La Eficacia de las Medidas | 87 |
| 4. | Disponibilidad de un recurso legal adecuado y debido proceso. | 88 |
| 5. | Presunta mala fe de TSG y mitigación del daño..... | 96 |
| VI. | La Valoración del Daño | 100 |
| A. | Perjuicio Moral | 108 |
| B. | Intereses Aplicables | 113 |
| VII. | Costos del procedimiento..... | 115 |
| ANEXO I: Resumen de las actuaciones administrativas hechas por informe de la Auditora | | 1 |
| I. | Introducción | 1 |
| II. | Conclusiones obtenidas por la Auditora | 1 |
| | Observaciones iniciales..... | 1 |
| | Resultado de los requerimientos | 2 |
| | Reparos por ventas no declaradas u omitidas | 3 |
| | Reparos por intereses pagados a mutantes no domiciliados en el Perú | 4 |
| | Deducción en momento equivocado de créditos por IGV | 8 |
| | Multas | 9 |
| III. | Conclusión | 12 |
| IV. | Valores adicionales emitidos | 12 |
| ANEXO II: Proporción de resoluciones de multa relativas a las ventas omitidas de harina de pescado y aceite de pescado..... | | 1 |
| I. | Introducción | 1 |
| II. | Multas impuestas | 1 |
| III. | Proporción de multas derivadas de la omisión de ventas | 2 |
| ANEXO III: Análisis de los temas de mayor importancia durante la auditoría | | 1 |
| I. | Introducción | 1 |
| II. | Supuestos para aplicar la determinación sobre base presunta | 1 |
| III. | Hallazgos de auditoría respecto de ventas presuntas de harina de pescado..... | 5 |
| IV. | Hallazgos respecto de ventas presuntas de aceite de pescado | 6 |
| V. | Conclusiones respecto de los hallazgos de la auditoría | 8 |

I. Introducción

1. La disputa planteada en este procedimiento involucra a un inversor de nacionalidad china y a la República del Perú [la "Demandada" o el "Perú"].¹ El Demandante es el Sr. Tza Yap Shum [el "Demandante" o el "Sr. Tza"] y alega que su inversión en una compañía peruana denominada TSG Perú S.A.C. ["TSG"] ha sido expropiada violando el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ["APPRI" o "el Tratado"] como consecuencia de una serie de acciones y decisiones de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria Peruana ["SUNAT"], la agencia estatal responsable de la administración y recaudación de impuestos. La disputa, por tanto, no se refiere a la expropiación directa e intencionada de la inversión del Demandante, sino a las acciones de las autoridades fiscales que resultaron, según el Demandante, en la destrucción o privación sustancial de la inversión. La República del Perú ha rechazado la postura del Demandante, ha criticado las acciones del Demandante y de TSG y ha defendido las acciones de sus autoridades fiscales.

¹ Caso CIADI No. ARB/07/6 [en adelante el "Caso"].

II. Glosario

| | |
|-------------------------------|--|
| ADC | <i>ADC Affiliate Ltd. c. República de Hungría</i> , Caso CIADI No. ARB/03/16 |
| APPRI | Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca Inversiones, de fecha de 9 de junio de 1994 |
| Archer Daniels Midland | <i>Archer Daniels Midland et. al. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05 |
| Argandoña | Informe sobre TSG Perú S.A.C. por Gonzalo Argandoña de PricewaterhouseCoopers, de fecha 30 de marzo de 2010 |
| Artículos de la CDI | Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional |
| Caso | Caso CIADI No. ARB/07/6 |
| Centro | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| CIADI | Ver Centro |
| CIU | Clasificación Industrial Internacional Uniforme de Todas Actividades Económicas, Revisión 3, elaborada por la Comisión de Estadística del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| Circular | Carta Circular 047-98 de SUNAT |
| CMD | Memorial de Contestación (o Contra-Memorial de Defensa) |
| CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |
| Cobranza | División del Control de la Deuda y Cobranza de SUNAT |
| Convenio | Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| Convenio CIADI | Ver Convenio |
| CT | Código Tributario |
| Demandada | Gobierno de la República del Perú |
| Demandante | Sr. Tza Yap Shum |
| DFC | Descuento de Flujos de Caja |

| | |
|---|---|
| División de Cobranza | Ver Cobranza |
| DJC | Decisión sobre Jurisdicción y Competencia de fecha de 19 de junio de 2009 |
| <i>Draft Articles</i> | Louis B. Sohn & Richard Baxter, <i>Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens</i> , 55 Am. J. Int'l L. 545, 552 (1961) |
| DT | Declaración Testimonial (seguido por las iniciales del nombre del testigo) |
| <i>EDF</i> | <i>EDF (Services) Ltd. c. Rumanía</i> , Caso CIADI No. ARB/05/13 |
| <i>ELSI</i> | <i>Elettronica Sicula S.p.A. (Estados Unidos de América c. Italia)</i> [1989] ICJ Rep. 15 |
| <i>EnCana</i> | <i>EnCana Corp. c. República de Ecuador</i> , Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3481 |
| EPA-Perú | Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada |
| EPA-Tza | Escrito Posterior a la Audiencia del Demandante |
| Gálvez | Opinión de Testigo Perito en Materia Tributaria Ofrecida por José Carlos Gálvez Rosaco, de fecha de 9 de abril de 2010 |
| <i>Glamis Gold</i> | <i>Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de America</i> , Ad hoc—Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, IIC 380 |
| IGV | Impuesto General a las Ventas |
| INDECOPI | Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual |
| IR | Impuesto a la Renta |
| Kallpa | Informe de Valorización para determinación de valor de: TSG Perú S.A.C. por Alberto Arispe y Ricardo Carrión de Kallpa Securities de fecha de noviembre de 2009 |
| <i>Lauder</i> | <i>Ronald S. Lauder c. República Checa</i> , Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI |
| LCIA | Corte de Arbitraje Internacional de Londres |
| LECG | Comentarios al Informe de Valorización Kallpa por Andrés Chambouleyron de fecha de 12 abril de 2010 |
| Ley del Procedimiento Administrativo General | Ley No. 27444 de 2001 (modificada por el Decreto Legislativo No. 1029 de 2008) |
| <i>LG&E</i> | <i>LG&E Energy Corp., et al. c. República Argentina</i> , Caso CIADI |

| | |
|--------------------------------|--|
| | No. ARB/02/1 |
| LIR | Ley de Impuestos Sobre la Renta |
| Medidas | Medidas Cautelares Previas |
| <i>Metalclad</i> | <i>Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1 |
| Mini | Opinión Legal Experta en Materia Tributaria por Dr. José Luis Mini Miranda de fecha de noviembre 2009 |
| MMD | Memorial del Demandante |
| Montt | Santiago Montt, State Liability in Investment Treaty Arbitration 281–88 (2009) |
| <i>National Grid</i> | <i>National Grid P.L.C. c. República Argentina</i> , Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI |
| Newcombe & Paradell | Andrew Newcombe & Lluís Paradell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment 358 (2009) |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico |
| Perú | Ver Demandada |
| Proceso Concursal | Procedimiento Concursal Preventivo |
| Propuesta Conjunta | Propuesta Conjunta de Instrucciones para la Fase de Fondo del Proceso |
| Reglas de Arbitraje | Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje de CIADI |
| Reglas de Iniciación | Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje de CIADI |
| RTF | Resolución del Tribunal Fiscal |
| S.D. Myers | S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá, Ad hoc — Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI |
| S/. | Nuevos soles peruanos |
| Sección de Cobranza | Ver Cobranza |
| Solicitud | Solicitud de Arbitraje, de fecha 14 de septiembre de 2006 |
| Sr. Tza | Ver Demandante |
| SUNAT | Superintendencia Nacional de Administración Tributaria |
| <i>Tecmed</i> | <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 |

| | |
|--------------------------|---|
| Third Restatement | Restatement (Third) of the Law of Foreign Relations of the United States (1987) |
| TLC | Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China, suscrito el 28 de abril de 2009 |
| Tr. Esp. | Transcripción en español de la audiencia de fondo |
| Tr. Ing. | Transcripción en inglés de la audiencia de fondo |
| Tratado | Ver APPRI |
| TSG | TSG Perú S.A.C. |
| US\$ | Dólares de Estados Unidos |

III. Procedimiento arbitral

A. La Solicitud de Arbitraje y su registro

2. El día 29 de septiembre de 2006, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ["CIADI" o "el Centro"] recibió del Sr. Tza Yap Shum, un nacional de la República Popular China, y de TSG Perú S.A.C., una compañía constituida bajo las leyes de Perú, una Solicitud de Arbitraje de fecha 14 de septiembre de 2006 [la "Solicitud"] en contra de la República del Perú.
3. El 5 de octubre de 2006, el Centro acusó recibo de la Solicitud y envió copias de la misma a la República del Perú, a nombre de S.E. Presidente Dr. Alan García Pérez, y a la Embajada de la República del Perú en Washington D.C.
4. Por medio de cartas de fecha 20 de octubre de 2006, 21 de noviembre de 2006 y 11 de enero de 2007, el Centro solicitó a los representantes del Sr. Tza Yap Shum y TSG Perú S.A.C. aclaraciones sobre el contenido de la Solicitud de Arbitraje a la luz del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ["Convenio CIADI"] y la Regla 6 (1)(b) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje de CIADI ["Reglas de Iniciación"].
5. Por medio de cartas de fecha 8 de noviembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 26 de enero de 2007, los representantes del Demandante y TSG Perú S.A.C. respondieron a las solicitudes de aclaración del Centro. En su carta de 26 de enero de 2007, los representantes de los solicitantes decidieron "retirar de la petición de registro a la empresa TSG Perú S.A.C. [...]."

6. El 12 de febrero de 2007, después de haber recibido una nueva versión de la Solicitud de Arbitraje incluyendo enmiendas al original, la Secretaria General del Centro registró la Solicitud de Arbitraje del Sr. Tza Yap Shum en contra de la República del Perú.

B. La Constitución del Tribunal

7. Por medio de carta de fecha 22 de febrero de 2007, el Demandante envió una propuesta sobre el método para la constitución del Tribunal de Arbitraje ["el Tribunal" o "el Tribunal Arbitral"] de conformidad con la Regla 2 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje de CIADI ["Reglas de Arbitraje"]. De conformidad con la propuesta del Demandante, el Tribunal estaría constituido por tres árbitros de nacionalidades distintas a las de las partes, con cada parte nombrando un árbitro dentro de un plazo de 15 días de aceptada dicha propuesta. Una vez los árbitros nombrados hubiesen aceptado sus nombramientos, estos procederían a nombrar, en un plazo de 15 días, al presidente del Tribunal. En caso de incumplimiento, cualquier parte podría recurrir al Centro para que hiciera los nombramientos que no se hubiesen efectuado de conformidad con el método propuesto.
8. Por medio de carta de fecha 22 de febrero de 2007, el Centro acusó recibo de la propuesta del Demandante e invitó a la Demandada a formular cualquier observación que tuviera al respecto.
9. Por medio de cartas de fecha 27 de febrero y 9 de marzo de 2007, la Demandada solicitó dejar sin efecto la notificación del acto de registro de la Solicitud. En sus cartas, la Demandada argumentó que el registro de la Solicitud, al haberse hecho solamente con respecto del Sr. Tza Yap Shum como resultado del retiro de TSG Perú S.A.C. como demandante, vulneraba la Regla 2 de las Reglas de Iniciación.

10. Las partes intercambiaron comunicaciones al respecto de la solicitud de la Demandada.
11. Por medio de carta de fecha 13 de marzo de 2007, el Centro comunicó a las Partes que de conformidad con el Artículo 36 del Convenio CIADI, el Secretario General debe proceder al registro de la Solicitud "salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro." La Secretaria General explicó a las partes que sobre esa base había registrado la Solicitud sin perjuicio de los poderes y funciones del Tribunal de Arbitraje para determinar la jurisdicción del Centro, su propia competencia y para resolver el fondo de la materia.
12. Por medio de carta de fecha 14 de marzo de 2007, la Demandada aceptó, parcialmente, la propuesta del Demandante sobre la constitución del Tribunal. La Demandada manifestó estar de acuerdo en cuanto al número de árbitros y su nacionalidad, mas no así en el método para nombrar al presidente del Tribunal. Según la Demandada, el presidente debía de ser nombrado por acuerdo entre las partes.
13. No habiendo acuerdo entre las partes en cuanto al método de constitución del Tribunal, por medio de carta de fecha 18 de abril de 2007, el Demandante invocó la formula contenida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI para la constitución del Tribunal. En esta misma carta el Demandante nombró al Sr. Hernando Otero, nacional de Colombia, como árbitro.
14. Por medio de carta de fecha 11 de mayo de 2007, la Demandada nombró al Profesor Juan Fernández-Armesto, nacional de España, como árbitro.
15. Por medio de carta de 9 de julio de 2007, habiendo transcurrido el plazo de 90 días previsto en el Artículo 38 del Convenio CIADI sin haberse constituido el Tribunal de

Arbitraje, el Demandante solicitó que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombrase al Presidente del Tribunal de conformidad con el Artículo 38 del Convenio y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje.

16. El 28 de septiembre de 2007, el Presidente del Consejo Administrativo designó, con la anuencia de las partes, al Sr. Judd Kessler, nacional de los Estados Unidos de América y miembro de la lista de Árbitros del CIADI, como Presidente del Tribunal de Arbitraje.
17. El 1 de octubre de 2007, se constituyó el Tribunal de Arbitraje de acuerdo con el Convenio y quedó compuesto de la siguiente manera: Sr. Judd Kessler, Presidente; Sr. Hernando Otero, árbitro; Profesor Juan Fernández-Armesto, árbitro.
18. El 26 de noviembre de 2007, el Tribunal de Arbitraje, junto con las partes, celebró su primera sesión en la sede del Centro en Washington D.C. Durante la misma, se discutieron y decidieron cuestiones de procedimiento, incluido el calendario para la presentación de escritos. El Secretario del Tribunal preparó un Acta Resumida conteniendo los acuerdos alcanzados por las partes durante la primera sesión. En la primera sesión estuvieron presentes, por el Tribunal: el Sr. Judd Kessler, Presidente; el Sr. Hernando Otero, árbitro; el Profesor Juan Fernández-Armesto, árbitro; y el Sr. Tomás Solís, Secretario del Tribunal. En representación del Demandante comparecieron el señor Orlando Siu y los Sres. Carlos Paitán y Christian Carbajal, del estudio Paitán & Asociados de Lima. En representación de la Demandada comparecieron los señores Carlos Ramírez, Presidente de la Comisión Especial Caso CIADI No. ARB/07/6, Manuel Talavera, Jefe de Misión Adjunto de la Embajada de Perú en Washington D.C., la Srta. Yesenia Cabezas, Primera Secretaria, Departamento

Económico de la Embajada de Perú en Washington D.C., y, del estudio de Allen & Overy LLP, el Sr. Louis Kimmelman y la Sra. Nicole Duclos.

19. Durante la primera sesión, el Tribunal tomó nota que por medio de carta de fecha 19 de noviembre de 2007, la Demandada había solicitado la bifurcación del procedimiento, y que el Demandante, por medio de carta de fecha 22 de noviembre de 2007, había dado su consentimiento a la misma.
20. Las partes acordaron además un calendario abreviado con un solo intercambio de escritos en materia de jurisdicción y competencia, seguido de una audiencia del Tribunal con las partes sobre dichas materias.
21. El calendario quedó acordado de la siguiente manera: la Demandada presentaría su Memorial sobre Jurisdicción a más tardar el día 28 de marzo de 2008, y el Demandante presentaría su Memorial de Contestación a más tardar el día 25 de julio de 2008. Asimismo, las partes acordaron que la audiencia sobre jurisdicción y admisibilidad se celebraría los días 15, 16 y 17 de octubre de 2008 en la sede del Centro en Washington D.C.
22. El 17 de diciembre de 2007, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No. 1. En su Resolución, el Tribunal resolvió desacuerdos entre las partes en lo concerniente a la presentación de testigos durante la audiencia sobre jurisdicción, y a las limitaciones a las solicitudes de documentos y protecciones aplicables a los documentos producidos.
23. El 25 de febrero de 2008, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No. 2., sobre la producción de documentos, invitando a las partes a alcanzar acuerdo sobre sus diferencias.

24. El 28 de marzo de 2008, la Demandada presentó su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad. Un desacuerdo surgió entre las partes en cuanto a la puntualidad con que se presentó el escrito. El Tribunal, por medio de carta de fecha 10 de abril de 2008 decidió ordenar la continuación normal del procedimiento.
25. El 12 de mayo de 2008, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No. 3., resolviendo las diferencias de las partes en lo concerniente a la producción de documentos. El 25 de julio de 2008, el Demandante presentó su Memorial de Contestación.
26. La audiencia sobre jurisdicción se celebró los días 15 y 16 de octubre de 2008 en la sede del Centro en Washington D.C. En la audiencia estuvieron presentes el Tribunal: Sr. Judd Kessler, Presidente; Sr. Hernando Otero, árbitro; Profesor Juan Fernández-Armesto, árbitro y, el Sr. Tomás Solís, Secretario del Tribunal. En representación del Demandante asistieron el Sr. Orlando Siu y los Sres. Carlos Paitán y Christian Carbajal del Estudio Paitán & Asociados de Lima. En representación de la Demandada asistieron el Sr. Manuel Talavera, Jefe de Misión Adjunto de la Embajada de Perú en Washington D.C.; la Srta. Yesenia Cabezas, Primera Secretaria, Departamento Económico de la Embajada de Perú en Washington D.C.; y del estudio del Allen & Overy LLP, el Sr. Louis Kimmelman, Sra. Nicole Duclos, y los Sres. Owen Alterman y Brandon O'Neil.
27. El 18 de noviembre de 2008 las partes presentaron sus Escritos Posteriores a la Audiencia [en adelante "EPA-Tza" y "EPA-Perú", para los escritos del Demandante y de la Demandada, respectivamente].
28. El 19 de junio de 2009 el Tribunal emitió su Decisión Sobre Jurisdicción y Competencia ["DJC"] concluyendo que el Centro tiene jurisdicción y el Tribunal tiene competencia

para conocer sobre ciertos aspectos de la diferencia planteada, posponiendo una decisión sobre costas y gastos para otro momento procesal.

C. Etapa de Fondo

29. El 13 de julio de 2009 las partes entregaron su Propuesta Conjunta de Instrucciones para la Fase de Fondo del Proceso ["Propuesta Conjunta"]. La propuesta fue acogida y aprobada por el Tribunal a través de la Resolución Procesal No. 4 de fecha 21 de julio de 2009. En la Propuesta las partes acordaron lo siguiente:

3.1 El Memorial de Demanda del Demandante deberá ser presentado el lunes 30 de noviembre de 2009.

3.2 El Memorial de Defensa de la Demandada deberá ser presentado el martes 30 de marzo de 2010.

3.3 El viernes 16 de abril de 2010, el Demandante deberá notificar al Tribunal Arbitral y a la Demandada lo siguiente:

a. Acaso desea ofrecer el testimonio de nuevos testigos de hecho o informes de peritos, indicando el nombre y datos generales de dicho testigo o perito, así como un resumen de la naturaleza de su testimonio o informe. Nuevas declaraciones de testigos o informes de perito serán permitidos, exclusivamente, para dar respuesta a temas nuevos referidos por la Demandada en su Memorial de Defensa y que el Demandante no pudo haber anticipado en su Memorial de Demanda; y

b. Acaso desea ofrecer testimonios o informes periciales de respuesta de parte de testigos de hecho o expertos existentes; o bien hacer modificaciones a declaraciones testimoniales o informes periciales existentes. Declaraciones de testigos e informes periciales de respuesta, así como modificaciones a declaraciones e informes existentes, estarán reservados a casos extraordinarios debidos a causas sobrevivientes.

3.4 El miércoles 21 de abril de 2010, las Partes, deberán designar los testigos de hecho y/o expertos que desean contra-interrogar en la audiencia sobre el fondo; y

3.5 El lunes 26 de abril de 2010, las Partes podrán presentar solicitudes al Tribunal Arbitral relativas al testimonio de testigos de hecho o expertos en la audiencia de fondo.

3.6 El lunes 3 de mayo de 2010, el Demandante deberá presentar:

- a. Cualquier declaración de testigo o informe de perito nuevos;
- b. Cualquier declaración de testigo o informe de perito de respuesta;
y
- c. Cualquier modificación a declaraciones de testigos o informes de peritos existentes

3.7 La audiencia de fondo tendrá lugar la semana del lunes 31 de mayo al viernes 4 de junio de 2010 [Sujeto a cambio dependiendo de la disponibilidad del Tribunal Arbitral]

3.8 La presentación simultánea de Escritos Post-Audiencia tendrá lugar el viernes 2 de julio de 2010

3.9 La presentación simultánea de solicitudes sobre costos y expensas tendrá lugar el viernes 30 de julio de 2010"

- 30. El 30 de noviembre de 2009, el Demandante presentó su Memorial de Demanda ["MMD"].
- 31. El 15 de enero de 2010, el Centro informó al Tribunal que como consecuencia de la partida del Sr. Tomás Solís del CIADI, la Srta. Anneliese Fleckenstein, consultora jurídica del Secretariado, había sido designada como Secretaria del Tribunal.
- 32. El 5 de marzo de 2010, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No. 5, resolviendo las diferencias adicionales de las partes sobre la producción de documentos.
- 33. El 12 de marzo de 2010, el Tribunal y las partes, con asistencia del Secretariado, sostuvieron una conferencia telefónica para discutir los desacuerdos en torno a la producción documental de la parte Demandante.
- 34. El 16 de marzo de 2010, el Tribunal, a través del Secretariado, comunicó a las partes su decisión respecto de las solicitudes de producción de documentos pendientes, ordenando a la parte Demandante producir los registros contables de TSG en los años 2005-2006 y mayores detalles sobre la metodología y los datos que sirvieron de fundamento al reporte

- de valuación presentado con su Memorial. El Tribunal además autorizó a la parte Demandada a presentar el Memorial de Contestación ["CMD"] el 12 de abril de 2010.
35. Del 19 al 29 de marzo de 2010, las partes intercambiaron un total de siete comunicaciones en torno a la suficiencia de la producción documental de la parte Demandante, ordenada por el Tribunal. A través de las mismas, las partes solucionaron entre sí sus desacuerdos al respecto.
 36. El 12 de abril de 2010, la parte Demandada presentó su Memorial de Contestación. El mismo día, la parte Demandada presentó la lista de testigos y peritoss que interrogaría en la audiencia de fondo.
 37. El 26 de abril 2010, la parte Demandada afirmó que la parte Demandante había incumplido el plazo previsto en la Propuesta Conjunta en cuanto a la presentación de la lista de testigos y peritoss.
 38. El 27 de abril de 2010, la parte Demandante presentó la lista de testigos y peritoss que aparecerían en la audiencia de fondo en apoyo de sus reclamos e identificó los testigos y peritoss presentados por la parte Demandada que contra-interrogaría en la misma. En su escrito, justificó además su presentación extemporánea en la recepción tardía de la copia física del Memorial de Contestación por problemas de aduanas.
 39. El 28 de abril de 2010, la parte Demandada presentó sus objeciones a la lista de testigos y peritoss que la parte Demandante solicitó contra-interrogar por haberse presentado de forma tardía. En esta misma fecha la parte Demandante respondió a las objeciones de la parte Demandada enfatizando además que la fechas establecidas en la Propuesta Conjunta se acordaron con anterioridad a la extensión de tiempo que el Tribunal le concedió a la parte Demandada para la presentación del Memorial de Contestación. El 29

de abril de 2010, la parte Demandada explicó que la solicitud del Demandante para que comparecieran servidores públicos de la República del Perú era además injustificada y le acarrearía costos inesperados.

40. El 30 de abril de 2010, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 en la que autorizó la comparecencia de nuevos testigos solicitados por la parte Demandante, ordenándole además a esta última sufragar los costos relacionados con la misma.
41. El 2 de mayo de 2010, la parte Demandada solicitó la aclaración de la Resolución Procesal No. 6 para explicar que los servidores públicos de la República del Perú, que comparecerían en la audiencia a instancias de la parte Demandante, no prestarían testimonio escrito u oral con anterioridad a la audiencia. El 3 de mayo de 2010, la parte Demandante declaró estar de acuerdo con la aclaración solicitada por la parte Demandada y confirmó que sufragaría los costos relacionados con la comparecencia de estos testigos.
42. El 3 de mayo de 2010, el Tribunal tuvo una conferencia telefónica con las partes para aclarar dudas sobre la Resolución Procesal No. 6. Durante la conferencia se confirmó principalmente la comparecencia de los testigos adicionales solicitados por la parte Demandante sufragando ésta el costo de ello.
43. El 4 de mayo de 2010, el Tribunal les comunicó a las partes sus aclaraciones a la Resolución Procesal No. 6 de acuerdo a lo conversado con las partes durante la llamada telefónica del día anterior. El mismo día, la parte Demandada comunicó al Tribunal que uno de los testigos de la República del Perú no podría asistir a la audiencia por una condición médica. Esta carta fue seguida por la respuesta al Demandante de la misma fecha y cartas adicionales de la parte Demandada del 5 y 6 de mayo de 2010.

44. El 5 de mayo de 2010, las partes presentaron al Tribunal la agenda que acordaron para la audiencia de fondo. Entre los temas que quedaron pendientes en la misma, fruto de la solicitud de la parte Demandante, fue el posible careo entre los peritoss de las partes en materia de valoración.
45. El 10 de mayo de 2010, de acuerdo con el cronograma acordado por las partes, la parte Demandante presentó las declaraciones testimoniales adicionales de los Sres. Tza Yap Shum, Orlando Siu y Slamet Gondokusumo.
46. El 11 de mayo de 2010, el Tribunal solicitó a la parte Demandada evidencia adicional sobre la condición médica de su testigo descrita inicialmente en su carta del 4 de mayo. En su misiva el Tribunal adicionalmente les comunicó a las partes que permitiría un careo entre los peritoss de las partes en materia de valoración, si, tras su testimonio oral, restaban preguntas por responder al respecto.
47. El 15 de mayo de 2010, las partes comunicaron al Tribunal que habían acordado que el testigo de la República del Perú con incapacidad médica podría prestar su testimonio por videoconferencia con posterioridad a la audiencia de fondo.
48. El 28 de mayo de 2010, de acuerdo con el cronograma acordado por las partes, las mismas allegaron nuevos documentos al expediente.
49. Del 31 de mayo al 4 de junio de 2010, el Tribunal y las partes celebraron la audiencia de fondo en la sede del Centro en Washington D.C. Presentes en la audiencia estuvieron los miembros del Tribunal: Sr. Judd Kessler, Presidente; Sr. Hernando Otero, árbitro; Profesor Juan Fernández-Armesto, árbitro y la Srta. Anneliese Fleckenstein, Secretaria del Tribunal. En representación del Demandante asistieron los Sres. Tza Yap Shum, Slamet Gondokusumo, Orlando Siu y los Sres. Carlos Paitán, Christian Carbajal y

José Salcedo del Estudio Paitán & Asociados. En representación de la Demandada asistieron el Sr. Fernando Quirós, Sub-Jefe de Misión, Embajada de Perú en Washington D.C.; la Srta. Yesenia Cabezas, Consejera Jurídica, Departamento Económico de la Embajada de Perú en Washington D.C.; del estudio Allen & Overy LLP, el Sr. Louis Kimmelman, la Sra. Nicole Duclos, el Sr. Owen Alterman, la Sra. Lucero Ramírez; y la Sra. Ursula Villanueva del Estudio Rubio Leguía Normand y Asociados.

50. Mediante cartas de fecha 16 de junio de 2010, las partes presentaron argumentos en torno al número de páginas máximo para sus escritos posteriores a la audiencia de fondo. El 22 de junio de 2010, el Tribunal les comunicó a las partes que no consideraba oportuno imponerle a las partes limitación al respecto.
51. El 2 de julio de 2010, las partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia de fondo.
52. Mediante cartas del 6, 7 y 9 de julio de 2010, las partes presentaron argumentos en torno a la inclusión de nuevas pruebas con los escritos posteriores a la audiencia de fondo.
53. El 14 de julio de 2010, las partes presentaron conjuntamente una "Guía para la lectura de las transcripciones" de la audiencia de fondo por medio de la cual identificaron porciones de las mismas en inglés y español que mejor reflejaron lo dicho en la audiencia.
54. El 15 de julio de 2010, respondiendo a la solicitud del Tribunal, la parte Demandada presentó cuadros que detallaron la deuda tributaria y la parte Demandante, a su vez, presentó sus comentarios al respecto.

55. El 19 de julio de 2010, el Tribunal le comunicó a las partes que no admitiría pruebas allegadas al expediente con posterioridad al 28 de mayo de 2010, fecha que las mismas partes acordaron como límite para la presentación de evidencia.
56. El 31 de julio de 2010, las partes presentaron escritos relacionando sus respectivos honorarios y gastos de representación.
57. Mediante carta del 2 de agosto de 2010, la parte Demandante comentó sobre el escrito relacionando honorarios y gastos de la Demandada. Mediante carta del 3 de agosto de 2010, la parte Demandada respondió a la carta del Demandante del 2 de agosto de 2010.
58. El Tribunal declaró cerrado el procedimiento el 27 de junio de 2011.

IV. Aspectos preliminares

59. La presente disputa surge de supuestas violaciones al Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que afectaron la inversión del Sr. Tza Yap Shum en TSG Perú S.A.C., una compañía dedicada a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y su exportación a mercados asiáticos.
60. La Solicitud de Arbitraje incluía alegaciones sobre la violación de distintas disposiciones del APPRI, incluyendo:
 - "Obligación de tratar de manera justa y equitativa a las inversiones";
 - "Obligación de protección con relación a las inversiones";
 - "Obligación de compensar en caso de adoptar medidas expropiatorias, o medidas similares";
 - "Obligación de permitir la transferencia de capital y utilidades."

Tras estudiar las alegaciones de las partes y escucharlas en la audiencia sobre jurisdicción, el Tribunal determinó que el Centro tiene jurisdicción y el Tribunal

competencia para conocer sobre la diferencia sobre expropiación planteada por el Demandante bajo el APPRI.²

A. Derecho Aplicable

61. De acuerdo con el artículo 8(4) del APPRI, la controversia deberá resolverse "de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes."
62. Las partes no manifestaron objeciones frente a la interpretación del mencionado aparte por su contraparte. Dicho esto, su aproximación al mismo no es idéntica, por lo que merece detallarse. El Demandante afirmó, "[l]a violación de los compromisos asumidos por el Estado peruano en el APPRI materia del reclamo del Demandante, particularmente de la obligación de no expropiar y con ello respetar las garantías y protecciones concedidas al inversionista, son analizadas y solucionadas en aplicación del derecho internacional. Dicha afirmación tiene validez tanto respecto a la ley aplicable a la controversia, así como a los estándares sustantivos que gobiernan el fondo de la misma."³ La Demandada a su vez afirmó, "[D]e conformidad con el TBI Perú-China, tanto el derecho peruano como el derecho internacional tienen aplicación."⁴ La Demandada dejó claro también que, a su parecer, la labor del Tribunal en esta instancia está limitada a

² DJC, ¶ 221.

³ MMD, ¶ 80.

⁴ CMD, ¶ 203.

determinar si la República del Perú incumplió el artículo 4 del APPRI bajo el derecho internacional.⁵

63. A través del aparte anotado del APPRI, la República del Perú y la República Popular China acordaron las normas de derecho con las que el Tribunal debe decidir la controversia. La formulación del APPRI es similar a aquella del Convenio CIADI cuando existe acuerdo entre las partes.⁶
64. En el caso que nos ocupa, la parte Demandante ha presentado una Solicitud de Arbitraje en contra de la República del Perú bajo el Convenio, un tratado internacional. Dicha Solicitud fue presentada al amparo del APPRI, también un tratado internacional y particularmente, en torno a la conducta del Estado Peruano que al parecer del Demandante vulnera sus derechos bajo el mismo. El Tribunal debe por lo tanto atender el carácter de la controversia propuesta y decidir si la conducta del Estado peruano ha vulnerado el APPRI de acuerdo con el derecho internacional.⁷
65. Para ello es necesario también en primera instancia estudiar los hechos y los intereses que bajo derecho peruano subyacen y le dan alcance preciso a la controversia. De esta manera el Tribunal puede discernir a su vez si la conducta estatal bajo análisis ha comprometido derechos protegidos bajo el APPRI. Esta aproximación ha sido explicada de la siguiente manera:

⁵ EPA-Perú, ¶¶ 73–75. No obstante la formulación de la parte Demandada a este respecto es a primera vista un tanto ambigua, en sus presentaciones no se evidencia que su intención haya sido la de proponer que la determinación sobre si se ha vulnerado el APPRI se lleve a cabo de acuerdo con el derecho peruano.

⁶ Convenio CIADI, artículo 42, inciso 1.

⁷ *Ver Azurix Corp. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/12 [en adelante "Azurix"], Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, (1 de septiembre de 2009) ¶ 146. *Ver también* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2(1)(a).

“Cuando se elevan interrogantes ante un tribunal internacional, tal como ha sucedido en el presente caso, con respecto de la aplicación de la ley apropiada para determinar derechos que tienen como base obligaciones contractuales, es necesario tener en mente la ley particular aplicable a los diferentes aspectos del caso. La naturaleza de dicho derecho o derechos contractuales con respecto de la propiedad tangible, real o personal, que un demandante asegura han sido invadidos en un caso específico, es determinada por la ley local que regula los efectos legales del contrato o cualquier otro instrumento creador de dichas obligaciones. Pero la responsabilidad del estado demandado la determinada solamente la ley internacional.”⁸ (Traducción del tribunal)

66. En esta medida el Tribunal le dará alcance al artículo 8(4) del APPRI y resolverá la controversia de conformidad con la legislación de la República del Perú, las disposiciones del APPRI y los principios del derecho internacional.

B. Responsabilidad del Estado

67. Las partes no han controvertido que las medidas adoptadas por la SUNAT frente al inversionista son responsabilidad del Estado Peruano.

68. El APPRI no tiene una disposición particular sobre la responsabilidad de los Estados contratantes por las conductas de sus órganos. De acuerdo con los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional [en adelante los "Artículos de la CDI"], la conducta de cualquier órgano del Estado bajo el derecho internacional se considera un acto de ese Estado.⁹ El Tribunal considera para estos efectos que bajo el APPRI la conducta de la SUNAT es un acto del Estado peruano.

⁸ *George W. Cook c. United Mexican States, U.S.-Mexican Claims Commission*, (citado en ZACHARY DOUGLAS, THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS 41 (2009)); ver también, entre otros, *Azurix*, ¶ 149.

⁹ Artículo 4.

69. De acuerdo con el derecho internacional, hay una violación de una obligación internacional por un Estado cuando un acto de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.¹⁰
70. Por lo tanto, el incumplimiento de las obligaciones del APPRI por parte del Estado peruano da lugar a su responsabilidad internacional.¹¹ De acuerdo con el artículo 8 del APPRI, el Tribunal está llamado a resolver diferencias que surjan en torno a la supuesta expropiación de la inversión del inversionista y el monto de compensación debida.

C. Carga de la prueba

71. En su análisis de las pruebas y los argumentos presentados durante este procedimiento, el Tribunal ejercerá la discreción que le concede la Convención y las Reglas de Arbitraje.¹² El Tribunal procederá de acuerdo a la práctica común del arbitraje internacional que indica que cada parte tiene la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus argumentos.
72. De acuerdo a lo anterior, la parte Demandante debe principalmente demostrar que se ha presentado conducta expropiatoria de su inversión en violación del APPRI. La parte Demandada, a su vez, está a cargo de demostrar si, como lo ha alegado, la conducta en cuestión está permitida bajo el mismo o bajo el derecho internacional.

¹⁰ Artículos de la CDI, artículo 12.

¹¹ Artículos de la CDI, artículo 1; *ver también Eastern Sugar B.V. c. La República Checa*, Ad hoc – Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional ["CNUDMI"], opinión parcial disidente de R. Volterra al Laudo Parcial (27 de marzo de 2007), ¶ 34 ("*Si la regulación interna de un Estado viola sus obligaciones en virtud del derecho internacional, su responsabilidad está comprometida*"). [Traducción del Tribunal].

¹² Convenio CIADI, artículos 43–44; Reglas de Arbitraje, regla 34.

73. La labor del Tribunal es la de atender las pruebas que evidencian los hechos o que los demuestran con preponderancia.¹³ Una vez los hechos han sido demostrados por una parte en primera instancia, corresponde a la otra presentar pruebas que evidencian lo contrario y no simplemente que planteen dudas al respecto.¹⁴ El Tribunal debe ejercer su competencia en función de los hechos demostrados en el proceso.

D. Resumen de los argumentos del Demandante

74. El Demandante explica que llevó a cabo una inversión importante en el sector pesquero del Perú a través de su propiedad del 90% de las acciones de TSG del Perú S.A.C., compañía peruana involucrada en la compra y exportación de harina de pescado principalmente hacia los mercados asiáticos. La compañía operaba principalmente contratando la fabricación de harina de pescado y se registró debidamente ante la SUNAT el 26 de diciembre de 2001.¹⁵

75. TSG comenzó a operar en 2002 y, según el Demandante, se encontraba entre las 12 principales empresas exportadoras de harina de pescado en el Perú entre los años 2002 y 2004, con volúmenes de ventas superiores a US\$ 20.000.000 por año.¹⁶ El Demandante también alega que cumplía puntualmente con el pago de sus obligaciones fiscales y que solicitaba mensualmente la devolución de saldos de Impuesto General a las Ventas [en adelante "IGV"] a Favor Materia de Beneficio de Exportador a los que tenía derecho por

¹³ Ver *EDF (Services) Ltd. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/13 [en adelante "*EDF*"], Laudo (8 de octubre de 2009); *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo (16 de agosto de 2007); *Zhinvali Development Ltd. c. República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/00/1, Laudo (24 de enero de 2003).

¹⁴ Ver, por ejemplo, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo (27 de junio de 1990), ¶ 56.

¹⁵ Opinión Legal del Dr. Mini [en adelante "*Mini*"], Anexo I, No. 4 .

¹⁶ MMD, ¶ 29.

haber pagado IGV cuando compraba las materias primas y servicios relacionados con la fabricación de harina de pescado que después exportaba.¹⁷ El Demandante señala que TSG era una empresa exitosa y en crecimiento antes de los hechos que han dado lugar a esta controversia.¹⁸

76. Durante el periodo 2002 - 2003, la liquidez escaseaba y los préstamos de los bancos peruanos eran onerosos y difíciles de obtener. Sin embargo, según el Demandante, TSG fue capaz de atraer grandes sumas de dinero a través de préstamos de sociedades y particulares extranjeros – muchos de los cuales incluían a familiares o amigos del Demandante que participaban en lo que denominó como una "red de confianza", un tipo de relación empresarial que el Demandante asegura ser común en las relaciones entre empresarios de ascendencia asiática.¹⁹ Por lo tanto, según el Demandante, TSG no necesitaba acudir a los bancos peruanos para obtener financiación, pero sí hacía uso de los mismos (1) para recibir préstamos del extranjero, (2) para tramitar las cartas de crédito proporcionadas por compradores extranjeros de la harina de pescado que TSG exportaba y (3) para la amortización de los préstamos de extranjeros.²⁰
77. TSG ocupaba un espacio de oficina alquilado en un edificio en Lima. Normalmente TSG compraba el insumo de las embarcaciones pesqueras que entregaba a plantas transformadoras con las que contrataba para producir sacos de 50 kg de harina de pescado de calidad de exportación. Es decir que TSG no invertía ni era propietaria de

¹⁷ MMD, ¶25.

¹⁸ MMD, ¶29, Anexo I-10.

¹⁹ Transcripción de la Audiencia en inglés ["Tr. Ing."], 374:6–21; Transcripción de la Audiencia en español ["Tr. Esp."], 358:14–359:5.

²⁰ Declaración Testimonial de Orlando Siu, ¶¶ 31–33 [en adelante "DT-OS"].

embarcaciones pesqueras o plantas transformadoras. De acuerdo con la parte Demandante TSG logró obtener una posición favorable en el mercado dado que otros operadores en el mercado carecían en algunos casos de fuentes de financiamiento y en otros tenían exceso de capacidad productiva.²¹ En este entorno de escasa liquidez, TSG tenía la ventaja de poder sufragar por anticipado los costos de la faena pesquera y de pagar más pronto que otros la producción resultante. Para ello TSG emitía con posterioridad facturas por los costos sufragados a cargo de las empresas pesqueras descontándoles el precio del insumo adquirido una vez entregado directamente a las plantas procesadoras.²² En otras palabras el insumo pesquero no pasaba físicamente a manos de la compañía.

78. Tras operar durante en el periodo 2002-2003, TSG fue objeto, a partir del 10 de febrero de 2004, de una auditoría de la SUNAT para verificar el pago del impuesto a la renta ["IR"] y del IGV. Según explica el Demandante, la Auditora, hizo una serie de requerimientos de documentos e información a los que TSG respondió en su debido momento, incluyendo uno respecto de los nombres y ubicaciones de las plantas productoras de harina de pescado con las que TSG tenía contratos de producción.²³
79. Con base en esta y otra información proporcionada por TSG, la SUNAT concluyó que TSG había fallado en su obligación de llevar sus libros contables de la forma adecuada. Concretamente, concluyó que TSG no había llevado un "Registro de Inventario Permanente Valorizado" así como los "Partes de Producción" u otros documentos que

²¹ DT-OS, ¶¶ 24-26.

²² DT-OS, ¶¶ 29-30.

²³ MMD, ¶¶ 31-44.

evidenciaran la materia prima utilizada en la elaboración del producto terminado.²⁴ Este hallazgo a su vez le permitía a la SUNAT de acuerdo con el artículo 64 del Código Tributario [en adelante "CT"] peruano determinar la obligación tributaria, no a partir de los libros y registros contables de la compañía ("base cierta"), sino a partir de información acopiada de TSG y de terceros, así como de ciertas presunciones colegidas de la misma ("base presunta").

80. Haciendo uso de la facultad de determinar la deuda tributaria sobre base presunta, la SUNAT concluyó que TSG había vendido más harina de pescado de la que indicaba su contabilidad. Concretamente, determinó que la contabilidad de TSG omitió ventas de harina de pescado por valor de S/. 2.316.085,88 en 2002 y S/. 2.147.094 en 2003. La SUNAT determinó además que durante esos años también se habían omitido ventas de aceite de pescado por S/. 3.512.153 en 2002 y S/. 6.407.308 en 2003.²⁵
81. Por estos y otros conceptos, TSG fue notificada de la imposición de 86 valores tributarios el 7 de enero de 2005, contra los cuales interpuso recurso de reclamación el 26 de enero de 2005. Dos días después, el 28 de enero de 2005, con base en los literales b) y e) del artículo 56 CT, la SUNAT impuso medidas cautelares previas [en adelante las "Medidas"] para cautelar el pago de una deuda tributaria determinada por valor de S/. 11.985.000. El Demandante explica que las medidas incluyeron la notificación a todos los bancos del sistema financiero peruano de la obligación de retener fondos, acciones y otros valores de TSG y de entregarlos al Banco de la Nación.²⁶

²⁴ Declaración Testimonial de Gina Ventocilla, ¶ 38 [en adelante "DT-GV"].

²⁵ DT-GV, Anexo 22, p. 1566-67.

²⁶ MMD, ¶¶ 50–51; Tr. Esp. 332:17–333:12.

82. Según la parte Demandante, las medidas de la SUNAT así como las determinaciones tributarias en las que se basaron, fueron arbitrarias, injustificadas e irracionales.²⁷ Sostiene además que estas acciones constituyeron violaciones del Tratado y que *inter alia*, resultaron en la expropiación indirecta de la inversión del Demandante y del negocio de TSG.
83. El Demandante explica que en la comunidad empresarial rápidamente se supo de las medidas en contra de TSG.²⁸ Estas circunstancias, según explicó, hicieron imposible que TSG continuara operando. Mientras que con anterioridad TSG había sufragado los costos de la faena de las embarcaciones pesqueras y dado anticipos a plantas productoras de harina de pescado, con las medidas TSG no pudo efectuar ningún pago a través del sistema bancario. Adicionalmente TSG no pudo valerse del sistema bancario para recibir fondos, valerse de cartas de crédito o amortizar oportunamente sus préstamos.²⁹ Como resultado la parte Demandante explica que TSG no tuvo más alternativa que recurrir a un procedimiento concursal preventivo ["Proceso Concursal"] el cual además de poner en suspenso sus operaciones normales fue causa de gran vergüenza para el inversionista frente a sus asociados empresariales.³⁰ Concretamente las personas que financiaban con sus préstamos las operaciones de TSG ya no consideraron prudente continuar haciéndolo.³¹

²⁷ MMD, ¶ 74.

²⁸ EPA-TZA, ¶ 40.

²⁹ Ver DT-OS, ¶¶ 31–36.

³⁰ MMD, ¶¶ 62–64.

³¹ MMD, ¶ 63.

84. La parte Demandante explica que logró que se desestimara un porcentaje importante de la deuda tributaria determinada impugnándola inicialmente ante la SUNAT y posteriormente ante el Tribunal Fiscal. En algunos casos los valores fueron revocados por la misma SUNAT fruto de un recurso de reclamación. Otros valores fueron revocados en apelación por el Tribunal Fiscal.³² A mayo de 2011, más de cinco años tras la imposición de las medidas, aproximadamente el 31% del monto de los valores originalmente impuestos por la SUNAT son exigibles. A la fecha, la parte Demandante sigue en proceso de controvertir reparos en el monto de S/. 4.298.390 (en apelación ante el Tribunal Fiscal) y S/. 1.181.839 ante el Poder Judicial en un proceso contencioso-administrativo.
85. Con base en el proceder de la SUNAT y en sus consecuencias, el inversionista presentó una Solicitud de Arbitraje ante el Centro afirmando que resultaron en la expropiación indirecta de su inversión en violación del artículo 4 del APPRI. En la Solicitud pidió la compensación plena de los daños causados por valor del S/. 56.497.500 junto con S/. 15.000.000 adicionales en perjuicios morales, intereses del 11% anual y los costos, honorarios profesionales y otros gastos relacionados con la iniciación y trámite del procedimiento arbitral.

E. Resumen de los argumentos de la Demandada

86. Empezando con su Contra-Memorial de Defensa, la Demandada, la República del Perú rechazó enérgicamente las imputaciones del inversionista y pidió al Tribunal desestimar sus alegaciones con base en un número considerable de razones.

³² MMD, ¶¶ 70–77.

87. En primer lugar, la Demandada indicó que la auditoría de la SUNAT fue llevada a cabo en todos sus extremos de acuerdo con las leyes peruanas y que ésta evidenció una serie de violaciones y omisiones tributarias de TSG. En sus presentaciones indicó que TSG tuvo oportunidad plena de presentar sus puntos de vista durante la auditoría así como controvertir sus hallazgos tanto ante la SUNAT como ante el Tribunal Fiscal. Adicionalmente, la parte Demandada indicó que la imposición de medidas fue apropiada, razonable y proporcionada para asegurar el recaudo de una deuda tributaria considerable de un contribuyente con pocos activos tangibles y que, por lo tanto, no fue arbitraria ni discriminatoria.
88. La Demandada enfatizó que el Demandante tiene la carga de la prueba y que con sus presentaciones no ha logrado cumplirla. Entre otros argumentos, señala aquella que las acciones de la SUNAT fueron de buena fe, en aras de un fin público legítimo y que, en todo caso, constituyeron el ejercicio válido de la potestad regulatoria del Estado; específicamente, la aplicación no discriminatoria de la ley y los reglamentos tributarios. Potestad a la que los tribunales arbitrales internacionales otorgan un alto grado de deferencia.
89. La Demandada también negó que las medidas resultaran en la expropiación indirecta de la inversión. Señala entre otras cosas, que el Demandante no ha demostrado la pérdida de control o una privación sustancial del valor de la inversión y que, en todo caso, los efectos del impacto sobre la inversión habrían sido meramente temporales.
90. La Demandada argumentó que las pretensiones del Demandante carecen de buena fe, que el inversionista no está libre de culpa y que la SUNAT no ocasionó daños a la inversión. En su opinión, los daños, habrían sido producto de la negligencia del Sr. Tza – quien

delegó por completo la gestión de su inversión, de la administración imprudente de TSG y del hecho de que TSG era, ya en el momento de traba de las medidas, una empresa insolvente. Además, según la Demandada, al invertir en el Perú, el inversionista tenía la carga de hacerlo con la debida diligencia y cautela, incluyendo el deber de conocer, aceptar y cumplir con las leyes peruanas, entre ellas sus normas tributarias.

91. Finalmente, consideró que el Demandante no ha demostrado que TSG tuviera valor alguno y que, en todo caso, TSG omitió su deber de mitigar los daños ocasionados.
92. A la luz de lo anterior, la Demandada solicita al Tribunal que desestime las pretensiones del Demandante, rechazando que se haya efectuado una expropiación indirecta de su inversión y declarando que Perú no ha vulnerado el artículo 4 del APPRI y que condene al Demandante al pago de todos los costos del proceso arbitral, incluyendo honorarios profesionales y otros gastos incurridos.

V. Consideraciones del Tribunal

A. Introducción

93. En el mundo del arbitraje internacional en materia de inversiones el caso que nos ocupa es relativamente pequeño en cuanto a su monto. No obstante, resulta de una intrincada situación fáctica y temas de derecho muy complejos.
94. El inversionista alega que su inversión en la compañía peruana TSG fue indirectamente expropiada por un órgano del Perú. A diferencia de reclamaciones sobre expropiación más tradicionales, no se alega que el estado demandado haya tomado intencionalmente la propiedad del inversionista o que no le ha compensado debidamente. En este caso, el inversionista considera que su inversión ha sido expropiada indirectamente como

resultado de las acciones de la SUNAT, el órgano estatal responsable por la administración y recaudación tributaria.

95. Como ha indicado la Demandada, el ejercicio del poder regulatorio y administrativo del Estado lleva aparejada una presunción de legitimidad.³³ Esta es particularmente evidente cuando se advierte que el Estado actúa en aras de un interés público de gran importancia como preservar el orden, la salud o la moral pública (los conocidos como "poderes de policía" del Estado).³⁴ En este sentido, el decomiso o la incautación de la propiedad por la omisión en el pago de impuestos es una herramienta legítima de las administraciones tributarias, siempre y cuando se lleve a cabo conforme a procedimientos legales razonables y cuando no se efectúe de forma confiscatoria, abusiva o discriminatoria.³⁵
96. El Tribunal es consciente de que los intereses entre la administración tributaria y los contribuyentes están contrapuestos. La administración tributaria tiene interés en recaudar lo máximo posible, mientras que el contribuyente a menudo trata de interpretar la ley para evitar o minimizar su carga tributaria. Por lo tanto no es inusual que tanto el uno como el otro adopten de vez en cuando posturas que su contraparte considere injustas o excesivas. El papel del Tribunal en este procedimiento no es el de juzgar las acciones de

³³ CMD, ¶¶ 256–265.

³⁴ ANDREW NEWCOMBE & LLUÍS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 358 (2009) [en adelante "NEWCOMBE & PARADELL"]; LOUIS B. SOHNN & RICHARD BAXTER, *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 AM. J. INT'L L. 545, 552 (1961) [en adelante "Draft Articles"]; *ver también* RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW section 712, cmt. g (1987) [en adelante "THIRD RESTATEMENT"] ("Un Estado no es responsable por la pérdida de propiedad o de otra desventaja económica derivada de la... pérdida por delito..."). [Traducción del Tribunal]

³⁵ NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 34, at 246–252; SANTIAGO MONTT, STATE LIABILITY IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION 281–88 (2009) [en adelante "MONTT"]; *ver también*, *EnCana Corp. c. República de Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres [en adelante "LCIA"] No. UN3481 [en adelante "*EnCana*"], Laudo (3 de febrero de 2006), ¶177.

las partes en el ámbito tributario, salvo que con ellas se vulneren las obligaciones consagradas en el artículo 4 del APPRI.

97. Para cumplir adecuadamente con su deber el Tribunal ha tenido que sumergirse en las particularidades del derecho administrativo y tributario peruano. Para ello el Tribunal dividió su labor en dos etapas distintas pero relacionadas. En primer lugar el Tribunal analizó la auditoría realizada a TSG para entender el proceso y sus hallazgos. Se ha adjuntado como Anexo I un resumen detallado de las acciones administrativas llevadas a cabo durante la fiscalización y de sus resultados. En el Anexo II el Tribunal ha resumido las multas impuestas por la SUNAT relacionadas con las ventas no declaradas de harina y aceite de pescado. Finalmente, en el Anexo III el Tribunal resume su evaluación de los hallazgos fácticos y jurídicos de la auditoría. Independientemente de la valoración que las acciones o decisiones de la SUNAT pudieran merecer al Tribunal, ninguna de ellas por sí sola constituye una violación del artículo 4 del APPRI. En segundo lugar, el Tribunal examinó la decisión de la SUNAT de imponer medidas cautelares previas a TSG así como sus consecuencias.

B. La inversión

98. Salvo ciertos desacuerdos sobre su protección bajo el APPRI que se resolvieron en la DJC, no hubo disputa entre las partes en torno a las características de la inversión. A comienzos del año 2001, el inversionista invirtió aproximadamente US\$ 400.000 en TSG, una empresa que, como ya se ha señalado, se dedicaba a la obtención de harina de pescado mediante contratos de maquila con fuentes peruanas y a la exportación de su producto a mercados asiáticos.³⁶ La evidencia presentada durante la etapa de fondo

³⁶ Tr. Ing. 257:12-14; Tr. Esp. 244:14-18.

confirma la decisión alcanzada por el Tribunal en la fase de jurisdicción, cuando el Tribunal determinó que la inversión consistió en activos del inversionista y que se llevó a cabo en los años 2001 y 2002, de conformidad con la ley peruana, constituyendo una inversión de conformidad con el APPRI.³⁷

99. El modelo de negocios de TSG tampoco fue objeto de disputa entre las partes. Como se ha descrito, cada año durante dos temporadas pesqueras en aguas peruanas, TSG contrataba con empresas pesqueras para obtener pescado para posteriormente contratar también con empresas que procesaran el insumo en sacos de 50 kgs de harina de pescado de calidad de exportación. Los contratos con las empresas pesqueras requerían que la pesca fuera entregada directamente en los muelles u otras instalaciones de las plantas procesadoras. De esta forma TSG no tenía necesidad de poseer embarcaciones pesqueras propias, plantas de procesamiento, ni almacenes de depósito para el insumo o el producto final. En efecto, tal como lo disponían los mismos contratos, la harina de pescado era almacenada por las plantas procesadoras hasta que llegara el momento de cumplir con una orden de exportación.³⁸
100. En términos prácticos, TSG jugaba principalmente un papel financiero. A pesar de tener un patrimonio reducido, TSG tenía la habilidad de acceder a financiamiento internacional de corto plazo principalmente de socios de negocios, amigos y familiares del inversionista. Durante el periodo 2002-2004 estos fondos ascendieron aproximadamente

³⁷ TSG fue constituida en el Perú el 7 de diciembre de 1991, DT-OS Anexo 1.

³⁸ *Ver, por ejemplo*, contratos con VLACAR S.A.C., p. 3 ¶ 9; contrato con Pesqueras Harinas Especiales S.A.C. P. 9, ¶ 7.2 (MMD, Anexo I-16). TSG también compró un porcentaje menor de harina de pescado ya procesada de otras fuentes comerciales en el Perú.

a US\$ 59 millones.³⁹ En un periodo de escasa liquidez en el que el crédito bancario local era difícil de obtener, TSG empleó esos fondos para la compra del insumo pesquero y de los servicios de procesamiento, pero también para otorgarle anticipos a empresas pesqueras para combustible y equipo y a empresas procesadoras para la modernización de sus instalaciones y equipos. Estos anticipos eran normalmente pagados, con intereses, deduciéndolos de los montos debidos por TSG a las pesqueras o a las procesadoras.

101. Para efectuar sus operaciones TSG hacía uso del sistema bancario peruano.⁴⁰ En ello cumplía con las normas de "Bancarización". Si bien el uso del sistema bancario no era obligatorio, la "bancarización" de las operaciones de TSG le permitía acreditar fehacientemente gastos, costos o créditos para deducirlos en sus declaraciones.⁴¹
102. Las partes no discuten que, empleando este modelo de negocio, TSG rápidamente pasó a ser uno de los mayores exportadores de harina de pescado en el Perú, con exportaciones aproximadas de S/. 51 millones en 2002, S/. 76 millones en 2003 y de S/. 94 millones en 2004.

C. Resumen del procedimiento de fiscalización y estado actual de la deuda tributaria determinada

103. La decisión de la SUNAT de iniciar en 2004 un procedimiento de auditoría o fiscalización de TSG, parece haber sido rutinaria. Según la Auditora, TSG fue seleccionada porque durante los dos años anteriores había presentado 18 solicitudes de devolución de IGV por un valor total de S/. 18.488.261.⁴² Si bien esta cantidad era alta

³⁹ Informe de Gonzalo Argandoña [en adelante "Argandoña"], pp. 36-37.

⁴¹ DT-OS, ¶ 31.

⁴² DT-GV, ¶¶ 21 y 24; DT-GV, Anexo 2; CMD, ¶ 25.

comparada a las solicitadas habitualmente por contribuyentes de tamaño medio en la región de Lima, estas solicitudes de frecuencia casi mensual eran normales para una empresa como TSG cuyo negocio estaba dedicado a la exportación. Del total de las solicitudes de devolución de IGV planteadas por TSG antes del comienzo de la fiscalización, la SUNAT había aprobado y pagado S/. 18.069.742. Durante la fiscalización (marzo de 2004 a enero de 2005), TSG presentó 12 solicitudes adicionales de devolución, de las cuales tres eran correcciones de solicitudes anteriores. El importe total solicitado fue más de S/. 17 millones, de los cuales SUNAT aprobó y pagó S/. 14.495.146.⁴³ Nada de esto indica que la selección de TSG para el procedimiento fue el resultado de un historial problemático con la SUNAT.

104. La fiscalización se llevó a cabo con la colaboración del contribuyente.⁴⁴ La División de Auditoría de la SUNAT notificó a TSG un total de 95 valores emitidos por infracciones encontradas, incluyendo Resoluciones de Determinación solicitando el pago de impuestos adicionales y de multas por concepto de Impuesto a la Renta e IGV.⁴⁵ Se notificaron a TSG 86 valores el 20 de diciembre de 2004 y 9 valores adicionales el 25 de enero de 2005 por los siguientes importes:

⁴³ La Demandada ha defendido que TSG incurrió en infracciones en el pago de sus impuestos durante su actividad previa (Exposición de Cierre de la Demandada, página identificada como p-1). El Tribunal toma nota de las alegaciones y prueba presentadas, pero no encuentra ninguna indicación en el expediente de que en el momento en que se inició la fiscalización la SUNAT hubiese prestado especial atención a TSG o que se considerase a la empresa como una grave infractora. Ver también DT-GV, ¶¶ 20-21; CMD, ¶ 24.

⁴⁴ Tr. Esp. 490:17-491:6; Tr. Ing.. 541:11-21 *ver* también DT GV ¶¶34-35 y Anexos 8 y 9.

⁴⁵ DT-GV, ¶¶ 102-106. Ver Anexo I, *infra* para una relación más detallada de los importes de las resoluciones emitidas por la SUNAT.

Valores emitidos

| | |
|--|------------------------------|
| Resoluciones de Determinación requiriendo el pago adicional de impuestos | S/. 7.165.572 |
| Resoluciones de multa | S/. 3.031.111 |
| Total al 25 de enero de 2005 | S/. 10.196.683 ⁴⁶ |

105. Los reparos a realizar a las declaraciones de impuestos de TSG determinados por la División de Auditoría correspondían a tres categorías generales: (1) reparos derivados de una supuesta deducción indebida de intereses pagados por TSG a prestamistas (o mutuantes) no domiciliados en el Perú; (2) reparos derivados de la supuesta deducción en el momento equivocado de los créditos fiscales de IGV por la compra de pescado (con la corrección resultando en una obligación de pago adicional); y (3) reparos por la supuesta omisión o falta de declaración de ventas de harina de pescado y aceite de pescado.⁴⁷ De estos reparos, las dos primeras categorías cubrían aproximadamente un 20% de la deuda tributaria adicional determinada. El tercer punto, relativo a la omisión de declaración de ventas de harina y aceite de pescado, fue con creces el que dio lugar a resoluciones de determinación y de multa por un total de S/. 5.680.570, casi un 79% de la deuda tributaria total determinada, así como casi el 95% del total de multas impuestas.⁴⁸
106. Estos reparos por "ventas omitidas" no fueron calculados con base en el análisis de la contabilidad y los registros del contribuyente (base cierta), sino con base en una serie de presunciones, según lo autoriza el Código Tributario en ciertas circunstancias específicas.⁴⁹ La División de Auditoría de la SUNAT también consideró que dado que la

⁴⁶ Una vez añadidos los intereses el importe total determinado fue de S/. 11.985.791, aproximadamente US\$ 4 millones.

⁴⁷ Ver Anexo I *infra* para más detalles de los resultados de la fiscalización.

⁴⁸ Anexo II, pág. 4.

⁴⁹ CT, artículo 64.

operación de TSG incluía todas las etapas de la producción de harina de pescado, TSG debía mantener registros de inventario permanente valorizado y partes de producción en todas las fases de fabricación de sus productos – incluyendo inventarios de pescado, así como los partes de producción de todas las etapas de la fabricación de harina de pescado y de cualquier otro producto obtenido.⁵⁰ Como la Auditora determinó que TSG no había llevado sus libros de la forma requerida, acudió a la determinación de sus propios coeficientes de producción a partir de información recabada del contribuyente y terceras personas (ej. procesadores), amparándose en el artículo 64 del CT. En lo que aquí interesa, un coeficiente de producción determinado (ej. 4,6) representa el número de toneladas de pescado crudo necesarias para producir una tonelada de harina. Según las conclusiones expresadas en el Resumen Estadístico de Fiscalización emitido por la Auditora, TSG habría omitido declarar aproximadamente el 5% de sus ventas de harina de pescado tanto en 2002 como en 2003.⁵¹ El Resumen Estadístico de Fiscalización también concluía que se había producido una gran cantidad de aceite de pescado por el que TSG (a quien la SUNAT identificó como propietario del aceite) no había declarado ventas adicionales ni pagado Impuesto a la Renta ni IGV.⁵²

107. TSG se opuso a estas conclusiones y presentó recursos de reclamación ante la Superintendencia regional de SUNAT, el 26 de enero de 2005.⁵³ Respecto a las supuestas ventas omitidas de harina y aceite de pescado, TSG afirmó que no era una "empresa

⁵⁰ Tr. Ing. 528:9–529:3.

⁵¹ DT-GV, ¶¶ 41–61; ver también, Tr. Ing. 559:1-4; 562:9-22.

⁵² DT-GV, ¶¶ 62–78.

⁵³ Como se indicó anteriormente (ver ¶ 104, *supra*), se notificaron al Demandante los 86 valores iniciales el 20 de diciembre de 2004, contra los que interpuso recurso de reclamación el 26 de enero de 2005 y, tras la notificación de los 9 valores adicionales, TSG presentó un segundo recurso el 7 de febrero de 2005.

industrial", sino una "empresa comercializadora" y como tal no llevaba inventarios de pescado (ya que éste se entregaba directamente en las instalaciones de los productores). Indicó además que tampoco podía llevar partes de producción diarios porque no era dueño de las instalaciones en las que se estaba procesando la materia prima y no tenía acceso a sus registros internos. TSG también explicó que tenía registrados con exactitud las cantidades de pescado compradas y entregadas a las plantas de fabricación, así como de la cantidad de harina de pescado obtenida, junto con las cantidades y precios de la harina de pescado exportada.⁵⁴ Por último, alegó que SUNAT tenía acceso a los contratos entre TSG y las plantas de fabricación en los que se expresaban claramente todos los aspectos de la relación incluyendo, entre otra información, los coeficientes de producción pactados.⁵⁵ La complicada y controvertida naturaleza de estas alegaciones se ha analizado en más detalle en el Anexo III.

108. Tras completar la fiscalización de TSG, la Auditora encargada preparó un "Informe sobre medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de cobranza coactiva" solicitando a la División de Control de la Deuda y Cobranza de la SUNAT (división responsable, entre otros asuntos, de lograr el cobro de las deudas tributarias), que impusiese medidas cautelares previas. Bajo ciertas circunstancias existe la posibilidad en el Derecho Peruano de imponer medidas cautelares previas (medidas tendentes a asegurar el control de la propiedad del contribuyente hasta que la deuda devenga exigible), cuando se cumplen una serie de requisitos excepcionales. El artículo 56 del CT permite la imposición de medidas cautelares previas "excepcionalmente" (1) cuando, debido al comportamiento

⁵⁴ DT-OS, ¶¶ 38–9.

⁵⁵ *Ibid.*

del contribuyente, se considere indispensable o (2) cuando las circunstancias indiquen que sin las medidas de protección, la cobranza podría devenir en infructuosa.

109. En este caso, dos días después de que TSG emitiera su primer recurso contra los 86 valores emitidos inicialmente, la SUNAT trabó medidas cautelares previas sobre sus bienes, mediante tres Resoluciones Coactivas emitidas el 28 de enero de 2005. En cada una de estas resoluciones se especificaba que su emisión pretendía asegurar la deuda tributaria de TSG determinada en S/. 11.985.791. Concretamente, las Resoluciones coactivas fueron las siguientes: (1) RC 020070018037, inscripción vehicular de tres vehículos hasta por la suma de S/. 450.000, (2) RC 0210070018030, embargo en forma de retención bancaria hasta por la suma de S/. 3.535.791 que recayó sobre los fondos, valores, acciones, rentas, abonos de orden de pago por consumo de tarjeta de crédito o en su cobranza que pudiese tener TSG en cualquier banco de la plaza (fueron notificados los 15 bancos más relevantes); y (3) RC 0210070018036, embargo en forma de retención a terceros hasta por la suma de S/. 8.000.000, que recayó sobre los derechos de créditos, acreencias, bienes, valores y fondos de los que TSG fuese titular y que estuviesen en posesión de terceros y que fue notificada a siete compañías que habían realizado compras de TSG. SUNAT identificó a dichas compañías como clientes de TSG que podrían tener deudas con la empresa.⁵⁶
110. La dirección de TSG reaccionó a estos hechos de varios modos. En primer lugar, el 11 de febrero de 2005 TSG solicitó a la Sección de Cobranza de la SUNAT el levantamiento de las medidas.⁵⁷ En dicha solicitud TSG alegó que la SUNAT no había justificado

⁵⁶ Declaración Testimonial de Lucy Delgado [en adelante "DT-LD"], Anexos 10, 14 y 22.

⁵⁷ DT-LD, ¶ 67.

apropiadamente la imposición de las medidas de conformidad con el artículo 56 del CT, que los hechos en los que se basó la solicitud de las medidas surgían de un sistema ficticio de estimación de ingresos por ventas omitidas que guardaba poca relación con el negocio de TSG y con sus libros y registros y, finalmente, TSG alegó que las medidas debían levantarse porque la medida contradecía la propia regulación interna de la SUNAT al impedir a TSG continuar con el normal funcionamiento de su negocio. (Esta solicitud fue rechazada por la SUNAT el 24 de febrero de 2005). Al poco tiempo la dirección de TSG llegó a la conclusión de que las medidas y, más concretamente el embargo bancario, le impedían continuar con su actividad, y decidió solicitar el 11 de marzo de 2005 la declaración de concurso preventivo.⁵⁸ El 23 de marzo de 2005 TSG interpuso un recurso de queja ante el Tribunal Fiscal. En él argumentó lo siguiente:

"Por otro lado, consideramos que la Medida Cautelar Previa es un mecanismo que le garantiza a la Administración Tributaria la recuperación de la **posible deuda tributaria (no siendo aún exigible coactivamente)**, pero al mismo tiempo, que no debe impedir la marcha de las empresas, pues de lo contrario lo único que podría generar es la quiebra de nuestra empresa."⁵⁹ (Enfasis en el original)

Este recurso fue rechazado el 19 de enero de 2006.⁶⁰

111. El 30 de diciembre de 2005 la SUNAT, completó su análisis del recurso de reclamación de TSG, decidiendo rechazar los argumentos del contribuyente, pero reduciendo por otros motivos los importes de la deuda tributaria determinada y las multas impuestas en S/. 1.282.286 y S/. 96.770 respectivamente. La reducción total de S/. 1.379.056 ascendió a

⁵⁸ DT-OS, ¶¶ 44. El concurso preventivo es un procedimiento jurídico donde una empresa insolvente, con participación de sus acreedores, busca reestructurar sus obligaciones financieras, en un esfuerzo de sobrevivir la crisis y volver a operar con éxito en su rama comercial.

⁵⁹ MMD, Anexo II-2, p. 4.

⁶⁰ RTF 00294-2-2006

aproximadamente al 13.5% de la obligación tributaria inicialmente determinada. La SUNAT también formuló una nueva resolución de determinación y modificó la justificación legal de otra.⁶¹ Tras la Resolución de la SUNAT, TSG optó por interponer un recurso de queja ante el Tribunal Fiscal. El 18 de marzo de 2009, el Tribunal Fiscal ordenó reducir las determinaciones tributarias en S/. 1.494.157 y las multas en S/. 877.234,25 (para un total de S/. 2.371.391,25). El Tribunal Fiscal además ordenó a la SUNAT recalcular determinaciones por S/. 3.155.691 y multas por S/. 96.770 (para un total de S/. 3.252.461).⁶²

112. Como resultado, tras la conclusión del procedimiento ante el Tribunal Fiscal el resumen de la situación era el siguiente: de la deuda tributaria total reclamada inicialmente como resultado de la fiscalización incluyendo las multas, que ascendía a S/. 10.196.683,⁶³ la SUNAT había eliminado S/. 1.397.056 tras la interposición del recurso de reclamación. Del importe restante el Tribunal Fiscal dejó sin efecto deuda y multas por un total de S/. 2.311.391,25 y confirmó la deuda tributaria por importe de S/. 3.193.774,75. Adicionalmente, por los cambios en la justificación legal de parte de la deuda introducidos por la SUNAT durante el procedimiento de revisión, el Tribunal Fiscal devolvió a la SUNAT para su revisión parte de los reparos a la deuda, por un valor conjunto de S/. 3.252.461. En resumen, cuando el Tribunal Fiscal emitió su decisión en 2008 (más de tres años después de la imposición de las medidas) la deuda final exigible ascendía a S/. 3.193.774,75, aproximadamente un 31,3% del total original.

⁶¹ CMD, ¶¶ 82-89.

⁶² RTF No. 02664-3-2008.

⁶³ Cuando se incluyen los intereses aplicables, el total resulta ser S/. 11.985.791 (ver DT-GV, Anexo 27).

113. El Tribunal considera que las objeciones planteadas por TSG no fueron en absoluto caprichosas, pero el Tribunal ha concluido que ninguna de las acciones llevadas a cabo por los funcionarios de la SUNAT en el proceso de fiscalización constituyó una expropiación de la inversión del Demandante. Sin embargo, estas acciones de la SUNAT sí que sirvieron como base para consecuencias mucho más graves para el inversor: la imposición de las Medidas Cautelares Previas contra TSG, asunto que el Tribunal analizará a continuación.

D. La Decisión de SUNAT de Solicitar *Medidas Cautelares Previas*

1. Antecedentes

114. Los peritos en derecho tributario de ambas partes han descrito los dos mecanismos legales ofrecidos por la ley peruana para la imposición de medidas cautelares. Concretamente, los procedimientos legales conforme a los cuales la SUNAT está autorizada a cautelar la propiedad de un contribuyente como medio para asegurar el pago de una deuda tributaria. La primera de estas circunstancias se da cuando una deuda tributaria deviene final y exigible. En ese momento el artículo 115 del CT regula las condiciones que deben darse para que puedan trabarse medidas cautelares como parte normal del proceso de cobranza coactiva.⁶⁴

⁶⁴ El artículo 115º Código Tributario establece que se considera deuda exigible:

- “a) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa o la contenida en la Resolución de pérdida del fraccionamiento notificadas por la Administración y no reclamadas en el plazo de ley. En el supuesto de la resolución de pérdida de fraccionamiento se mantendrá la condición de deuda exigible si efectuándose la reclamación dentro del plazo, no se continúa con el pago de las cuotas de fraccionamiento.
- b) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa reclamadas fuera del plazo establecido para la interposición del recurso, siempre que no se cumpla con presentar la Carta Fianza respectiva conforme con lo dispuesto en el Artículo 137.
- c) La establecida por Resolución no apelada en el plazo de ley, o apelada fuera del plazo legal, siempre que no se cumpla con presentar la Carta Fianza respectiva conforme con lo dispuesto en el Artículo 146, o la establecida por Resolución del Tribunal Fiscal.

(Nota continua en la página que sigue.)

115. Además, hay otras circunstancias, reguladas en un apartado distinto del CT en las que se autoriza la imposición de medidas cautelares previas al Procedimiento de Cobranza Coactiva, es decir en situaciones en las que por varios motivos, los importes de deuda tributaria adicional reclamados por la SUNAT aún no son finales y exigibles. Para estos casos ambas partes han hecho referencia al artículo 56 del CT que establece lo siguiente:

“Artículo 56° - MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS AL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

Excepcionalmente, cuando por el comportamiento del deudor tributario sea indispensable o, existan razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir en infructuosa, antes de iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva, la Administración a fin de asegurar el pago de la deuda tributaria, y de acuerdo a las normas del presente Código Tributario, podrá trabar medidas cautelares por la suma que baste para satisfacer dicha deuda, inclusive cuando ésta no sea exigible coactivamente. Para estos efectos, se entenderá que el deudor tributario tiene un comportamiento que amerita trabar una medida cautelar previa, cuando incurra en cualquiera de los siguientes supuestos . . .” (El subrayado es nuestro)

116. El artículo 56 continúa enumerando doce categorías de hipotéticas conductas de los contribuyentes que constituyen base suficiente para la imposición de medidas cautelares previas (es decir, ejemplos de conducta que encajan bajo el supuesto de que "por el comportamiento del deudor tributario sea indispensable"). Entre ellos se encuentran, en lo que aquí interesa:

“b. Ocultar total o parcialmente activos, bienes, ingresos, rentas frutos o productos, pasivos, gastos o egresos; o consignar activos, bienes, pasivos, gastos o egresos, total o parcialmente falsos;

d) La que conste en Orden de Pago notificada conforme a ley.

e) Las costas y los gastos en que la Administración hubiera incurrido en el Procedimiento de Cobranza Coactiva, y en la aplicación de sanciones no pecuniarias de conformidad con las normas vigentes.”

Ver Opinión de Testigo Perito en Materia Tributaria Ofrecida por José Carlos Gálvez Rosaco [en adelante “Gálvez”], pág. 37.

e. No exhibir y/o no presentar los libros, registros y/o documentos que sustenten la contabilidad;

g. Obtener exoneraciones tributarias, reintegros o devoluciones de tributos ... simulando la existencia de hechos que permiten gozar de tales beneficios;

h. Utilizar cualquier otro artificio, engaño, astucia, ardid u otro medio fraudulento, para dejar de pagar todo o parte de la deuda tributaria;”

117. Además de los apartes relativos al "comportamiento del deudor tributario", el artículo 56 contiene otra disposición con base en la cual puede justificarse la imposición de medidas cautelares previas:

" [cuando]... existan razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir en infructuosa."

Como señaló el perito en materia tributaria de la Demandada, el Lic. Gálvez, este precepto en el artículo 56 establece una base independiente según la cual, cuando las circunstancias fuesen adecuadas, podría justificarse la imposición de medidas cautelares previas.⁶⁵

2. La Solicitud de la División de Auditoría de Medidas Cautelares

Previas⁶⁶

118. Los informes preparados por la Auditora de la SUNAT sustentando la solicitud de Medidas Cautelares Previas indicaban que, en el caso de TSG, la solicitud estaba basada en "el comportamiento de deudor tributario".

119. El primer informe, de diciembre de 2004, indica lo siguiente:

⁶⁵ Gálvez, ¶ 330.

⁶⁶ El Tribunal entiende que los hechos relativos al informe de la Auditoría solicitando las medidas no son en sí mismo un acto administrativo que dé lugar a consecuencias judiciales para el Demandante. Sin embargo, el Tribunal considera que para entender el procedimiento y las consecuencias de las medidas cautelares, es necesario comprender plenamente este paso previo que llevó en último lugar a su imposición.

"Las Medidas Cautelares son solicitadas en razón al comportamiento irregular del contribuyente, al no haber sustentado debidamente los siguientes reparos:" (enumerando 6 reparos de los cuales los de mayor cuantía con amplia holgura son los relativos a las presuntas ventas omitidas de harina de pescado y aceite de pescado).⁶⁷ (El subrayado es nuestro)

120. Sin embargo, el informe no indicó justificación alguna de su solicitud, ni en la forma de alegaciones fácticas concretas, ni por referencia a alguno de los subapartados del artículo 56. Más adelante, en el apartado IV del informe titulado "Información Patrimonial de TSG", el informe simplemente indicó:

"Del análisis de la información contable exhibida por el contribuyente, debemos mencionar que no registra ni declara activos."⁶⁸

121. Este informe fue revisado y aprobado por la supervisora de la Auditora que lo preparó y tras su revisión lo transmitió al Jefe de la División de Cobranza el 27 de diciembre de 2004. La carta por la que se remitió el informe indicaba que las medidas se solicitaban porque el contribuyente "ha incurrido en las causales tipificadas en los incisos b) y g) del Art. 56 del ... Código Tributario,"⁶⁹ sin que se agregase ninguna otra explicación.
122. En su declaración testimonial, la Auditora explicó que era normal que un memorándum solicitando medidas cautelares fuera revisado al detalle, primero por la División de Auditoría y después por la Sección de Cobranza Coactiva de la División de Control de la Deuda y Cobranza de la SUNAT ["Sección de Cobranza" o "Cobranza"]. También testificó que la revisión por Cobranza podría llevar a discusiones con la Auditoría, incluyendo preguntas o recomendaciones adicionales que podrían dar lugar a un informe

⁶⁷ DT-GV, Anexo 25 pág. 0084.

⁶⁸ DT-GV, Anexo 25, pág. 0085.

⁶⁹ DT-GV, Anexo 26.

complementario.⁷⁰ En este caso, en cambio, la Sección de Cobranza no planteó pregunta alguna respecto a la solicitud de medidas, ni tuvo lugar ninguna discusión.⁷¹

123. En cualquier caso la Auditora declaró que por su propia iniciativa y "[a]tendida la premura con la que había preparado el informe sustentatorio", preparó después una nueva versión del informe en la que se actualizaron y corrigieron algunas de las cuantías reclamadas.⁷² Este nuevo informe incluía también hechos y argumentos legales nuevos relativos a los reparos determinados en la fiscalización. Entre ellos, el cambio más significativo fue la eliminación de la referencia al artículo 56(g) (que se refiere a "Obtener exoneraciones tributarias ... o cualquier otro beneficio tributario simulando la existencia de hechos que permitan gozar de tales beneficios." – (el subrayado es nuestro) y su sustitución por una referencia al artículo 56(e) relativo a la conducta del contribuyente de "No exhibir y/o no presentar los libros, registros y/o documentos que sustentan la contabilidad."⁷³ Este segundo informe es de 7 de enero de 2005⁷⁴ y con base en él y sin plantear ningún comentario, pregunta o aclaración adicional, la Sección de Cobranza emitió el 28 de enero de 2005 las tres Resoluciones Coactivas mencionadas *supra*.⁷⁵

⁷⁰ DT-GV, ¶ 125.

⁷¹ Ver ¶¶ 132-140, *infra*.

⁷² DT-GV, ¶ 126.

⁷³ DT-GV, ¶¶ 126-7; Ver también Anexo 27.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Números 020070018030, 0210070018036 y 0210070018037. El contenido de estas Resoluciones se describe en mayor detalle en el ¶ 109, *supra*.

124. El Tribunal toma nota de que el apartado III de los dos informes preparados por la Auditora se titula:

"CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR LA QUE SE SOLICITA LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS."

Sin embargo, ninguno de ellos incluye mención alguna de "ocultar ingresos." En el apartado III sí se menciona el supuesto "comportamiento irregular del contribuyente", pero no se incluye ninguna explicación ni prueba de las supuestas vulneraciones de los literales (b), (e), o (g) del artículo 56. Finalmente, en ninguna de las dos versiones existe descripción alguna de los activos de TSG ni una explicación de los motivos por los que su deuda tributaria podría devenir en infructuosa. Por ello, estos informes se contradicen en cierto modo con las alegaciones de la Auditora en su declaración testimonial donde indicó:

"En particular, la fiscalización de TSG evidenció el ocultamiento de ingresos, circunstancia que me llevó a concluir que el comportamiento de TSG ameritaba solicitar medidas cautelares por enmarcarse en los criterios establecidos en el Artículo 56 del Código Tributario."⁷⁶

La declaración testimonial continuaba:

"TSG no había declarado ningún activo mueble o inmueble con el que pudiera asegurar el pago de la deuda, circunstancia que reforzó nuestra conclusión de que era necesario solicitar medidas cautelares....Dada la conducta exhibida por TSG y dado que su deuda superaba el 25% de su patrimonio neto, consideramos que era necesario solicitar la traba de medidas cautelares previas."⁷⁷

Ambos informes incluyen en su apartado IV titulado "Informaciones Patrimoniales" afirmaciones tales como: "Del análisis de la información patrimonial contable exhibida por el contribuyente, debemos mencionar que no registra ni declara activos", pero esta

⁷⁶ DT-GV, ¶ 109.

⁷⁷ DT-GV, ¶¶ 111-12.

información no se incluye en el apartado III como base para la solicitud, ni se hace referencia alguna al "25% de su patrimonio neto", aunque en el informe definitivo,⁷⁸ se incluye una conclusión modificada afirmando que la cobranza de la deuda resultante de la fiscalización de TSG, "puede devenir en infructuosa".

3. Análisis

125. A modo de introducción, el Tribunal señala que es consciente de que la relación entre las empresas (cuyo objetivo es maximizar sus ingresos) y la administración tributaria (cuyo objetivo es maximizar la recaudación) es a menudo tensa y confrontacional. El Tribunal entiende que contribuyentes como TSG suelen buscar formas "creativas" de interpretar las disposiciones del Código Tributario. Para órganos estatales como la SUNAT disputas por este tipo de conductas son su pan de cada día. Los funcionarios de la SUNAT, como las autoridades tributarias de otras naciones, tienen la obligación de trabajar con empeño en defensa de los intereses públicos y merecen gratitud y respeto. A no ser que exista clara evidencia en contrario, ambas partes en este proceso merecen que su conducta se examine presumiendo su buena fe.
126. Tras haber analizado en detalle la evidencia presentada, el Tribunal considera que las explicaciones dadas por la SUNAT respecto a la justificación fáctica y legal por las que se impusieron las medidas son insuficientes. A modo de ejemplo, el Tribunal no está convencido de la alegación de la SUNAT respecto al ocultamiento de ingresos por TSG. Además de la cooperación prestada por TSG durante el procedimiento de fiscalización y de su declaración voluntaria de un inventario de más de harina de pescado, los contratos con los fabricantes proporcionados no permitían que subsistiera ninguna confusión

⁷⁸ DT-GV, Anexo 27, pág. 0082.

respecto de lo pactado. Por ejemplo, tres de los cuatro contratos establecían expresamente lo siguiente:

"CLÁUSULA OCTAVA

FACTORES DE RENDIMIENTO Y CALIDAD DEL PRODUCTO

LA CORPORACIÓN asume para la fabricación de la Harina de Pescado un factor de rendimiento de **4.6 (cuatro punto seis)** Toneladas de Pescado por Tonelada de harina de Pescado procesada. En caso que el factor de rendimiento fuera diferente de 4.6 o si la calidad del producto resulta distinta de la pactada, las partes acuerdan proceder de la siguiente manera:

1. En el caso de que la relación sea **MENOR** (esto es 4.5 o menos), la diferencia de Harina de Pescado producida será repartida para su libre disponibilidad, sin mediar pago o costo adicional alguno entre ambas partes, según liquidación semanal en la proporción de 50% (cincuenta por ciento) para **LA CORPORACIÓN** y 50% (cincuenta por ciento) para **TSG PERÚ**...

2. En caso que el factor de producción sea **MAYOR** a 4.6 (es decir, 4.7 o más), **LA CORPORACIÓN** reembolsará a **TSG PERÚ** la diferencia de materia prima (pescado) utilizada en el proceso, de acuerdo al valor promedio semanal de dicho recurso."⁷⁹ (Énfasis en el original)

127. Como queda claramente demostrado, el contrato generaba un incentivo para que los fabricantes operaran de forma eficiente. Un coeficiente de producción de 4.6 (el factor esperado) indicaba que de cada 4.6 toneladas de pescado crudo procesadas, se esperaba una producción de una tonelada de harina de pescado. El contrato también explicaba que, si el fabricante lograba producir una tonelada de harina de pescado con, por ejemplo, 4 toneladas de pescado crudo, entonces la harina de pescado restante se dividía entre el fabricante y TSG por partes iguales sin costo adicional. Por tanto, no hubiera sido difícil

⁷⁹ MMD, Anexo I-16, 5º separador, p. 8; ver también separadores 6º, p. 10 y 2º, p. 8, con disposiciones similares. El contrato con Vlacar (4º separador) ofrece bastante detalle, pero no especifica qué pasaría si el coeficiente de 4.6 se superaba.

para la SUNAT descubrir quién había vendido realmente el exceso de producción y quién debería ser gravado por ese ingreso (el fabricante o TSG).

128. Por otro lado, si el fabricante era poco eficiente y si, por ejemplo, empleaba 5.0 toneladas de pescado en la producción de una tonelada de harina de pescado, entonces el contrato establecía que el fabricante tenía que reembolsar a TSG el valor del pescado adicional empleado al precio de la materia prima de ese momento.⁸⁰ Nuevamente la relación estaba claramente explicada.
129. El motivo para analizar estos aspectos de la relación entre TSG y sus fabricantes es señalar que lejos de esconder sus asuntos o de operar en forma maliciosa, TSG dejó un detallado rastro documental que la Auditora podría haber utilizado. Además de los contratos de producción existían inventarios semanales de los productores especificando las cantidades entregadas, los importes facturados, etc.⁸¹ La decisión de la Auditoría de emplear la base presunta hizo que se obviara todo este material disponible. En consecuencia, si la solicitud de medidas cautelares emitida por la División de Auditoría estuvo basada en el ocultamiento de ingresos, el Tribunal no encuentra motivos que sustenten esa postura. Como se indica en el Anexo III, ¶ 27, el Tribunal tiene serias dudas sobre la conveniencia o utilidad de la decisión de la Auditoría de emplear la base presunta, pero habiendo decidido no examinar los libros y registros de TSG y habiendo llegado a sus propias conclusiones respecto a los impuestos debidos, no puede aceptarse su alegación de que TSG estaba ocultando ingresos. Como consecuencia, según se explica en detalle en los ¶¶ 197 - 206 *infra*, no convence al Tribunal el intento de

⁸⁰ Ver, por ejemplo, cláusula citada en ¶ 126, *supra*, sub-apartado 2.

⁸¹ Ver, por ejemplo, contrato entre TSG y una de sus empresas procesadoras Pesquera Harinas Especiales, S.A.C., Cláusula 5. MMD, Anexo I-16, 6° separador, p. 7.

justificación de la solicitud de medidas con base en los apartados (b) ni (e) del artículo 56 del CT, como tampoco convencen los intentos de justificar las medidas con posterioridad ya no en el supuesto comportamiento del deudor tributario, sino en la falta de activos suficientes.

130. De hecho un mayor análisis de la declaración de la Auditora, así como del Ejecutor y del Auxiliar Coactivo, entre otros, en cuanto a la decisión de imponer las medidas arroja más preguntas que respuestas.
131. En primer lugar, la Auditora no modificó el esencial apartado III de su solicitud, para incluir o sustituir la fundamentación por la posibilidad de que la cobranza de la deuda "pudiera devenir en infructuosa." Además, la conclusión que TSG no registraba activos no es fiel reflejo de los hechos. La misma auditoría y las determinaciones principales que surgieron de ella, giraron en torno a activos de TSG como inventarios de pescado, de harina de pescado y supuestos inventarios de aceite de pescado. Adicionalmente según el testimonio de la misma Auditora, la fiscalización se había iniciado con base en las solicitudes rutinarias por TSG, hechas aproximadamente mensualmente, de sumas importantes de dinero por la devolución de saldos a favor del exportador.⁸² Además, la auditoría tendría que haber revelado otros activos como cuentas por cobrar, y prendas sobre los activos de las plantas transformadoras, pero ninguno de estos activos fue mencionado ni tenido en cuenta. En cambio, en un giro inesperado, lo que sucedió realmente fue que, tras imponer las medidas el 28 de enero de 2005, la propia SUNAT autorizó el 11 de febrero de 2005 el primero de seis cheques a favor de TSG por un importe total de S/. 14.5 millones, cuantía que excede el valor conjunto de todas las

⁸²

¶ 103, *supra*.

resoluciones emitidas y más del doble de los reparos que han sobrevivido a la revisión de la SUNAT y a la Resolución del Tribunal Fiscal.⁸³ Este punto de los intentos de la SUNAT por justificar la imposición de las medidas será discutido en un momento posterior de este Laudo.⁸⁴

132. Adicionalmente, los testimonios tanto de la Auxiliar Coactivo como del Ejecutor Coactivo de la Sección de Cobranza evidenciaron que éstos no recibieron de la División de Auditoría los insumos necesarios para el cumplimiento de su labor y que no hicieron mayores esfuerzos para procurarlos.
133. La guía interna de medidas cautelares que estaba vigente y que justificó la solicitud⁸⁵ ordenaba que Auditoría proporcionara información muy concreta. El incumplimiento de la guía no habría permitido el trabajo de los ejecutores coactivos. Durante la audiencia, el Ejecutor Coactivo fue interrogado en profundidad sobre este tema. Resultó claro de su testimonio (1) que la Sección de Cobranza no había recibido de la de Auditoría la información requerida por la ley y los reglamentos para permitirle identificar los activos de TSG, pero (2) que Cobranza, de todos modos, había basado la imposición de las medidas en la solicitud de la Auditoría, sin investigar ni plantear preguntas adicionales.⁸⁶
134. A pesar de no haber recibido lo ordenado por la Guía Interna, el Ejecutor Coactivo no hizo ningún seguimiento. *Ver, por ejemplo*, parte del testimonio del Ejecutor:

⁸³ Ver DT-GV, Anexo 2. El Tribunal toma nota de los argumentos de la Demandada respecto al empleo por TSG de estos fondos en contra de la buena fe. Este argumento se analizará en un momento posterior de este Laudo.

⁸⁴ Ver ¶ 183, *et seq.*, *infra*.

⁸⁵ DT-GV, ¶ 107; GV Anexos, 23 y 27.

⁸⁶ Tr. Esp. 430:17–435:6; Tr. Ing. 470:16–475:21.

P: ¿Tiene el ejecutor coactivo o alguno de sus inferiores acceso a los papeles de trabajo sobre los cuales trabajó la Auditora?

R: No.

P: [¿]O sea que no tiene acceso a dichos documentos [?]

R: Por eso le indico que mis acciones se contextualizan en la solicitud, el informe de medidas cautelares, el informe que evacúan los auditores, y en base a eso yo trabajo mis acciones.⁸⁷

135. Lo mismo se advierte del testimonio de la Auxiliar Coactivo:

P: ¿Efectuó usted coordinación alguna con quien emitió este informe, la Auditora [...]?

R: No. Yo no efectué ninguna coordinación con [la Auditora].

P: ¿Se suele hacer? Corrijo mi pregunta. ¿Está establecido que pueden intercambiar documentos de trabajo, cruzar información Auditor-ejecutor o auxiliar coactivo?

R: No, señor.

P: ¿Se hace en la práctica?

R: ¿Intercambiar información? No.⁸⁸

136. Sin embargo, la Auxiliar Coactivo explicó claramente que la Sección de Cobranza depende de la División de Control de la Deuda y Cobranza y que la primera frecuentemente tiene contacto con la División de Auditoría (además de no ser evidente ningún impedimento legal para hacer consultas entre diferentes funcionarios de la SUNAT). En su declaración, párras. 20 y 21, dice:

"La Sección de Cobranza suele comunicarse con la Sección de Auditoría que hubiese enviado el memorando e informe sustentatorio a fin de discutir los aspectos fundamentales de la solicitud, tales como las causales que motivan la petición de medidas, la conducta del deudor tributario, y la

⁸⁷ Tr. Esp. 436:13–21; Tr. Ing. 477:14–478:1.

⁸⁸ Tr. Esp. 519:6–16; Tr. Ing. 575:11–576:2.

relación entre la deuda tributaria y el patrimonio declarado por el contribuyente..."

137. Esto lo confirma la Auditora en su declaración:

"En la práctica, es común que la División de Control de la Deuda y Cobranza examine los memorandos e informes sustentatorios de Auditoría para asegurarse que cumplan con todos los requisitos establecidos en las normas aplicables. Además, es común, que la División de Control de la Deuda y Cobranza se comuniquen con la División de Auditoría a fin de discutir las causales que justifican la solicitud de las medidas cautelares previas."⁸⁹

138. El Ejecutor Coactivo tampoco hizo uso de las facultades que le asistían para identificar activos, situación que parece preocupante para la misma SUNAT ya que como resultado de las medidas cautelares previas, los montos cautelados fueron mucho menores a los importes que se pretendía garantizar. Así lo confirmó el Ejecutor Coactivo:

P: Previo a la selección de la medida cautelar que discrecionalmente elige el ejecutor coactivo, ¿con qué facultades de recopilación de información cuenta el ejecutor coactivo?

R: Las facultades de información son las que están señaladas en el reglamento y las que puedo solicitar por intermedio de una medida cautelar.

P: Explíquenos cuáles son esas facultades en la práctica.

R: No le entiendo si me dice facultades de norma o facultades de hecho que yo puedo realizar en mi trabajo.

P: Facultades que usted, como ejecutor coactivo, puede ejecutar.

R: Yo puedo requerir información, trabar la medida de intervención de información o requerir información a entidades de terceros, de contribuyentes.

P: Requerir información a bancos, contribuyentes, empresas contribuyentes en el Perú: ¿son esas algunas de las facultades? ¿Es correcto?

⁸⁹ DT-GV, ¶ 125.

R: Es correcto.⁹⁰

139. El Tribunal entiende que los Ejecutores Coactivos gozan de cierta discrecionalidad en la selección y aplicación de las medidas, pero la discrecionalidad exige una decisión informada, justificada, razonada,⁹¹ particularmente cuando la discreción se ejerce bajo la orden de no "afectar la capacidad operativa del deudor."⁹²

⁹⁰ Tr. Esp. 447:8–448:7; Tr. Ing. 489:19–490:21.

⁹¹ Ver el texto y notas a pie de página desde ¶ 148, *infra*.

⁹² Carta Circular de la SUNAT 047-98 [en adelante la "Circular"], Sec. 6.3.2. Ver también Tr. Esp. 521:15–522:3; 526:12–15.

E. Conclusiones del Tribunal

Aspectos preliminares

140. Los contornos del derecho internacional en materia de inversiones aplicable a este caso son relativamente sencillos de establecer. Desde la firma del primer tratado bilateral en materia de inversión entre Alemania y Pakistán en 1959, más de 2.600 tratados se han firmado, la mayoría de los cuales contienen disposiciones similares. Entre las más importantes están aquellas relativas a la protección de inversionistas extranjeros contra la expropiación de su inversión por parte del estado receptor, salvo cuando es llevada a cabo de forma no discriminatoria, de conformidad con el debido proceso de ley, por causa de utilidad pública y mediante el pago de una indemnización adecuada.

141. Esta aproximación está claramente establecida en el primer inciso del artículo 4 del APPRI de la siguiente manera:

"1. Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en adelante denominadas " expropiación") en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones:

- (a) Por el interés público;
- (b) En virtud de un procedimiento legal interno;
- (c) Sin discriminación;
- (d) A cambio de compensación...."

142. También está bien establecido que la expropiación puede concretarse no sólo a través de una toma formal, pero también "indirectamente" por medio de medidas que resultan en

la privación sustancial del uso y del valor de una inversión a pesar de que la titularidad formal sobre la misma permanezca en cabeza del inversionista.⁹³

143. Tal como la ha señalado el tribunal en el caso *Starrett Housing Corporation v. Islamic Corporation de Irán*:

"[Es] reconocido en derecho internacional que medidas tomadas por un estado pueden interferir con los derechos de propiedad hasta el punto en que estos derechos sean declarados tan inútiles que puedan considerarse expropiados, aún cuando el estado no haya pretendido haberlos expropiado y el título legal de propiedad permanece formalmente con el propietario original".⁹⁴ (Traducción del Tribunal)

144. Evidentemente en cada caso los hechos deben ser cuidadosamente examinados, pero el estándar reconocido de una expropiación indirecta es la privación total o sustancial del valor de la inversión.⁹⁵ Como lo ha indicado un autor:

"Existe suficiente autoridad para la proposición que una expropiación sólo ocurrirá si la privación es total o sustancial. El punto decisivo es la destrucción de la capacidad de poder hacer uso de la inversión en un sentido económico."⁹⁶ (Traducción del Tribunal)

⁹³ ALAN REDFERN & MARTIN HUNTER, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 494 (Sweet & Maxwell, 2004); ver en general MONTT, *supra* nota a pie de página 35, en 253–73; W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*, 74 BRITISH Y.B. INT'L. L. 115–50 (2003).

⁹⁴ *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 4 Iran-U.S. C.T.R. 122, 154, Laudo Parcial (19 de diciembre de 1983); ver también Ursula Kriebbaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and State*, 8.5 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 723 (octubre de 2007) ("Hay amplia autoridad para afirmar que la expropiación sólo se producirá si la privación es total o sustancial. El punto decisivo es la destrucción de la capacidad de hacer una demanda de la inversión en el sentido económico.") [Traducción del Tribunal]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, Ad hoc—Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, IIC 380 [en adelante "*Glamis Gold*"], Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 354; ver generalmente Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID Rev. 1 (2005).

⁹⁵ Ver, por ejemplo, *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo (27 de agosto de 2008), ¶ 193 ("substantially complete deprivation"); *Metalpar S.A. & Buen Aire S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/5, Laudo (6 de junio de 2008), ¶¶ 172–73 ("Todo o casi todo el valor económico de la inversión"); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo (20 de agosto de 2007), ¶ 7.5.11 ("la privación total o casi total del valor") [traducción del Tribunal]; ver también CHRISTOPH H. SCHREUER, THE CONCEPT OF EXPROPRIATION UNDER THE FTC AND OTHER INVESTMENT TREATIES, 28–29, ¶ 81 ("Una expropiación se produce si la interferencia es sustancial y priva a los inversionistas de la totalidad o la mayor parte de los beneficios de la inversión. La privación tendría que ser permanente o durante un período sustancial de tiempo.") [Traducción del Tribunal].

⁹⁶ Ursula Kriebbaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, 8.5 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 723 (Oct. 2007).

145. Aun cuando se presenta la privación total o sustancial, no siempre resulta en el deber de compensar al inversionista. Las fuentes de derecho internacional han concluido frecuentemente que no ha lugar la responsabilidad del Estado cuando actúa en ejercicio de su poder de policía y de forma razonable y necesaria para la protección de la salud, la seguridad, la moral o el bienestar público.
146. Por ejemplo, la reformulación de la ley de relaciones exteriores de los Estados Unidos (*Restatement (Third) of Foreign Relations Law*) (1987) afirma:
- "Un estado no es responsable por la pérdida de propiedad u otras desventajas económicas que resulten de la imposición de buena fe de una tributación general, regulación, decomiso, o cualquier otra acción de este tipo comúnmente aceptada como parte de los poderes policiales de un estado, siempre que no sean discriminatorias."*⁹⁷ (*Traducción del Tribunal*)
147. Es importante advertir asimismo que el tribunal arbitral en el caso de *S.D. Myers* advirtió el alto grado de deferencia que el derecho internacional le concede a las autoridades públicas en la regulación de asuntos en su jurisdicción.⁹⁸
148. Pero esta deferencia no es ilimitada. Aun cuando se tomen medidas en virtud de un interés público legítimo, los Estados no están exentos de responsabilidad y de la obligación de pagar compensación si su proceder es arbitrario o discriminatorio.⁹⁹ Así lo explica un cuidadoso estudio al respecto: "*Asumiendo un objetivo legítimo, se mantiene*

⁹⁷ THIRD RESTATEMENT, ¶ 712(d).

⁹⁸ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Ad hoc — Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, [en adelante "*S.D. Myers*"] Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000), ¶ 263.

⁹⁹ NEWCOMBE & PARADELL, *supra* nota a pie de página 34 en 246–252; MONTT, *supra* nota a pie de página 35 en 281–288.

posible que ... oficiales puedan actuar con tal arbitrariedad y desproporcionalidad que el objetivo original carezca de sentido."¹⁰⁰ (Traducción del Tribunal)

149. El deber del Tribunal es el de aplicar estos principios cuidadosamente razonados al caso que nos ocupa. Para ello, es necesario examinar más a fondo una serie de hechos descritos anteriormente.
150. Conforme a lo decidido en la etapa de jurisdicción de este proceso, la competencia del Tribunal está establecida de acuerdo con el artículo 8 del APPRI, mediante el cual las partes en disputa han prestado su consentimiento para someter a arbitraje su controversia por la expropiación de la inversión y del monto de compensación respectivo bajo la Convención y las Reglas de Arbitraje del CIADI. En la etapa de jurisdicción el Tribunal no tomó determinaciones en torno al supuesto acto expropiatorio, limitándose a decidir que las alegaciones del Demandante constituían a primera vista un reclamo legítimo de expropiación.¹⁰¹
151. El Demandante, por supuesto, tiene la carga de la prueba de sus alegaciones.¹⁰² Incluso cuando el Demandante puede haber sufrido un perjuicio económico como consecuencia de las acciones de la parte Demandada, debe ser lo suficientemente grave como para constituir una expropiación bajo el derecho internacional. Si no se evidencia la toma o apropiación o incluso la destrucción del valor de la propiedad ("*taking*") el reclamo del Demandante debe ser desestimado. Aun cuando se evidencie una afectación suficiente

¹⁰⁰ Jack Coe, Jr. and Noah Rubins, *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW* 642 (Todd Weiler ed., 2005).

¹⁰¹ DJC, ¶ 125.

¹⁰² Ver ¶ 72, *supra*.

para constituir una expropiación, el Tribunal debe determinar si la parte Demandada está exenta de responsabilidad internacional en virtud del interés público en el ejercicio de la potestad tributaria de los Estados. Para ello debe evaluar si dicho accionar fue discriminatorio o arbitrario.¹⁰³

1. ¿Resultaron las medidas cautelares previas en la expropiación de la inversión ?

152. El Sr. Tza, Demandante y propietario del 90% de las acciones de TSG, realizó una inversión inicial de aproximadamente US\$ 400.000 a través de una entidad corporativa en las Islas Vírgenes Británicas de nombre Linkvest. Según su testimonio escrito y contra interrogatorio, la práctica del Sr. Tza era la de acometer oportunidades de negocios estableciendo empresas en diferentes países. Para ello, y concretamente en el caso de TSG, delegaba la gestión de las mismas a gestores como el Sr. Slamet Gondokusumo, quien a su vez identificaba localmente a gerentes empresariales cualificados y de confianza. En el caso de TSG, fue el Sr. Orlando Siu, ciudadano peruano.
153. Tras identificar una oportunidad de negocios en el subsector de producción de harina de pescado peruano en el año 2001, el Sr. Tza estableció una empresa en el Perú cuya actividad consistía en la compra de pescado al por mayor, la subcontratación de la producción de harina de pescado con plantas procesadoras y la exportación de cantidades importantes de la producción resultante. Gracias a la consecución de préstamos de capital operativo con entidades extranjeras para aprovechar la capacidad productiva del mercado, TSG rápidamente logró consolidarse como una de las empresas

¹⁰³ Ver ¶¶ 72-73; 147-149, *supra*.

exportadoras más importantes en el Perú con ventas aproximadas de 20 millones de dólares americanos en los años 2002 y 2003.¹⁰⁴ En sus operaciones TSG se valía del sistema bancario peruano no como fuente de capital sino para (1) recibir capital de trabajo operativo, (2) cobrar cartas de crédito para los compradores en el exterior y (3) transferir los pagos de sus créditos e intereses.¹⁰⁵

154. La auditoría de TSG por la SUNAT resultó en la imposición de 95 valores tributarios por un monto aproximado de S/. 12 millones (incluyendo intereses) para el 25 de enero de 2005¹⁰⁶ y en la imposición de medidas cautelares previas el 28 de enero de 2005.¹⁰⁷ De acuerdo con las medidas cautelares impuestas por la SUNAT, durante las dos primeras semanas de febrero de 2005, 15 bancos fueron notificados de la Resolución Coactiva mediante la cual se ordenaba la retención de fondos del TSG hasta por S/. 3.535.791.¹⁰⁸ La Resolución Coactiva declaraba que la medida cautelar previa tenía como fin asegurar el cobro de una deuda tributaria de S/. 11.985.791.¹⁰⁹ Durante la audiencia la SUNAT declaró que la retención ordenada era vinculante para los bancos y los obligaba a retener cualquier suma de TSG.¹¹⁰

¹⁰⁴ MMD ¶ 29 (Anexo 1-10).

¹⁰⁵ DT-OS, ¶¶ 31–33.

¹⁰⁶ DT-GV, ¶ 102–105.

¹⁰⁷ DT-LD, ¶ 45. El 1 de febrero de 2005, con posterioridad a la imposición de medidas cautelares previas, la SUNAT notificó adicionalmente una Orden de Pago reconociendo un saldo a favor de TSG de ejercicios anteriores. *Ver* MMD, ¶ 52.

¹⁰⁸ DT-LD, ¶ 53.

¹⁰⁹ DT-LD, Anexo 10.

¹¹⁰ Tr. Ing. 598:16–19, Tr. Esp. 538:19–22; Tr. Ing. 491:19–492:13, Tr. Esp. 449:1–5.

155. La parte Demandada presentó evidencia que TSG habría tenido la posibilidad legal de entregar dinero en efectivo u otras garantías por el importe total de la deuda tributaria para obtener el levantamiento de las medidas cautelares y reanudar su acceso al sistema bancario.¹¹¹ La ley peruana también le permitía a TSG impugnar administrativamente las actuaciones de la SUNAT y así efectivamente lo hizo mediante (1) dos recursos de reclamación ante la SUNAT (adicionales a una solicitud de levantamiento de medidas cautelares previas)¹¹² y (2) dos recursos de queja.
156. El Tribunal considera que las medidas cautelares previas resultaron en la expropiación de la inversión del Demandante en consideración a la gravedad de su impacto y a su duración.¹¹³ Como es normal las medidas fueron ordenadas sin notificación previa a TSG. De hecho, el gerente de la empresa se enteró de la retención bancaria al descubrir que uno de los estados de cuenta registraba un sobregiro de S/. 12 millones.¹¹⁴ Con base en la información recopilada durante el proceso de auditoría la SUNAT sabía o debía haber sabido cómo se financiaba y operaba la compañía. En esa medida debió entender que la medida de retención bancaria asestaría un golpe al corazón de la capacidad operativa de TSG, estrangulando los conductos normales por medio de los cuales TSG

¹¹¹ Ver, por ejemplo, Tr. Ing. 516:7–14, Tr. Esp. 468:18–469:4.

¹¹² MMD, ¶¶ 48, 54; Ver también Declaración Testimonial de Katya Herrera, ¶¶ 32–36 [en adelante "DT-KH"].

¹¹³ Ver también *Glamis Gold*, Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 356 ("*En el caso de una toma indirecta o un acto equivalente a la expropiación tal como por medio de una regulación, sin embargo, el examen del umbral es una pregunta sobre el grado de interferencia con el derecho de propiedad. Esta investigación, a menudo determinante, implica dos preguntas: la gravedad de las repercusiones económicas y la duración de ese impacto.*"). [Traducción del Tribunal.]

¹¹⁴ Tr. Ing. 359:4–15; Tr. Esp. 332:5–15.

recibía su capital operativo y eliminando la posibilidad de recurrir al sistema bancario para cobrar cartas de crédito y amortizar sus deudas.¹¹⁵

157. Ante estas circunstancias, TSG optó por solicitar ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ["INDECOPI"] el inicio de un proceso concursal denominado Procedimiento Concursal Preventivo con el fin de proteger su patrimonio negociando la refinanciación de deudas con sus acreedores. Durante el procedimiento la empresa se mantuvo abierta y llevó a cabo algunas gestiones menores. Pero sin la protección extraordinaria del proceso concursal el Tribunal concluye que la empresa no hubiera podido seguir operando.
158. La parte Demandada ha señalado que TSG continuó activa tras emerger del proceso concursal preventivo en junio de 2006.¹¹⁶ El tribunal arbitral en *Archer Daniels Midland et. al. c. Los Estados Unidos Mexicanos*¹¹⁷ en un reclamo sobre los efectos de una medida tributaria determinó que una expropiación "puede tener lugar a través de medidas del Estado distintas de la expropiación directa de bienes tangibles, como los impuestos."¹¹⁸ El Tribunal explicó que "cuando ocurre dicha interferencia, el título jurídico de propiedad continúa estando a nombre del propietario pero, como resultado de

¹¹⁵ La Demandada, con base en el reporte y testimonio como perito en materia tributaria de José Gálvez, sugirió que TSG pudo recurrir a las transacciones en efectivo tales como los depósitos en cuenta y los giros sin necesidad de utilizar sus cuentas bancarias. Ver CMD, ¶ 191; ver también Gálvez, ¶ 412. Esta alternativa no hubiera servido en ese entonces los intereses de la SUNAT ni era viable. Al contrario la canalización de las operaciones financieras de TSG a través de sus cuentas bancarias lejos de tener un carácter incidental cumplía con los fines de las normas de "bancarización" del Perú, facilitaba las operaciones de la empresa e incluso la actividad fiscalizadora de la SUNAT. Ver MMD, ¶¶ 151–154.

¹¹⁶ A estas alturas es importante enfatizar que la compañía misma solicitó el concurso preventivo para proteger su patrimonio. Esta conducta es notablemente distinta a la que se presentó en el caso de *Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/04/1 (Mecanismo Complementario), Decisión Sobre Responsabilidad (15 de enero de 2008), ¶¶ 84, 92. En el mismo la propia compañía consideró que la medida tributaria en cuestión no había impactado el valor de sus activos ni afectado su negocio a largo plazo.

¹¹⁷ *Archer Daniels Midland et. al. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05 [en adelante "*Archer Daniels Midland*"], Laudo (21 de noviembre de 2007).

¹¹⁸ *Archer Daniels Midland* ¶ 238.

la medida del Estado receptor, los derechos del inversor a hacer uso del bien de que se trata devienen ineficaces, o carecen del valor económico que antes tenían."

159. En nuestro análisis sobre el carácter de las medidas de la SUNAT, hemos considerado los argumentos de las partes y las fuentes de derecho que señalan que los efectos de las medidas sobre la inversión deben ser de carácter grave.
160. Por ejemplo, se ha enfatizado que el tribunal de *LG&E Energy Corp. et. al. c. República Argentina*¹¹⁹ indicó que "la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aun cuando sus ganancias disminuyan".¹²⁰ En ese caso como en otros en que se concluyó que no se estaba ante una expropiación, la inversión en cuestión mantuvo unos niveles de viabilidad operativa con márgenes de rentabilidad comparativamente menores.¹²¹
161. De acuerdo con los estados financieros de TSG, sin embargo, esta no fue la situación para la inversión en el caso que nos ocupa. Aun con la protección del procedimiento concursal que procuró la empresa misma, las ventas netas de la compañía cayeron de un promedio de S/. 80 millones con anterioridad a las medidas en el periodo 2003-2004,¹²² a aproximadamente S/. 3.4 millones con posterioridad en 2005-2006.¹²³

¹¹⁹ *LG&E Energy Corp., et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1 [en adelante "*LG&E*"], Decisión Sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006).

¹²⁰ *LG&E*, ¶ 191.

¹²¹ *LG&E*, ¶¶ 47-48, 191, 200; ver también *BG Group Plc. c. República Argentina*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Laudo (24 de diciembre de 2007), ¶¶ 268-70; *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI [en adelante "*National Grid*"], Laudo (3 de noviembre de 2008), ¶ 154.

¹²² MMD, Anexo I-23.

¹²³ CMD, Anexo P-196.

162. En contraste con los casos mencionados, el accionar de la SUNAT no sólo redujo la tasa de retorno del negocio, sino que además eliminó o frustró sustancialmente la capacidad operativa de la empresa.¹²⁴ Adicionalmente TSG no gozaba de una concesión o licencia gubernamental que le garantizara un espacio o campo de operaciones en el futuro. En efecto como se explicará más adelante, ese espacio empezó a desaparecer rápidamente a finales de 2005 y no volvió a presentarse.
163. En nuestro análisis también hemos considerado que los efectos de las medidas sobre la inversión deben ser permanentes, o, por lo menos no temporales o efímeros. Se nos ha señalado, entre otros, el laudo en *S.D. Myers*, en el cual el cierre de la frontera canadiense a la exportación de desechos tóxicos por 18 meses no fue considerado una medida expropiatoria.¹²⁵
164. Es importante resaltar que las medidas cautelares previas impuestas por la SUNAT el 28 de enero de 2005 fueron ordenadas por un periodo inicial de un año.¹²⁶ De acuerdo con el CT, las medidas eran prorrogadas por dos años adicionales cuando se desestimara la reclamación del deudor tributario y en la práctica parece que la prórroga era concedida con facilidad.¹²⁷ Esto fue confirmado durante la audiencia.¹²⁸ Como se explicará más

¹²⁴ Incluso a diferencia de la inversión en el caso de *Archer Daniels Midland* las medidas en cuestión afectaron la única actividad empresarial de TSG Ver ¶ 246 *infra*; ver también *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009), ¶¶ 362–68.

¹²⁵ *S.D. Myers*, Primer Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000), ¶ 284.

¹²⁶ DT–LD, ¶ 70. La medida de embargo en forma de retención comunicada a las entidades bancarias establecía por su parte lo siguiente: "La medida de embargo se mantendrá por el montó ordenado y deberá retenerse hasta el momento de su entrega al Ejecutor Coactivo para efecto de la consignación respectiva. En caso que no se cubra la totalidad del monto ordenado, la medida de embargó se mantendrá hasta que sea levantada en forma expresa por el Ejecutor Coactivo." Ver DT–LD, Anexo 10.

¹²⁷ CT, artículo 57(1). El Recurso de Reclamación de TSG fue desestimado en su mayoría por la SUNAT el 7 de diciembre de 2005, DT–KH, Anexo 17.

¹²⁸ Tr. Esp. 464:9-17.

adelante, en ausencia de un recurso legal adecuado y eficaz para controvertir las medidas cautelares, TSG oportuna y necesariamente recurrió al procedimiento concursal como la única vía efectiva para proteger su patrimonio.

165. Aun cuando la solicitud ante el INDECOPI logró en el corto plazo el levantamiento del embargo en forma de retención sobre cuentas bancarias y terceros en julio de 2005,¹²⁹ el procedimiento concursal no terminó hasta junio de 2006.¹³⁰ Solamente una vez concluido el procedimiento concursal en junio de 2006 a instancias de la propia compañía, ésta recuperó su capacidad de operar original.
166. Es cierto, como ha señalado la Demandada, que durante el proceso no existía impedimento legal para que TSG continuara con su actividad empresarial. El concurso voluntario no priva a los accionistas del control; aunque la sociedad esté en concurso, sigue controlando su actividad.¹³¹ Como efecto de la declaración de concurso, la Ley Concursal obliga a que todas las medidas cautelares previas se levanten¹³² lo que obligó a SUNAT a levantar sus medidas, hecho que ocurrió el 11 de julio de 2005. El Tribunal arbitral está convencido que la solicitud de concurso era la única vía efectiva de la que disponía el Demandante para lograr, en un plazo razonable de tiempo, un levantamiento de las medidas cautelares previas que estaban ahogando su capacidad para desarrollar su actividad empresarial. En consecuencia, el Tribunal estima que la decisión de TSG de buscar protección concursal fue razonable y adecuada en las circunstancias.

¹²⁹ DT-LD, ¶ 92.

¹³⁰ Declaración de Jaime Gaviño, ¶¶ 158–162 [en adelante "DT-JG"].

¹³¹ DT-JG, p. 9, ¶ 41.

¹³² Artículo 18.3, Ley General de Sistema Concursal.

167. El APPRI, a diferencia de otros tratados o acuerdos en materia de inversión extranjera, no contiene una disposición particular sobre la prueba del vínculo causal entre una medida y el daño resultante.¹³³ Los tribunales internacionales han abordado el tema con base en principios generales de derecho internacional,¹³⁴ que para nuestros efectos son de aplicación en virtud del artículo 42 de la Convención.
168. El Tribunal ha estudiado los argumentos de la parte Demandada que indican que TSG pudo haber operado sin utilizar sus cuentas bancarias,¹³⁵ o que la decisión de TSG de acogerse a un concurso preventivo respondía a dificultades financieras ajenas a la SUNAT¹³⁶ e incluso que no se ha demostrado que el impacto de las medidas fue más que temporal.¹³⁷ Adicionalmente, durante el procedimiento concursal, la compañía parece haber percibido un monto dramáticamente reducido de ingresos (aparentemente de ventas anteriores) y amortizado en alguna medida sus deudas.¹³⁸ Por sí solos estos eventos no demuestran que la compañía subsistía tal como existía y operaba con anterioridad a las medidas.¹³⁹

¹³³ Ver, por ejemplo, Artículo XII (2) del APPRI entre Canadá y Costa Rica que requiere que el inversionista compruebe que "ha incurrido en pérdida o daño en razón o como resultado de esa violación."

¹³⁴ Ver, por ejemplo, *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Laudo Parcial (13 de septiembre de 2001); *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI [en adelante "*Lauder*"], Laudo (3 de septiembre de 2001); ver también Stanimir Alexandrov & Joshua M. Robbins, *Proximate Causation in International Investment Disputes*, YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 317–45 (Karl Sauvant, ed.) (2009).

¹³⁵ Ver CMD, ¶ 191. Ver también Gálvez, ¶ 412.

¹³⁶ EPA-Perú, ¶¶ 86–89.

¹³⁷ EPA-Perú, ¶ 129–134.

¹³⁸ Argandoña, pág. 50.

¹³⁹ En efecto no se evidencia que estas ventas hubiesen resultado de la consecución de nuevos inventarios. Según explica la parte Demandante corresponden a ventas de inventarios existentes y el cobro de intereses de anticipos a proveedores.

169. Sin las protecciones del concurso preventivo, las medidas cautelares habrían frustrado las operaciones de TSG por un periodo de por lo menos tres años. Dado el impacto inmediato y dramático del accionar de la SUNAT sobre las operaciones de la TSG, no puede calificársele ni de indirecto, remoto o temporal.
170. En conclusión el Tribunal considera que las medidas cautelares previas resultaron en la expropiación indirecta de la inversión del Demandante y, dado que el inversionista no fue compensado, dicha expropiación se efectuó en violación del artículo 4 del APPRI.

2. ¿Exime de responsabilidad al Estado el interés público en el ejercicio de la potestad tributaria?

171. Una vez establecido el carácter expropiatorio del accionar de la SUNAT sobre la inversión en violación del artículo 4 del APPRI, es deber del tribunal determinar si existen razones que excluyan la ilicitud de la conducta o la responsabilidad internacional del Perú.
172. La parte Demandada ha argumentado que las medidas de la SUNAT resultan de actividad regulatoria legítima del Estado y por lo tanto no dan lugar a su responsabilidad internacional.¹⁴⁰ Por su parte el Demandante ha afirmado que no cuestiona la potestad tributaria del Estado peruano sino medidas arbitrarias, irracionales y discriminatorias que se tomaron con ocasión de la misma.¹⁴¹

¹⁴⁰ CMD, ¶¶ 256–79. EPA-Perú, ¶ 135 ("[L]as medidas cautelares fueron manifestación del ejercicio válido y legal de los poderes regulatorios de la SUNAT, por los cuales el Perú no tiene la obligación de indemnizar al Demandante.").

¹⁴¹ MMD, ¶ 222 ("Según ya ha sido manifestado en diversas ocasiones por el Demandante, en el presente proceso arbitral no se cuestiona la validez de una medida gubernamental soberana de naturaleza tributaria, sino una serie de actos estatales que culminan esencialmente en el carácter arbitrario, irracional y discriminatorio de las medidas cautelares adoptadas contra la empresa TSG, que transgredieron las normas de protección de la inversión contenidas en el APPRI, especialmente la referida a expropiación, al destruir la viabilidad económica de la empresa y eliminarla del mercado. La medida no permitió a TSG operar normalmente haciendo uso del sistema financiero peruano según lo exige la ley doméstica y destruirle el acceso a las fuentes de insumos del negocio pesquero.").

173. En primera instancia, el APPRI no contiene en forma explícita una excepción como la descrita por la parte Demandada, pero el argumento no obstante encuentra fundamento en el derecho internacional. Según está establecido, un Estado no es responsable por la pérdida de valor en la propiedad o por otras desventajas económicas que resulten de la imposición de buena fe de impuestos generales, regulaciones u otras conductas comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los estados.¹⁴² La imposición, administración y recaudo de impuestos forman parte de la potestad tributaria de los Estados. Adicionalmente, tal como correctamente lo señala la parte Demandada, se debe entender que el inversionista conocía de antemano y aceptaba las particularidades del sistema tributario peruano.
174. Dicho lo anterior, también está establecido en el derecho internacional que el ejercicio de la actividad regulatoria del Estado (incluyendo la potestad tributaria) debe ejercerse bajo ciertas condiciones.¹⁴³ Así lo reconoce la parte Demandada que expresa que, entre otros factores, el Tribunal debe entrar a evaluar la proporcionalidad del accionar de la SUNAT y la observancia del debido proceso.¹⁴⁴
175. Esta aproximación no es ajena al derecho peruano.¹⁴⁵ La Constitución de la República del Perú en su artículo 74 establece que "[E]l Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe

¹⁴² Ver, por ejemplo, THIRD RESTATEMENT, § 712, cmt. g ("*Un Estado no es responsable por la pérdida de propiedad o de otra desventaja económica que resulte de impuestos generales de buena fe, regulación, pérdida por causas de delincuencia, o cualquier otra acción de tal naturaleza que son comúnmente aceptados como poder de policía de los Estados.*"). [Traducción del Tribunal]

¹⁴³ Ver, por ejemplo, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 [en adelante "*Tecmed*"], Laudo (29 de mayo de 2003), ¶ 122. Ver también *Saluka Investments c. República Checa*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Laudo Parcial Final (17 de marzo de 2006), ¶¶ 253–65.

¹⁴⁴ CMD, ¶ 262. Ver también EPA-Perú, ¶ 138.

¹⁴⁵ La determinación de razones que excluyan la ilicitud de la conducta o la responsabilidad internacional del Perú se hace con base en el derecho internacional. La referencia al derecho peruano es meramente comparativa.

respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona.^[146] Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio."

176. A su vez la Ley del Procedimiento Administrativo General establece en primera medida que las entidades de la administración pública son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por sus actos. La ley, sin embargo, sólo excluye de esta obligación aquellas instancias en las que la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.¹⁴⁷
177. Adicionalmente, la Ley del Procedimiento Administrativo General afirma que, en virtud del Principio de Razonabilidad, "Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido."¹⁴⁸
178. Es notable además que la práctica internacional del Perú con posterioridad al APPRI refleja también este entendimiento. El Tratado de Libre Comercio ["TLC"] entre el

¹⁴⁶ De acuerdo con el artículo 2 entre ellos está la propiedad y el debido proceso.

¹⁴⁷ Ley 27444 de 2001 (modificada por el Decreto Legislativo 1029 de 2008), artículo 238, numerales 1 y 2. De acuerdo con la parte Demandada, La Ley del Procedimiento Administrativo General establece el derecho aplicable en materia de daños. Ver CMD, ¶ 447.

¹⁴⁸ Ley 27444 de 2001 (modificada por el Decreto Legislativo 1029 de 2008), artículo IV, numeral 1.4.

gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República Popular China suscrito el 28 de abril de 2009, establece que puede presentarse una expropiación indirecta cuando la privación de la propiedad sea discriminatoria o en perjuicio de un compromiso adquirido del Estado aun cuando sea el resultado de "medidas tomadas en ejercicio de las facultades regulatorias de un estado que están razonablemente justificadas para proteger el bienestar público, incluyendo la salud pública, la seguridad y el medio ambiente."¹⁴⁹

179. Con esto en mente y retomando lo establecido bajo el derecho internacional, nuestro análisis también debe atender las particularidades fácticas de la controversia entre las partes. En esta controversia que nos ocupa no se cuestiona la potestad tributaria del Estado Peruano, ni la actividad fiscalizadora de la SUNAT en términos generales, sino su ejercicio particular frente al inversionista.
180. Aun cuando el Tribunal reconoce que la potestad regulatoria del Estado merece un trato deferente, es esencial hacerlo sin perder de vista las razones que lo ameritan.
181. El examen de un número de laudos arbitrales que han considerado argumentos sobre expropiación indirecta resultante de la conducta de autoridades Tributarias, evidencia

¹⁴⁹ Tratado de libre Comercio Perú-China, Anexo 9, ¶¶ 5–6:

"5. La privación de la propiedad probablemente constituirá de manera particular una expropiación indirecta cuando sea:

- (a) discriminatoria en sus efectos, ya sea en contra de un inversionista en particular o en contra de una clase de la que forme parte el inversionista; o
- (b) en perjuicio de un compromiso vinculante por escrito previo del estado con el inversionista, ya sea por contrato, licencia, u otro documento legal.

6. Salvo en circunstancias excepcionales en las que aplique el párrafo 5, dichas medidas tomadas en ejercicio de las facultades regulatorias de un estado que están razonablemente justificadas para proteger el bienestar público, incluyendo la salud pública, la seguridad y el medioambiente, no constituirán una expropiación indirecta."

que frecuentemente han sido desestimados.¹⁵⁰ Estos laudos sin embargo también revelan un consenso considerable entorno a que la imposición y la aplicación de medidas tributarias puede adquirir un carácter expropiatorio si es confiscatoria, arbitraria, abusiva, o discriminatoria.¹⁵¹ Tal como lo explica un autor: "*la promesa de la no-arbitrariedad ayuda a aceptar el inevitable sacrificio de los intereses privados en la búsqueda del fin público.*"¹⁵² (Traducción del Tribunal).

3. ¿Fue la conducta de la SUNAT arbitraria?

Aspectos Preliminares

182. Antes de responder a esta interrogante, es importante no perder de vista el alcance de la labor del Tribunal y de su competencia frente al ordenamiento jurídico peruano.
183. En primer lugar los funcionarios de la SUNAT repetidamente han justificado su proceder en la autoridad que les confieren las leyes y reglamentos tributarios del Perú. En términos generales, el proceder de las autoridades tributarias está sujeta a recursos administrativos y judiciales. Uno de los aspectos críticos que se abordarán más adelante será si estos recursos fueron adecuados y eficaces.
184. Adicionalmente, es importante reiterar que este Tribunal no puede ni pretende desempeñarse como una corte de apelaciones supranacional que agrega al escrutinio del actuar de la SUNAT o que sugiere el establecimiento de nuevas leyes o reglamentos. Incluso un examen general de la doctrina y de fallos judiciales sobre medidas cautelares

¹⁵⁰ *ADM and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc., c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05, Laudo (21 de noviembre de 2007); *LG&E; EnCana*, Laudo (3 de febrero de 2006); *Link-Trading Joint Stock Company c. República de Moldova*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI Laudo (18 de abril de 2002); *Amto, LLC c. Ucrania*, SCC Caso No. 080/2005, Laudo (26 de marzo de 2008); *Mondev International Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002).

¹⁵¹ *EnCana*, Laudo (3 febrero de 2006), ¶ 177.

¹⁵² JERRY L. MASHAW, *GREED, CHAOS AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW* 52 (1997).

previas o disposiciones similares para obtener la incautación preliminar de los bienes de los contribuyentes revela una amplia variedad de prácticas. Estas prácticas incluyen tanto las de jurisdicciones que brindan poca o escasa protección del debido proceso como las de aquellas que requieren notificación previa (salvo en circunstancias en que se pueda demostrar, ante una autoridad administrativa o judicial independiente, una alta probabilidad de que el contribuyente tenga la intención de huir del país, ocultar o transferir sus bienes, o distribuir sus activos en liquidación).¹⁵³ Aun cuando se verifique ese riesgo, el contribuyente tiene el derecho a solicitar su revisión judicial inmediata.

185. Dado que los asuntos relacionados con la administración tributaria son considerados importantes para atraer la inversión extranjera, el Fondo Monetario Internacional ha sugerido garantías procesales para los contribuyentes.¹⁵⁴ Si bien estas sugerencias y otras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ["OCDE"]¹⁵⁵ que procuran fortalecer la efectividad y la seguridad jurídica en las protecciones legales para inversionistas no son vinculantes para la SUNAT o el Perú, el Tribunal sí está facultado bajo el APPRI para determinar si la conducta de SUNAT fue arbitraria de acuerdo con de derecho internacional.

Análisis

186. Una de las premisas subyacentes en el sistema de arbitraje comercial y de inversión internacional es que a lo largo de todas las culturas, nacionalidades y sistemas legales se

¹⁵³ 26 United States Code (U.S.C.) § 6320(a)-(b); § 6330(a)-(f).

¹⁵⁴ Richard K. Gordon, *Law of Tax Administration and Procedure*, en 1 TAX LAW DESIGN AND DRAFTING Capítulo 4 (Victor Thuronyi, Ed. International Monetary Fund 1996)

¹⁵⁵ Gordon, *op.cit.* en p. 10-17; *Organization for Economic Cooperation and Development, Tax Administration Guidance & Information Series, Taxpayers' Rights and Obligations* (Julio de 2003).

reconocen y se entienden ciertos conceptos fundamentales; la noción de "arbitrariedad" es uno de ellos. Aun así el Tribunal lo aborda con cautela reconociendo que términos como arbitrario, irrazonable o caprichoso pueden tener connotaciones particulares que resulten de los hechos de cada caso.¹⁵⁶

187. El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define la arbitrariedad como "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho." La arbitrariedad ha sido también descrita como proceder fundado en prejuicio o preferencia más que en la razón o los hechos¹⁵⁷ o contrario a derecho porque hiere o por lo menos sorprende un sentido de corrección jurídica.¹⁵⁸

188. El Profesor Schreuer y el tribunal en el caso *EDF*¹⁵⁹ también han aceptado como arbitrarias:

- a. *"una medida que ocasiona daños al inversionista sin servir ningún propósito legítimo aparente;*
 - b. *una medida que no está fundada en normas legales, sino en la discreción, los prejuicios o preferencias personales;*
 - c. *una medida adoptada por razones diferentes a las expresadas por quien decide;*
- una medida adoptada con deliberado desprecio por el debido proceso y el procedimiento apropiado."*

189. Hace tiempo que el derecho internacional reconoce que un Estado puede causar perjuicio a otro o a sus ciudadanos mediante conductas arbitrarias y abusivas, pero son pocas las

¹⁵⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (Estados Unidos de América c. Italia)* [1989] ICJ Rep. 15 [en adelante "*ELSI*"], ¶ 128.

¹⁵⁷ *Lauder*, Laudo Final (3 de septiembre de 2001), ¶ 221 (citando al *Black's Law Dictionary 100* (Séptima ed. 1999)).

¹⁵⁸ *ELSI*, ¶ 128.

¹⁵⁹ *Ver EDF*, Laudo (8 de octubre de 2009), ¶ 303. El Profesor Schreuer intervino como perito y su opinión fue aceptada y citada por el Tribunal.

instancias en que así se ha determinado en un caso particular. La Corte Internacional de Justicia ["CIJ"] en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* determinó que el poder de las autoridades de valorar mercancía para efectos aduaneros debía ejercerse razonablemente y de buena fe.¹⁶⁰

190. En otro caso bien conocido, *ELSI*,¹⁶¹ la Corte estudió si la requisición de una fábrica italiana de propiedad de empresas americanas fue una medida arbitraria. La Corte determinó que a pesar de que la acción del alcalde era ilegal bajo la ley italiana, la ilegalidad por sí sola no era suficiente para calificar la conducta del alcalde de arbitraria bajo el derecho internacional. El fallo de la Corte sugiere que el trato de un inversionista extranjero puede no ser arbitrario siempre y cuando el Estado justifique legalmente su actuar y se respete el debido proceso ante las cortes locales. El fallo ha sido objeto de mucha crítica académica, que rechaza que cualquier invocación de aparente autoridad legal permita encubrir conducta tomada sin el análisis o la justificación necesaria e incluso para fines enteramente diferentes.¹⁶²

191. La decisión de la Corte se basó parcialmente en la insolvencia de la empresa en ese entonces y la imposibilidad resultante de controlar y dirigir su liquidación. El Juez Schwebel, en una sólida y bien razonada opinión disidente, sostuvo que el derecho

¹⁶⁰ *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (Francia c. Estados Unidos de América) – Fallo 27 de agosto de 1952 – General List No. 11 (1950–1952).

¹⁶¹ *ELSI*, ¶ 128.

¹⁶² NEWCOMBE & PARADELL, *supra* nota a pie de página 34 en pág. 249.

internacional exige una revisión más sustancial sobre si la conducta del gobierno fue irrazonable.¹⁶³

192. No obstante las particularidades de caso *ELSI*, el derecho internacional en materia de inversiones, en años más recientes, ha incorporado un principio en contra de la conducta arbitraria de los estados como parte integral del mismo.¹⁶⁴ Tal como lo sugiere su significado en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, el término "arbitrariedad" sugiere una decisión basada no en justicia, derecho o razón sino en preferencia personal u esencialmente un capricho o ejercicio ilimitado del poder.
193. De acuerdo con la reformulación de la ley de relaciones exteriores de los EE.UU., la determinación de si la conducta de un Estado constituye una toma o apropiación ("*taking*") que requiera compensación bajo el derecho internacional o forma parte de su potestad regulatoria o tributaria y exime de la obligación de reparar el daño debe hacerse considerando todas las circunstancias.
194. La Constitución y las leyes peruanas exigen que los funcionarios públicos ejerzan su discreción de forma razonable y prudente en el interés del Estado y de los derechos de sus ciudadanos.¹⁶⁵ Estos principios del derecho peruano son consistentes con los principios aplicables del derecho internacional que respetan y protegen la conducta de las autoridades administrativas o entidades regulatorias ejercida de buena fe¹⁶⁶ y que

¹⁶³ Esta es una posición cercana a la que acoge la reformulación de la ley de relaciones exteriores de los Estados Unidos (*Restatement (Third) of Foreign Relations Law*) al referirse a "injusto e irrazonable." Ver THIRD RESTATEMENT, ¶ 712 y nota a pie de página 11 del relator.

¹⁶⁴ NEWCOMBE & PARADELL, *supra* nota a pie de página 34, *supra* en 250; OECD Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law; OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Working papers on International Investment, Num. 2004/3 en 8.

¹⁶⁵ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional No. 0592-2005-PA/TC de Techa, 1/12/2001 (citado en Mini en pág. 73).

¹⁶⁶ THIRD RESTATEMENT, § 712, cmt. (g).

requieren el pago de compensación cuando acciones u omisiones arbitrarias o discriminatorias del Estado perjudiquen la propiedad o los intereses económicos de un nacional de otro estado.¹⁶⁷ La ausencia o denegación de recursos legales con los cuales oponerse puede confirmar su carácter arbitrario o discriminatorio.¹⁶⁸

195. El análisis de arbitrariedad en la conducta del Perú incluye un estudio de las decisiones de la Auditoría de solicitar las medidas cautelares previas, de los funcionarios de División de Control de la Deuda y Cobranza en ordenarlas y finalmente, las consecuencias que de ellas se derivan.

a. Los informes de medidas cautelares previas

196. El artículo 56 del CT peruano dispone con respecto a las medidas cautelares previas que éstas podrán imponerse: " (1) Excepcionalmente, cuando por el comportamiento del deudor tributario sea indispensable o, (2) existan razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir en infructuosa"¹⁶⁹ En primer lugar estudiaremos el comportamiento del deudor, después el riesgo de cobranza infructuosa.

197. Los comportamientos del deudor tributario que según el artículo 56 condicionan la posible imposición de medidas cautelares previas sugieren que se trata de conductas graves que incluyen presentar documentos falsos, ocultar activos, realizar actos fraudulentos, destruir libros contables, no exhibir libros o registros que sustentan la

¹⁶⁷ *Ibid.* § 712, Subsección 3 y Comentario (j).

¹⁶⁸ *Ibid.* § 712, Comentario (j).

¹⁶⁹ CT, artículo 56. La numeración y el subrayado no aparecen en el texto original.

contabilidad, simular la existencia de hechos, etc.¹⁷⁰ Incluso la Circular de la SUNAT vigente a la fecha indicaba lo siguiente:

"5.1. Para dicho efecto, se podrá entender como deudor tributario con comportamiento que amerite se trabe MCP, a aquél que ha sido incluido como pasible de denuncia penal en un Informe sobre presunción de delito de defraudación tributaria, de acuerdo con lo normado en la circular N° 047-95/12-03.1.4"¹⁷¹

198. Esta aproximación indica que la conducta en cuestión no abarca meramente errores o diferencias de interpretación del Código Tributario.
199. En el informe inicial de 17 de diciembre de 2004, por el que solicitó la imposición de medidas cautelares previas, en la sección crítica titulada "III. Circunstancias Excepcionales. . ." meramente se afirmó que la solicitud se hacía "en razón del comportamiento irregular del contribuyente, al no haber sustentado debidamente los siguientes reparos..." sin indicar las causales del artículo 56 que condicionaban su solicitud ni describir en detalle las conductas del contribuyente que hacían "indispensables" las medidas.¹⁷² Esta deficiencia fue modificada posteriormente en un segundo informe de 7 de enero de 2005, pero sin indicación adicional sobre el carácter "excepcional" o delictivo de la conducta del contribuyente.¹⁷³ La mera mención del supuesto hecho de que el contribuyente "no [hubiera] sustentado debidamente los siguientes reparos" sencillamente no satisface los requerimientos de la Circular

¹⁷⁰ CT, artículo 56.

¹⁷¹ DT-GV, Anexo GV 23.

¹⁷² DT-GV, Anexo GV 25.

¹⁷³ DT-GV, Anexo GV 27.

mencionada. La Circular No. 047-98 establece además que con las medidas cautelares previas, "se debe procurar no afectar la capacidad operativa del deudor tributario."¹⁷⁴

200. No obstante lo anterior, el Tribunal entiende que la SUNAT pudo también haber justificado su accionar bajo el segundo supuesto del artículo 56 del CT que establece que también se pueden trabar medidas cautelares previas "cuando existan razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir en infructuosa." ¿Cuándo se debe entender que existen razones de este tipo? La Circular de la SUNAT en su aparte 5.1 indica lo siguiente:

"Adicionalmente, cuando la deuda tributaria, tanto la incluida en los procesos de cobranza coactiva anteriormente iniciados como aquélla por la que se solicita trabar las MCP, determinada a un deudor tributario...sea mayor a un 25% del monto consignado como patrimonio neto en el último balance presentado por el deudor tributario a la SUNAT, se podrá solicitar se trabe las MCP."¹⁷⁵

201. Incluso la Auditoría en la sección titulada "IV. Información Patrimonial", tanto del primer informe como del segundo, afirmó: "[D]el análisis de la información contable exhibida por el contribuyente, debemos mencionar que no registra ni declara activos." La parte Demandada ha enfatizado esta circunstancia para justificar el proceder de la SUNAT.
202. En primera instancia es fundamental señalar, sin embargo, que ni dicha circunstancia, ni la causal respectiva del artículo 56 fue consignada entre las "circunstancias excepcionales" que justificaban la solicitud de medidas cautelares en su momento.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Circular, apartado 6.3.2; DT-GV, Anexo GV 23

¹⁷⁵ *Ibid.*, aparte 5.1.

¹⁷⁶ Tampoco hay referencia a la misma ni en las resoluciones de imposición de medidas cautelares ni en el informe que la SUNAT rindió ante el Tribunal Fiscal.

203. Es útil para nuestro análisis también señalar que la circular anotada indicaba que los funcionarios "podrán solicitar que Cobranza Coactiva trabaje MCP."¹⁷⁷ Esta formulación particular precisamente exigía por implicación que los funcionarios de la SUNAT ejercieran esa facultad de forma razonable y justificada. La auditoría misma evidenciaba que, en contra de lo afirmado en los informes de solicitud de medidas, TSG sí registraba y declaraba activos útiles para el recaudo de su deuda tributaria.
204. En efecto TSG tenía activos considerables y esa información era conocida por la SUNAT. La auditoría misma había comenzado a consecuencia de las repetidas solicitudes de devolución por parte de la SUNAT de saldos de IGV a favor de TSG. Esas devoluciones ascendían el 11 de Febrero de 2005 (dos semanas tras la imposición de la medidas) a S/. 14.5 millones. Adicionalmente la Auditoría también debía evidenciar otros activos susceptibles de ser cobijados con medidas cautelares. Entre ellos cuentas por cobrar a clientes y a proveedores (fruto del pago de anticipos) por montos considerables.
205. A la luz de estas consideraciones la solicitud de medidas cautelares de la División de Auditoría no estaba adecuadamente justificada bajo ninguna de las causales de artículo 56 del CT. No obstante, dado que no hay duda que la División de Auditoría perseguía el fin público legítimo de la recaudación tributaria, este elemento de un proceder administrativo meramente deficiente no puede, por sí sólo, considerarse arbitrario y violatorio del derecho internacional.

b. La conducta de la División de Control de la Deuda y Cobranza

206. El testimonio y los documentos relacionados con el accionar tanto del Ejecutor Coactivo, como del Auxiliar Coactivo han sido estudiados con gran interés por el Tribunal. En su

¹⁷⁷ Circular, aparte 5. DT-GV; Anexo GV 23. (El subrayado es nuestro)

declaración el Auxiliar Coactivo indicó que las solicitudes de medidas cautelares (junto con los informes que las sustentan) una vez remitidas, son revisadas por la Sección de Cobranza que verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas aplicables y discute con la Sección de Auditoría "los aspectos fundamentales de la solicitud, tales como las causales que motivan la petición de medidas, la conducta del deudor tributario, y la relación entre la deuda tributaria y el patrimonio declarado por el contribuyente."¹⁷⁸

207. Una vez revisadas las solicitudes de imposición de medidas cautelares previas, el Jefe de la División las envía al Ejecutor Coactivo quien "después de una revisión de fondo del informe sustentatorio," lo entrega a un Auxiliar Coactivo.¹⁷⁹ El Auxiliar a su vez "examina el memorando e informe y verifica" entre otras cosas, "la base legal y los fundamentos de hecho que se invocan..." y "realiza una búsqueda más exhaustiva de los activos del contribuyente."¹⁸⁰ Este procedimiento es notable entre otras cosas porque aun cuando se hubiese seguido en el caso que nos ocupa, ni la Sección de Cobranzas, ni el Ejecutor Coactivo o el Auxiliar Coactivo por su parte parecen haber advertido ningún aspecto que ameritara discusión adicional con la División de Auditoría o que resultara en conclusiones distintas. Esto llevó a los resultados desafortunados tanto para TSG como para la misma SUNAT.

¹⁷⁸ DT-LD, ¶ 21.

¹⁷⁹ DT-LD, ¶ 22.

¹⁸⁰ DT-LD, ¶¶ 23, 26.

208. En la búsqueda de activos de TSG, se identificaron siete entidades que efectuaron retenciones de IGV y tres vehículos.¹⁸¹ De acuerdo con la declaración del Auxiliar, "[D]e la revisión de los informes sustentatorios de la Sección de Auditoría, así como de los registros antes mencionados, no encontré ningún otro activo sobre el cual pudiesen trabarse medidas cautelares previas."¹⁸² A paso seguido afirmó, "Los Auxiliares Coactivos no tienen acceso a los papeles de trabajo del Auditor que recomienda la traba de medidas cautelares, por lo que se basan en la información proporcionada por el Auditor en el informe, así como en su criterio respecto de la existencia de activos ciertos..."¹⁸³ Finalmente, en su declaración afirmó, "Compartí mi análisis del informe de Auditoría y los resultados de mi búsqueda de activos con el Ejecutor Coactivo, quien coincidió en que la conducta irregular desplegada por el contribuyente ameritaba la adopción de medidas cautelares previas."¹⁸⁴ Con la aprobación del Ejecutor, se procedió a ordenar tres medidas cautelares, dos de las cuales merecen ser comentadas.
209. Por una parte se ordenó un embargo en forma de retención de terceros hasta por la suma de S/. 8.000.000 que recayó sobre las 7 empresas que habían efectuado retenciones de IGV para que retuvieran cualquier monto adeudado a TSG Según concluyó la Auxiliar "la medida de retención de terceros no resultó en retención alguna."¹⁸⁵ Como debió ser evidente de la auditoría a TSG, del informe que sustentó las medidas cautelares y de las verificaciones posteriores de funcionarios de la División de Control de la Deuda y

¹⁸¹ DT-LD, ¶¶ 41- 42.

¹⁸² DT-LD, ¶ 43.

¹⁸³ DT-LD, ¶ 43.

¹⁸⁴ DT-LD, ¶ 44.

¹⁸⁵ DT-LD, ¶ 60.

Cobranza, el embargo debió haberse dirigido contra las cuentas por cobrar de la compañía, parte de las cuales correspondían a personas jurídicas peruanas y que estaban garantizadas por medio de derechos de prenda.

210. Por otra parte, se ordenó el embargo en forma de retención bancaria, por duración indeterminada y hasta por la suma de S/. 3.535.791 sobre fondos de TSG "a todos los bancos de la plaza a fin de asegurar la efectividad de la misma."¹⁸⁶ Según explica la Auxiliar, "...la medida no podía dirigirse a bancos determinados porque, al momento de imponer la medida, la SUNAT no poseía información acerca de los bancos en los cuales el deudor tributario tenía cuentas."¹⁸⁷ Nuevamente, la auditoría a TSG debió evidenciar información más detallada sobre sus activos.

211. En efecto la Circular 047-98, a la que se hizo mención con anterioridad, y en la cual la parte Demandada justifica parcialmente el accionar de la SUNAT, detalla que "en el Informe por el que solicita trabar [medidas cautelares previas] se debe proporcionar información necesaria como, por ejemplo: ...Principales activos del deudor tributario indicando, de ser posible, todos los detalles que permitan su identificación plena...." La Circular agrega:

"[A]dicionalmente, es importante que se incluya la información siguiente, cuando se tenga conocimiento de ella:...

- Lista detallada... de principales clientes, remarcando aquéllos con los cuales el deudor tributario mantiene "deudas por cobrar".
- Bancos y entidades financieras con los que trabaja, tipo y número de sus cuentas.
- Acreencias y obligaciones vigentes.

¹⁸⁶ DT-LD, ¶ 49.

¹⁸⁷ DT-LD, ¶ 49.

- Lugar donde se encuentran los activos y personas poseedoras de los mismos, de ser el caso, y demás datos que permitan su correcta identificación.
- Otros que puedan ayudar a establecer activos susceptibles de ser embargados.¹⁸⁸

212. Durante la audiencia, el Ejecutor manifestó repetidamente que la Circular era simplemente un documento interno de la SUNAT que daba pautas generales. Según afirmó el Ejecutor, el artículo 56 del CT era la única fuente jurídica relevante y que había condicionado su actuar únicamente en el informe de la Auditora. Incluso afirmó no tener acceso ni a los documentos de la auditoría ni llevar acabo "cruces de información."¹⁸⁹ Dicho proceder explica en gran medida el problema que subyace en la conducta de la SUNAT.¹⁹⁰

213. En efecto el perito en materia tributaria de la Demandada lo explicó claramente:

"Los funcionarios de la SUNAT, además de cumplir las normas y reglas que emanan de las fuentes del Derecho Tributario, deben observar los lineamientos establecidos por esta institución en la forma de Circulares y Manuales, los que tienen por objeto regular el ejercicio de las facultades discrecionales concedidas por la ley a la SUNAT, a efecto de obtener decisiones uniformes y evitar desviaciones arbitrarias del poder."¹⁹¹

214. Esta conclusión nos lleva a considerar otro aparte de la Circular que establece lo siguiente:

¹⁸⁸ DT-GV, Anexo GV 23, sección 6.2.

¹⁸⁹ Tr. Ing. 471:6-11 (Tr. Esp. 431:4-9); 474:18-476:8 (Tr. Esp. 434:5-435:14); 477:8-13 (Tr. Esp. 436:7-12); 477:18 – 478:1 (Tr. Esp. 436:17-21); 481:8-19 (Tr. Esp. 440:3-12); 486:22-487:3 (Tr. Esp. 445:4-6); 491:1-4 (Tr. Esp. 448:9-12).

¹⁹⁰ Tal como se explicó al comienzo de esta sección con base en el testimonio de la Auxiliar Coactiva. Según su Declaración, la Sección de Cobranza debió para el caso de TSG, cuando menos, haber discutido con la Sección de Auditoría los aspectos fundamentales de la solicitud de medidas cautelares incluyendo la conducta del deudor tributario, y la relación entre la deuda tributaria y el patrimonio declarado por el contribuyente. El Ejecutor Coactivo a su vez debió haber llevado a cabo una revisión de fondo del informe sustentatorio y el Auxiliar haber realizado una búsqueda más exhaustiva de los activos del contribuyente.

¹⁹¹ Gálvez, ¶ 39.

"6.3.2 El ejecutor coactivo podrá trabar más de una MCP, hasta que considere que el monto de la deuda esté garantizado, respetando lo establecido en la presente circular.

Para el efecto, se debe procurar no afectar la capacidad operativa del deudor tributario."¹⁹²

215. El aparte citado es importante porque de él se advierte que a la SUNAT, en su momento, le preocupaba la posibilidad que la discreción en la imposición de medidas cautelares previas se ejerciera con arbitrariedad y resultara en un perjuicio injustificado al contribuyente. Desafortunadamente en el caso de TSG, la SUNAT ignoró sus propias prescripciones.
216. En el análisis de si la imposición de medidas cautelares fue arbitraria, es útil citar, a título meramente ilustrativo, una decisión reciente del Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional en la que se estudió si la negativa a conceder ciertas prestaciones laborales a un empleado era arbitraria y constituía una desviación de poder. Ante esa instancia la contraparte presentó evidencia que había estudiado y rechazado la posibilidad que circunstancias excepcionales dieran lugar al reconocimiento de las mismas. Al respecto el Tribunal Administrativo consideró entre otras cosas lo siguiente:

"En este caso, el hecho de que el Demandado estudiara y rechazara la tesis de que debe haber completa paridad de beneficios entre los Directores de Oficina extranjeros y los Representantes Residentes sustenta el punto de vista de que la decisión impugnada sobre la norma no fue tomada arbitrariamente."¹⁹³ (El subrayado es nuestro) (Traducción del Tribunal).

217. Aun cuando la similitud fáctica pueda ser remota, la aproximación jurídica es relevante.
- En el caso que nos ocupa, no obstante los requerimientos de la Circular de procurar "no

¹⁹² El subrayado es nuestro.

¹⁹³ *Mr. "R," Applicant v. International Monetary Fund*, Respondent, IMFAT Judgment No. 2002-2, (March 5, 2002), ¶ 59.

afectar la capacidad operativa del deudor tributario," el expediente no revela ninguna consideración de las particularidades operacionales del contribuyente, que eran conocidas por la SUNAT o de medidas alternativas que pudieran ser menos destructivas e incluso más efectivas.

218. Por todas estas razones, aun reconociendo la importancia de las funciones que ejerce la SUNAT en la administración y la recaudación tributaria, su proceder al imponer medidas cautelares previas a TSG, particularmente su inobservancia de sus propios procedimientos, debe ser calificado como arbitrario.

c. La Eficacia de las Medidas

219. Una indicación adicional de la arbitrariedad en el accionar de la SUNAT, aun cuando sea en retrospectiva, resulta de examinar los resultados de su proceder.¹⁹⁴ Los resultados tanto para el contribuyente como para la SUNAT misma fueron abrumadoramente negativos.
220. La medida de embargo en forma de retención bancaria fue un fracaso absoluto. Fruto de ella se recaudó aproximadamente US\$ 172 frente a una deuda tributaria cercana a los US\$ 4 millones.¹⁹⁵ De forma similar la medida de retención a terceros no resultó en recaudo alguno.¹⁹⁶
221. Como se indicó anteriormente las medidas en contraste sí tuvieron un impacto sobre la capacidad operativa de la empresa. Durante el periodo inmediatamente posterior a su imposición (2005-2006), una empresa cuyos ingresos anteriormente ascendían a los S/. 90 millones, reportó ingresos en promedio de apenas S/. 766.941 al año¹⁹⁷ y para efectos prácticos desapareció de la lista de contribuyentes.
222. Como se indicó anteriormente, es cierto que TSG posteriormente continuó operando en el Perú. Sin embargo, esto fue el producto de un procedimiento concursal preventivo

¹⁹⁴ Ver, por ejemplo, *Tecmed*, Laudo (29 de mayo de 2003), ¶ 122.

¹⁹⁵ DT-LD, ¶ 54. A este respecto es notable transcribir la declaración del Auxiliar Coactivo: "En consecuencia, la medida de retención bancaria respecto de TSG arrojó US\$ 85.00 y S/. 249.44; esto es, un total de US\$ 172 aproximadamente. Sin embargo, atendido el bajo monto reportado, la SUNAT no solicitó la consignación del mismo en el Banco de la Nación. (Cuando el costo del cobro es mayor al monto retenido, la SUNAT no requiere la consignación del mismo, como fue el caso de TSG). "

¹⁹⁶ DT-LD, ¶ 60.

¹⁹⁷ DT-OS, Anexo 10, p. 195 et. seq. Calculado con base en los Estados de Flujos de Efectivo de TSG que indican ingresos de ventas e ingresos operacionales de S/. 1.447.480 en 2005 y S/. 86.402 en 2006.

iniciado a instancias de la propia empresa, que culminó en junio de 2006 y gracias al cual TSG logró reestructurar sus finanzas, acceder al sistema bancario y operar libre de medidas cautelares sobre sus activos. Precisamente se inició el procedimiento para recuperar las condiciones operativas que la empresa había perdido por un periodo considerable como resultado del accionar de la SUNAT. Sería un contrasentido aceptar que la SUNAT se valiera de los esfuerzos del contribuyente para justificar o minimizar el impacto de su conducta.

4. Disponibilidad de un recurso legal adecuado y debido proceso.

223. La parte Demandada ha indicado correctamente que en casos internacionales sobre expropiación una consideración importante ha sido si el inversionista tuvo medios legales adecuados para recurrir. Tal como lo indicó en su momento el tribunal en el caso

*ADC Affiliate Limited c. República de Hungría:*¹⁹⁸

*"Algunos mecanismos legales básicos, como lo son la notificación dentro de un plazo razonable, un juicio justo y un árbitro objetivo e imparcial para evaluar las acciones en disputa, se espera que estén disponibles y accesibles al inversionista para darle sentido a dicho procedimiento. En general, el procedimiento legal debe ser de una naturaleza tal que le otorgue al inversionista afectado una posibilidad razonable dentro de un plazo razonable de reclamar sus legítimos derechos y hacer escuchar su reclamación."*¹⁹⁹ (Traducción del Tribunal)

De forma similar un tratado destacado en la materia afirma:

"En resumen, parece ser que el debido proceso importa el requerimiento de que una expropiación debe estar en consonancia con la ley del estado receptor así como también con un estándar mínimo internacional de

¹⁹⁸ *ADC Affiliate Ltd. v. Republic of Hungary*, Caso CIADI No. ARB/03/16 [en adelante "ADC"], Laudo (2 de octubre de 2006), ¶ 435.

¹⁹⁹ Citado en CMD, ¶ 328.

debido proceso, incluyendo notificación, de juicio justo y no arbitrariedad."²⁰⁰ (Traducción del Tribunal)

224. La evidencia en el caso que nos ocupa sobre si existió un medio legal adecuado para recurrir las decisiones de SUNAT abarca varias consideraciones. La ley peruana relevante dispone que el contribuyente puede recurrir ante la SUNAT para solicitar el levantamiento de las medidas cautelares.²⁰¹ Si esa solicitud es negada el contribuyente también puede presentar un Recurso de Queja ante el Tribunal Fiscal. TSG así lo hizo, solicitando inicialmente el levantamiento de las medidas ante la SUNAT, solicitud que fue rechazada; y, posteriormente presentando un Recurso de Queja que fue declarado infundado en enero de 2006.
225. La parte Demandada ha enfatizado que TSG tuvo oportunidad de participar y controvertir el accionar de la SUNAT. Concretamente en cada etapa del procedimiento tributario, TSG tuvo oportunidad de ser escuchada, presentar evidencia y de tener audiencia ante una autoridad imparcial.²⁰² El asunto que persiste no obstante es si en las circunstancias particulares de este caso TSG tuvo una oportunidad razonable de recurrir las medidas de la SUNAT. Para ello, es necesario mirar en detalle los recursos disponibles además de cómo operaron en la práctica.
226. Para empezar, es útil identificar la naturaleza particular de los derechos en controversia. Aun cuando la misma surge en el ámbito tributario, el asunto que subyace es el de cuándo y cómo puede el Estado embargar o retener la propiedad de una persona,

²⁰⁰ CMD, ¶ 329; NEWCOMBE & PARADELL, *supra* nota a pie de página 34, en 339.

²⁰¹ CT, artículo 124.

²⁰² CMD, ¶ 328 *et. seq.* (refiriendo al lenguaje en los laudos de *ADC* e *International Thunderbird Gaming Corp.*); *ver supra* ¶ 225; *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Ad hoc—Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Laudo (26 de enero de 2006), ¶ 200.

particularmente cuando no ha habido un fallo judicial definitivo en su contra. Su estudio requiere que momentáneamente pongamos en suspenso cualquier valoración sobre los hechos que dieron lugar a ello en el caso de TSG.

227. La deuda tributaria impuesta por la SUNAT a TSG no era, a la fecha de la imposición de las medidas cautelares previas, deuda exigible coactivamente, sino deuda contingente, sujeta a los recursos legales respectivos. En efecto el 26 de enero de 2005, dos días antes de la imposición de las medidas cautelares previas, TSG había presentado recurso de reclamación en contra de las resoluciones de determinación y multa impuestas por la SUNAT a la fecha.²⁰³ Conforme a las disposiciones tributarias, para interponer el recurso de reclamación no es requisito el pago previo de la deuda tributaria reclamada.²⁰⁴ No obstante, los intereses sobre la deuda tributaria empiezan a correr en el día siguiente a la fecha en que se emiten las resoluciones de determinación y multa.²⁰⁵ Como en muchos otros países esta aproximación resulta en que el contribuyente corre el riesgo de que sus recursos legales sean desestimados y deba pagar la deuda tributaria determinada más todos los intereses causados desde entonces. En el caso concreto de TSG, la presentación oportuna de los recursos administrativos respectivos ante la SUNAT y el Tribunal Fiscal hicieron que, hasta que los mismos se agotaran, la deuda tributaria no fuera exigible.
228. No obstante, está claro que la SUNAT, con el fin de asegurar el pago de la deuda tributaria, tiene la facultad de trabar medidas cautelares previas con anterioridad a su

²⁰³ DT-LD, ¶ 69. *Ver también* DT-KH, ¶ 32.

²⁰⁴ CT, artículo 136.

²⁰⁵ Tr. Ing. 707:19–708:4, Tr. Esp. 634:14–20; *ver también*; Tr. Ing. 709:1–9, Tr. Esp. 635:13–636:1.

exigibilidad. Esta facultad implica, sin embargo, un alto nivel de injerencia sobre la propiedad del contribuyente, pues, es posible también que los recursos del contribuyente exitosamente controviertan los presupuestos que dieron lugar a las medidas. Por esta razón las autoridades administrativas y las judiciales de un número importante de países proceden con mucha cautela. Se requiere que dichas medidas sólo sean adoptadas conforme a condiciones preestablecidas ya sea con presentación previa de evidencia suficiente que las justifique, o por lo menos concediéndole a las partes afectadas una oportunidad de controvertirlas.²⁰⁶ En efecto, no existe razón para mirar más allá del Perú para confirmarlo.

229. El artículo 56 del CT evidencia el interés del Perú en proteger al contribuyente. Conforme a éste, la Administración podrá trabar medidas cautelares "[E]xcepcionalmente, [1] cuando por el comportamiento del deudor tributario sea indispensable, o [2] existan razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir en infructuosa."
230. No existe mayor desacuerdo entre las partes respecto a que, una vez impuestas las medidas, el contribuyente puede, inicialmente, recurrir al Ejecutor Coactivo y, posteriormente, hacer uso de un Recurso de Queja ante el Tribunal Fiscal.²⁰⁷
231. A estas alturas es útil, no obstante, reiterar cuál fue el proceder de TSG una vez impuestas las medidas cautelares. El 11 de febrero de 2005, TSG solicitó el levantamiento de las medidas ante la SUNAT controvertiendo las razones que

²⁰⁶ Ver, por ejemplo, Gordon, *supra*, nota a pie de página 155; *U.S. Taxpayers' Bill of Rights* (TABOR)(P.L.100-647) suplementado por P.L.104-68 y P.L.100-647.

²⁰⁷ Incluso con posterioridad, de acuerdo con el artículo 157 del Código Tributario, el contribuyente puede recurrir a una demanda ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. TSG así lo hizo. La norma sin embargo establece que la presentación de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

justificaban y el impacto de las medidas sobre su operación.²⁰⁸ La SUNAT resolvió la solicitud el 25 de febrero de 2005. Notablemente, tras señalar que legalmente no procedía la suspensión o el levantamiento de las medidas, concluyó, sin ningún análisis o discusión de los argumentos de TSG, con una sola frase, a saber:

"en consecuencia, atendiendo a los argumentos expuestos, el Ejecutor Coactivo dispone se declare NO HA LUGAR lo solicitado por el contribuyente TSG PERU SAC, considerando que el procedimiento aplicado se encuentra en todos sus extremos de acuerdo a ley."²⁰⁹

232. TSG posteriormente presentó su Recurso de Queja ante el Tribunal Fiscal el 23 de marzo de 2005.²¹⁰ En su recurso reiteró detallados argumentos sobre la justificación y el impacto de las medidas cautelares. De acuerdo con el artículo 155 del CT:

"El recurso de queja se presenta cuando existan actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código; debiendo ser resuelto por:

a) El Tribunal Fiscal dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de presentado el recurso, tratándose de recursos contra la Administración Tributaria. . ." (El Subrayado es nuestro)

233. El 11 de abril de 2005, el Tribunal Fiscal solicitó a la SUNAT que remitiera un informe indicando los motivos que sustentaban la adopción de las medidas cautelares previas.²¹¹ El informe de la SUNAT fue remitido al Tribunal Fiscal el 19 de mayo de 2005, y consistió básicamente en la reiteración, sin más, de la solicitud inicial de la División de Auditoría de medidas cautelares previas.²¹²

²⁰⁸ DT-LD, Anexo 27.

²⁰⁹ DT-LD, Anexo 28.

²¹⁰ DT-LD, Anexo 29.

²¹¹ DT-LD, ¶ 85; DT-LD, Anexo 29.

²¹² DT-LD, Anexo 30.

234. El 19 de enero de 2006, 10 meses tras la presentación del informe, el Tribunal Fiscal emitió su decisión.²¹³ Respecto de la justificación para las medidas cautelares, el Tribunal simplemente reiteró algunos de los hallazgos de la auditoría a TSG. El Tribunal indicó "a efecto de acreditar el acaecimiento de la causal [recogida en el inciso b del artículo 56 del Código Tributario]", que:

"...en el informe [de la SUNAT] se precisa que como resultado de la fiscalización...se determinó que no sustentó la omisión de ventas determinada por diferencia de inventarios de harina y aceite de pescado de los ejercicios 2002 y 2003, se detectaron intereses financieros provenientes de préstamos obtenidos de personas jurídicas establecidas en el territorio de nula o baja imposición deducidos indebidamente en el ejercicio 2002, entre otros;

Que de lo expuesto se tiene que en el caso de autos el supuesto previsto por el inciso b) del Artículo 56 del Código Tributario ha sido comprobado por la Administración;

...

Que en tal sentido, al haberse trabado las medidas cautelares previas . . . conforme a la ley, procede declarar infundada la queja;"²¹⁴

235. La decisión del Tribunal Fiscal no estudió ni respondió ninguno de los argumentos que sustentaron la interposición del Recurso de Queja ni fue más allá del informe de la SUNAT para acreditar los hechos que le daban sustento a las medidas cautelares. En efecto, la SUNAT en su informe afirmó que la conducta de TSG se acomodaba a los literales b) y e) del artículo 56 del CT. El Tribunal Fiscal se limitó a decir "el supuesto previsto por el inciso b) del artículo 56 del Código Tributario ha sido comprobado por la

²¹³ Declaración Testimonial de Fernando Castillo, ¶ 19 [en adelante "DT-FC"]; DT-FC, Anexo 2. Con nuestro análisis no pretendemos exagerar la importancia del tiempo que se tomó el Tribunal para emitir su decisión. Basta con indicar que según las estadísticas presentadas con la declaración de Cristian Sota, funcionario del Tribunal Fiscal, un número muy significativo de expedientes de queja ante el Tribunal fueron resueltos en periodos de 1 a 5 meses. *Ver* Declaración Testimonial de Cristian Sota [en adelante "DT-CS"], Anexos 1-2 .

²¹⁴ RTF No. 00294-2-2006, DT-FC, Anexo 2.

Administración," tomando el sólo dicho de la SUNAT como cierto y obviando el análisis de los argumentos en contrario de TSG.

236. La decisión del Tribunal Fiscal además no hizo mención de la otra causal sobre la cual la SUNAT justificó la imposición de medidas cautelares: artículo 56(e), "no exhibir y o no presentar libros ... que sustentan la contabilidad." Esto resultó probablemente de la consideración de que la confirmación por el Tribunal Fiscal de una de las causales del artículo 56 era suficiente para justificar las medidas. A este respecto, en cualquier caso, el informe de la SUNAT al Tribunal tampoco evidenció sustento fáctico suficiente para confirmar la causal anotada y esto parece confirmar en alguna medida que su inclusión en la solicitud inicial de medidas a la División de Cobranza no era justificada.
237. En todo caso como lo afirmó el mismo Tribunal Fiscal en otro caso, la imposición de medidas cautelares previas no es un proceder rutinario por lo que debe ser justificado de conformidad con los requisitos de ley: ²¹⁵

"...Cabe indicar que la medida cautelar previa debe ser excepcional, en el sentido que su aplicación debe ser restringida debiendo además presentarse una causa objetiva que evidencie la presencia de riesgo en el pago de la deuda por parte del contribuyente la cual puede ocurrir por parte del conducto del deudor tributario . . ." ²¹⁶

Según este criterio, es evidente que la SUNAT no justificó ni el Tribunal Fiscal confirmó adecuadamente la excepcionalidad que se exigía, ya fuere en términos del comportamiento del deudor, o del riesgo de que la cobranza resultara infructuosa.

238. En su conjunto, la decisión del Tribunal Fiscal evidencia en el caso que nos ocupa que la instancia administrativa no fue adecuada ni eficaz. En la medida que el recurso de queja

²¹⁵ RTF, Exp. No. 5426-98, de 31 de Diciembre de 1998, p. 6.

²¹⁶ MMD, p. 324.

debe servir para controvertir la conducta de la SUNAT en la imposición de medidas cautelares previas, la decisión del Tribunal Fiscal debería haber evidenciado un estudio de la conducta de la SUNAT y no simplemente de la existencia de las leyes o regulaciones que la facultan. En efecto, la decisión no contiene un análisis de las conclusiones de la SUNAT (frente a las alegaciones hechas por TSG), ni una verificación de los hechos que las sustentaban. En esta medida simplemente puede afirmarse que tuvo acceso y agotó un recurso legal formal pero no sustantivo.

239. Es posible por supuesto que la decisión del Tribunal Fiscal en el caso que nos ocupa haya sido un caso aislado. El perito tributario de la parte Demandada sin embargo hace mención de otro caso en que el contribuyente controvertió la imposición de medidas cautelares previas. De forma muy similar el Tribunal Fiscal en esa oportunidad inicia su análisis tomando como ciertas las justificaciones de la SUNAT y no intenta verificarlas:

"La queja no es la vía pertinente para dilucidar aspectos de fondo, los que mas bien deben ser ventilados por la quejosa en un Procedimiento Contencioso Tributario."²¹⁷

240. De acuerdo a lo expuesto, el Tribunal está convencido que el accionar de la SUNAT y del Tribunal Fiscal frente a TSG no resulta necesariamente de un proceder aislado. Al contrario lo que se evidencia de la experiencia de TSG, es que tras haber oportuna y debidamente agotado sus recursos administrativos para marzo de 2006, no había logrado que sus argumentos respecto de la procedibilidad de las medidas fuesen adecuadamente tomados en cuenta. Por esto es nuestra opinión que TSG no tuvo acceso a recursos

²¹⁷ RTF 02436-2-2004 ¶ 9, p. 5 (citado en, Gálvez ¶ 106, p. 40, nota al pie de página 66). Según explica el perito de la parte Demandada, "En esta línea, cuando la deuda tributaria está contenida en Resoluciones de Determinación y Resoluciones de Multa, el Tribunal Fiscal se limita a analizar el peligro en la demora ... dando por descontado que la deuda es verosímil." *Ver también* el testimonio del Auxiliar Coactivo Tr. Esp. 532:3-9, 532:15-533:1, Tr. Ing. 589:20-590:6, 590:13-591:1.

legales adecuados y eficaces para controvertir la imposición de medidas cautelares previas o en palabras del tribunal en *ADC*, una oportunidad razonable para reclamar sus derechos legítimos ("*una oportunidad razonable dentro de un plazo razonable para reclamar sus legítimos derechos*").²¹⁸ (*Traducción del Tribunal*)

5. Presunta mala fe de TSG y mitigación del daño

241. La parte Demandada ha argumentado también que "el Demandante ha violado su obligación de actuar de buena fe" y que esto "precluye cualquier reparación."²¹⁹ Para ello señala que el Demandante mintió y engaño a las autoridades peruanas, y a este tribunal arbitral, sobre los verdaderos accionistas de Linkvest, el vehículo societario a través del cual el inversionista originalmente canalizó su inversión en TSG.²²⁰ La parte Demandada indica además que uno de los peritos que compareció ante el Tribunal se desempeñó también como representante de los intereses de TSG ante las autoridades peruanas.²²¹
242. En primera instancia es necesario enfatizar que el Tribunal ha considerado las fuentes de derecho señaladas por la parte Demandada en sus presentaciones. En ese sentido, el Tribunal toma nota de que el principio de buena fe gobierna los derechos conferidos por el APPRI y por lo tanto las partes en disputa no deben abusar de los mismos.
243. También es útil para nuestro análisis enfatizar que, tal como se ha indicado en otra instancia, es fundamental evaluar la conducta presuntamente ilegal o de mala fe y las

²¹⁸ *ADC*, Laudo (2 de octubre de 2006), ¶ 435.

²¹⁹ EPA-Perú, ¶¶ 313, 318.

²²⁰ EPA-Perú, ¶¶ 313–330.

²²¹ EPA-Perú, ¶¶ 313–330.

consecuencias de su declaración en su contexto. Por lo tanto otros casos en los que ilegalidad de la inversión o la mala fe del inversionista han llevado al rechazo de los reclamos del mismo o han eximido a un estado de sus responsabilidad internacional son de utilidad limitada.

244. Con esto en mente el Tribunal ha evaluado las alegaciones de la parte Demandada y concluye que las mismas no evidencian ilegalidad o mala fe que vulnere o abuse de los derechos conferidos bajo el APPRI o el derecho internacional.
245. En efecto, las conductas en cuestión no ponen en duda que se efectuó la inversión o cuestionan su posterior desarrollo.²²² Al contrario, las conductas cuestionadas tuvieron lugar sólo con ocasión de la conducta expropiatoria objeto del reclamo del inversionista y no parecen haber generado mayor reproche de las autoridades peruanas respectivas.²²³
246. Para los efectos que nos competen, bajo el derecho internacional no es inapropiado que el inversionista haya tomado medidas efectivas para mitigar los daños a su inversión. Tampoco es sorprendente que durante el procedimiento arbitral las partes en disputa y sus asesores jurídicos adopten entre si y ante el tribunal arbitral posiciones y argumentos que protegen agresivamente sus intereses.
247. Precisamente, parte de la labor encomendada a este Tribunal es la de evaluar los argumentos de las partes y discernir las pruebas relevantes y el valor probatorio de las mismas.²²⁴ En la medida que las conductas del inversionista distan de lo ideal, el

²²² Como se evidencia de los argumentos de la parte Demandada, estas no formaron parte importante de los cargos de la misma a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal al amparo del principio de la buena fe. Para los efectos de esa determinación, el Tribunal determinó en su laudo de jurisdicción, que el inversionista evidenció haber adquirido la propiedad directa de TSG con anterioridad a la imposición de las medidas cautelares por la SUNAT. *Ver* DJC ¶ 88.

²²³ No se evidencia de ninguno de los argumentos de la parte Demandada. *Ver* EPA-Perú, ¶¶ 313–330.

²²⁴ El análisis del Tribunal por supuesto se ha beneficiado sustancialmente de los argumentos de las partes.

Tribunal las ha tomado en cuenta para efectos de la determinación de la compensación debida al inversionista.²²⁵

248. Así lo ha hecho también en cuanto a otros argumentos.²²⁶ Durante la audiencia, por ejemplo, se hizo mención de la presunta mala fe del inversionista al haber delegado completamente la administración de su inversión y de sus deberes como accionista, incluso después de que la inversión fuera afectada por las medidas de la SUNAT.²²⁷ A este respecto, quedó claro durante el procedimiento que el inversionista se apoyó considerablemente en el conocimiento particular del mercado y de la presencia en el mismo de un gestor de negocios y del gerente general de TSG y que para ello se valió de los medios de su recurso bajo la ley peruana.²²⁸ En lo que afecta a este caso, el Tribunal no considera que esto se encuentre fuera de lo común o evidencie mala fe. Nuevamente es significativo (pero no determinante) que dicho manejo no parece haber generado reproche anterior por parte de las autoridades peruanas respectivas.

249. Adicionalmente, durante la audiencia también se sugirió la mala fe del inversionista con posterioridad a las medidas de la SUNAT. Concretamente, la parte Demandada cuestionó la decisión de utilizar los reembolsos tributarios de IGV de TSG para amortizar los créditos de terceros y no para cancelar sus determinaciones tributarias de la SUNAT. No es sorprendente que el inversionista optase por ello para mitigar los daños ocasionados a la inversión. En efecto, tal como estaba estructurada financieramente la

²²⁵ Convenio, artículos 42 y 44.

²²⁶ En efecto, los mismos no aparecen en el acápite que solicita se excluya con posterioridad la ilicitud o la responsabilidad resultante de la conducta expropiatoria ilegal. Ver EPA-Perú, ¶¶ 313–330. Incluso en su Memorial de Contestación la parte Demandada no los menciona en un aparte separado dedicado al principio de la buena fe. Ver CMD, ¶¶ 392–402.

²²⁷ Tr. Ing. 1277:7–1278:8; Tr. Esp. 1133:8–1134:9.

²²⁸ EPA-Perú, ¶¶ 5–27.

inversión, era financieramente favorable amortizar créditos de corto plazo y de altos intereses. La otra alternativa (utilizar los reembolsos para cancelar o garantizar su deuda tributaria) le hubiera obligado, muy probablemente, a ofrecer a la SUNAT esos fondos en garantía por un tiempo indeterminado. En todo caso, como se detallará más adelante, las decisiones del inversionista en este sentido son un factor determinante en las consideraciones del Tribunal sobre la compensación de los daños.

250. Finalmente, la parte Demandada ha argumentado que TSG no tomó medidas necesarias para mitigar el daño ocasionado por el accionar de la SUNAT.²²⁹ Además de solicitar el levantamiento de las medidas cautelares ante la SUNAT y el Tribunal Fiscal, la parte Demandada señala que TSG pudo posteriormente haber solicitado al Ejecutor Coactivo la sustitución de medidas cautelares o haber solicitado permiso para realizar algunos pagos necesarios para el funcionamiento del negocio.²³⁰ Del resultado previo de los recursos ejercidos ante la SUNAT, existían serias dudas de que dicha alternativa fuera la que eventualmente diera resultado.²³¹ Del proceder anteriormente descrito, era claro que las solicitudes de TSG no habían sido atendidas, motivo por el cual no era razonable para TSG agotar recursos que habían demostrado no ser ni adecuados ni efectivos.

251. Por lo tanto, el Tribunal concluye que TSG no ignoró su deber de mitigar el daño ocasionado por la conducta de la SUNAT al no acudir nuevamente ante el Ejecutor Coactivo una vez su recurso de queja había sido desestimado. Los esfuerzos de TSG por

²²⁹ EPA-Perú ¶¶ 242–266.

²³⁰ CMD, ¶¶ 167–171.

²³¹ El testimonio tanto del Ejecutor como de su Auxiliar Coactivo indican (1) que la discreción del Ejecutor de levantar las medidas fue muy limitada por el CT y (2) que el Ejecutor no tenía interés en levantarlas sin recibir una garantía total de monto por un periodo indefinido.

mitigar sus daños son tenidos en cuenta en las conclusiones que siguen sobre la compensación debida.

VI. La Valoración del Daño

252. El Tribunal ha concluido que la parte Demandada tomó medidas similares a la expropiación en violación del artículo 4 del APPRI. Bajo este entendido resta determinar el monto de la compensación debida.

253. El artículo 4 del APPRI establece que la compensación "deberá ser equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se declare la expropiación, ser convertible y libremente transferible." En este caso las medidas expropiatorias no reunieron las condiciones establecidas en el artículo 4 y por lo tanto, la valoración del daño por parte del Tribunal se hará con base en el derecho internacional consuetudinario y no al artículo 4 del APPRI.

254. En síntesis, según los Artículos de la CDI el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado.²³² La reparación, debe en la medida de lo posible, hacer desaparecer las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido.²³³

255. En el caso que nos ocupa, la reparación solicitada se limita a la compensación razón por la cual sólo nos ocuparemos de la misma. Las partes coinciden en que el monto de la compensación debe ser el valor de la empresa en el mercado.

256. Las conclusiones de las partes sobre el método idóneo de valorar la empresa expropiada fueron muy diferentes. El Demandante estima que la participación del Sr. Tza en TSG

²³² Artículos de la CDI, artículo 31(1).

²³³ *Factory of Chorzów*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Méritos, 1928, Series A, No. 17, pág. 47.

tenía un valor de S/. 56.497.500,²³⁴ mientras que la Demandada consideró que su contraparte no ha logrado probar daño alguno.²³⁵ En cualquier caso, la Demandada señaló que, según su Perito de Daños, LECG LLC ["LECG"], el valor de la participación del Demandante en TSG oscilaría entre un mínimo de US\$ 0 y un máximo de US\$ 771.856.²³⁶

Posición del Demandante

257. El perito de daños del Demandante, Kallpa Securities ["Kallpa"], calculó el valor de TSG empleando la metodología de Descuento de Flujos de Caja ["DFC"]. El perito partió de la base de que TSG hubiera continuado ejerciendo su actividad sin interrupción hasta diciembre de 2010. Kallpa proyectó los flujos de caja que la empresa habría obtenido entre 2005 y 2008, considerando que la empresa se hubiese liquidado en el año 2009, año en el cual el Gobierno peruano promulgó la Ley sobre Límites Máximos de Captura por Embarcación.²³⁷
258. De este modo el perito del Demandante proyectó los flujos de caja que habría obtenido TSG entre 2005 y 2008, estimando además el valor de liquidación de los activos de la empresa en 2009 y lleva todos estos importes a la fecha de valoración, que fijó en diciembre de 2010, empleando para ello una tasa del 12,32 % (calculada mediante el modelo CAPM: *Capital Asset Pricing Model*). El valor de TSG en diciembre de 2010 así

²³⁴ MMD, ¶ 457.

²³⁵ CMD, ¶ 413.

²³⁶ CMD, ¶ 435 y 436; LECG, ¶ 83.

²³⁷ De acuerdo con la aproximación prevista en el informe de Kallpa, la ordenación del sector pesquero mediante el Decreto Ley No. 1084 de 2009 sobre límites máximos de captura por embarcación, habría definitivamente eliminado el campo de acción de TSG en el mercado. Ver Kallpa, "Valor Justo de Mercado de la Inversión de TSG," pág. 10.

calculado ascendió a S/. 62.775.000.²³⁸ El Demandante reclama, en concepto de daños, la proporción de este importe que habría correspondido al Sr. Tza (el 90% del valor de la empresa), que asciende a S/. 56.497.500.²³⁹

Posición de la Demandada

259. La parte Demandada por su parte, consideró que el Demandante no logró probar los daños que pretende.²⁴⁰ En su opinión el empleo del método DFC no es apropiado para valorar la empresa TSG, ya que en el momento de la expropiación ni los flujos de caja que se podrían haber obtenido, ni la tasa de descuento apropiada se podían calcular de forma fiable, por carecer TSG de un historial de rentabilidad (la empresa obtuvo flujos de caja operativos negativos en los años previos a la intervención del Estado).²⁴¹
260. La metodología de cálculo propuesta por la Demandada para hallar el valor del mercado de TSG es el valor de libros ajustado o valor contable ajustado (*Adjusted Book Value* en inglés).²⁴² Empleando este método, el perito de la Demandada calcula el valor de mercado de TSG a 31 de diciembre de 2004, por ser el momento inmediatamente anterior a la expropiación que tuvo lugar en enero de 2005.²⁴³ El resultado que obtuvo el perito fue que el valor de TSG a 31 de diciembre de 2004 era de S/. 2.814.545. o US\$ 857.617 del cual el 90% correspondería al Sr. Tza por ser la proporción en la que es propietario de TSG, es

²³⁸ Kallpa, p. 55.

²³⁹ MMD, ¶ 457.

²⁴⁰ CMD, ¶ 413.

²⁴¹ CMD, ¶ 420.

²⁴² CMD, ¶ 431.

²⁴³ LECG, ¶ 32.

decir: US\$ 771.856.²⁴⁴ El perito calculó también un valor alternativo de TSG a 31 de diciembre de 2004, siguiendo el método de valor de liquidación, con arreglo al cual el valor de TSG sería nulo.²⁴⁵

Consideraciones del Tribunal

261. El Tribunal observa que emplear el método de valoración del DFC, como propone el Demandante, permitiría a TSG beneficiarse de las alzas sustanciales que observaron los precios de la harina de pescado en el mercado internacional partir del 2005. Sin embargo, como se evidenció durante la audiencia, en la fecha en la que se trabaron las medidas (enero de 2005), TSG había operado sólo durante tres años, de los cuales los dos primeros fueron ejercicios de resultados negativos y sólo en la segunda temporada de 2004 logró la empresa obtener un flujo de caja positivo.²⁴⁶ Incluso las mismas proyecciones del Estado de Pérdidas y Ganancias realizadas por el perito de daños del Demandante presentó un resultado negativo para el año 2005.²⁴⁷
262. Bajo estos presupuestos, el Tribunal considera que la empresa TSG carece de un historial suficiente de resultados favorables y ciertos con base en los cuales se pueda asumir que la empresa hubiera continuado obteniendo beneficios entre 2005 y 2008. Adicionalmente, TSG operaba con elevados niveles de financiación en un sector de altos riesgos y su campo de acción en el mercado ya había comenzado a disminuir en el año en que se impusieron las medidas (2005).

²⁴⁴ LECG, ¶ 74.

²⁴⁵ LECG, ¶ 77.

²⁴⁶ Ver Estados de Flujos de Caja de TSG aportados como Tab 9 durante la audiencia de 3 de junio de 2010 para el segundo interrogatorio de Gonzalo Argandoña.

²⁴⁷ Ver Informe Kallpa, p. 45.

263. Por estos motivos, no cabe optar por un modelo de valoración como el de DFC, que presupone la capacidad operativa futura predecible y a largo plazo de la inversión. La falta de prueba de la existencia de un historial de rentabilidad en la actividad de TSG implica que los resultados positivos proyectados de TSG carecen de certeza.²⁴⁸
264. En cambio, el empleo del método de valor contable ajustado que propone la Demandada refleja de manera más proporcional y cierta el valor de TSG en el mercado. Este método tiene en cuenta el recorrido temporal limitado de la inversión en la fecha de las medidas y las particularidades descritas anteriormente en el manejo financiero de la inversión y de la actividad pesquera. Además, el valor de libros ajustado permite reconocer la inversión de capital original del inversionista y reflejada en el patrimonio neto de la compañía.
265. En nuestro caso como las medidas cautelares se impusieron el 28 de enero de 2005, el valor contable ajustado, calculado a 31 de diciembre de 2004, es el método que mejor refleja el valor que hubiera obtenido el inversionista a través de la venta de la empresa en el mercado.
266. De acuerdo con los Estados Financieros de la compañía, el patrimonio neto de la empresa a 31 de diciembre de 2004, era de S/. 1.937.322 equivalentes en esa fecha a US\$ 590.320.²⁴⁹ Conviene señalar aquí que el perito de daños del Demandante ofrece sus resultados en dólares americanos, en lugar de nuevos soles. Dado que el Demandante hizo su inversión en moneda libremente convertible, se acepta la utilización de esta divisa para el cálculo del valor de la inversión expropiada.²⁵⁰

²⁴⁸ Ver *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. 98/14, Laudo (8 de diciembre de 2000) ¶ 123.

²⁴⁹ Ver Estados Financieros Auditados de TSG aportados como Tab 2 durante la audiencia de 3 de junio de 2010 para el segundo interrogatorio de Gonzalo Argandoña.

²⁵⁰ Ver *Siemens c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo de 6 de febrero de 2007, ¶ 361.

267. El múltiplo propuesto por el perito de la parte Demandada para ajustar el patrimonio neto de la empresa es la proporción del precio de mercado de las acciones de empresas comparables respecto de su patrimonio neto contable. Concretamente, LECG, el perito de la Demandada, consideró comparables a TSG cuatro empresas pesqueras latinoamericanas;²⁵¹ calculó para cada una de ellas la proporción patrimonio neto/precio de mercado de las acciones; y, finalmente, halló la media de todos estos valores para obtener el múltiplo aplicable al valor contable de la empresa para ajustarlo. El múltiplo así calculado para el año 2004 ascendió a 1.48²⁵² y, al aplicarlo al valor contable del patrimonio neto de TSG a 31 de diciembre de ese año, se obtiene un valor contable ajustado de US\$ 873.673,60.
268. Los daños sufridos por el Demandante como consecuencia de las medidas similares a la expropiación llevadas a cabo por el Estado peruano corresponden a la proporción del precio de mercado de TSG en manos del inversionista. El inversionista tiene el 90% de TSG, por lo que tiene derecho a la compensación del 90% del precio de mercado de la empresa a 31 de diciembre de 2004: US\$ 786.306,24.²⁵³
269. Para alcanzar estas cifras, el Tribunal ha analizado en detalle los argumentos esgrimidos por la parte Demandada que podrían haber llevado a conclusiones distintas sobre el

²⁵¹ Aquéllas incluidas en la base de datos sobre información de compañías individuales recopilada por el profesor Damodaran. Ver LECG, ¶ 70.

²⁵² LECG propuso un múltiplo de ajuste de 1.45 por ser la media de las proporciones precio de mercado/patrimonio neto de las empresas pesqueras latinoamericanas ponderada según su respectiva capitalización bursátil (precio de las acciones multiplicado por el número de acciones). El Tribunal reconoce que esta aproximación tiene cierta lógica, pero considera que en este caso es más apropiado emplear una media simple que una ponderada. TSG fue una empresa atípica en una industria dominada por empresas no sólo más grandes, sino también con estructuras distintas caracterizadas por un alto nivel de inversión en planta y equipos. Dar más peso a las empresas con una mayor capitalización bursátil – emplear la media ponderada – supondría otorgar una mayor influencia a las empresas de la industria con características menos comparables a TSG y por ende, el Tribunal considera que el uso del promedio simple es más apropiado.

²⁵³ US\$ 873.673,60 x 90% = US\$ 786.306,24.

cálculo de la indemnización. Por ejemplo, la Demandada considera que TSG carecía realmente de valor y que los daños alegados fueron causados por la mala gestión del Demandante y no por el posible impacto de las medidas.²⁵⁴ La parte Demandada cita un amplio número de decisiones en casos anteriores, entre los que se encuentran *ELSI*, *Genin*, *MTD*, y *Biwater*.²⁵⁵

270. Esos Tribunales consideraron que el valor de las empresas sobre las que se discutía era nulo por causas ajenas a los actos ilícitos llevados a cabo por los Estados. Este Tribunal no ha encontrado circunstancias equiparables en el caso que nos ocupa. Más bien al contrario, el Tribunal ha declarado la existencia de un nexo causal directo entre las acciones de la SUNAT al trabar las medidas cautelares preventivas y la destrucción de la viabilidad económica de TSG. Para asegurar una apreciación realista del entorno empresarial, es necesario tener en cuenta los cambios en el mercado o las reducciones de las ventajas competitivas de TSG. El Tribunal ha tenido en cuenta estos factores en su cálculo de la indemnización debida.
271. Adicionalmente, aunque no ha sido un argumento explícito de la parte Demandada, el Tribunal ha analizado la jurisprudencia y doctrina que podría decirse distingue para el cálculo de la compensación entre casos de expropiación directa y total y casos de expropiación indirecta en los que, a pesar de haberse expropiado los derechos de propiedad del inversionista, la propiedad en sí misma no deja de pertenecerle y retiene un

²⁵⁴ CMD, p. 111–115.

²⁵⁵ *ELSI*, ver *supra* nota a pie de página 156 en ¶¶ 92, 100–01; *Genin et al. c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo (25 de junio de 2001), ¶ 345; *MTD Equity Sdn. Bhd. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004), ¶¶ 41–42, 49, 240(ii); *Biwater Gauff, Ltd. c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo (24 de julio de 2008), ¶ 149.

valor residual.²⁵⁶ En el caso de TSG, esta línea argumental nos podría llevar a deducir del valor contable ajustado las propiedades de TSG bien cuando finalizó el concurso preventivo de la compañía, o bien en diciembre de 2009, última fecha en que constan los Estados Financieros de la misma.

272. Sin que se acepte esta línea de argumentación, el Tribunal quisiera señalar que aun si esta aproximación se aplicase no resultaría en un importe menor de la compensación debida. El Tribunal, empleando el método de valor contable ajustado,²⁵⁷ ha determinado el valor del bien expropiado en el momento inmediatamente anterior a la expropiación, el 31 de diciembre de 2004 (menos de un mes antes de la interposición de las medidas). Sin embargo, si asumiésemos *arguendo* que esta valoración debería reducirse en el importe residual que hubiese permanecido en manos del Demandante, el resultado no cambiaría porque el valor residual de TSG era despreciable. En efecto, el propio perito de la Demandada ha calculado el valor de liquidación de TSG y ha concluido que es nulo.²⁵⁸
273. Adicionalmente, esta situación es distinta a las circunstancias en otros casos como el de *Metalclad*²⁵⁹ o el de *Tecmed*²⁶⁰ cuyas decisiones incluían el reconocimiento que los

²⁵⁶ August Reinisch, *Expropriation*, OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 423 (2008); *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1 [en adelante "*Metalclad*"], Laudo (30 de agosto del 2000), ¶ 127. En aquel caso el Tribunal decidió que el Estado había expropiado indirectamente un confinamiento del inversor. En el cálculo de la compensación debida, el Tribunal incluyó el valor completo de la inversión que había sido objeto de expropiación, pero señaló que el confinamiento seguía en poder del inversor. Por ello, condenó a éste a la renuncia del título y demás derechos de propiedad sobre el confinamiento. *Tecmed*, Laudo (29 de mayo de 2003). El Tribunal en este caso estimó que el confinamiento del inversor había sido expropiado por el Estado (¶ 151), a pesar de que el conjunto de bienes que constituían el confinamiento continuaban perteneciendo al inversor (¶ 189). Para evitar compensar doblemente por los bienes pertenecientes al inversor, el Tribunal condenó al inversor a transferir al Estado o a quien éste designase, los bienes que integraban el confinamiento expropiado (¶ 199).

²⁵⁷ Método concordante con la propuesta de la Demandada (EPA-Perú, p. 85, ¶ B).

²⁵⁸ LECG, ¶ 77.

²⁵⁹ *Ver supra* nota nota al pie de página 256.

²⁶⁰ *Ver supra* nota al pie de página 256.

demandantes no podían recibir la compensación del Estado por sus respectivas inversiones en confinamientos de tratamiento de residuos y al mismo tiempo mantener el título de las tierras en las que dichos confinamientos hubiesen operado. En el caso que nos ocupa, el Tribunal no encuentra ningún motivo para reducir el importe de la compensación debida al Demandante por el valor residual retenido.

A. Perjuicio Moral

La posición del Demandante

274. El Demandante solicitó adicionalmente la indemnización por los daños morales sufridos por el Sr. Tza a consecuencia de la expropiación que valoró en S/. 15 millones.²⁶¹ El Demandante planteó su reclamación conforme a la ley peruana, y consideró que la indemnización por los daños morales y daños a la persona²⁶² sufridos por TSG es necesaria para lograr la restitución del inversionista a la situación en la que se encontraría de no haber ocurrido el acto ilegal, estándar que considera de aplicación también según los principios de derecho internacional.²⁶³
275. Los hechos que el Demandante consideró causantes de daños morales son los siguientes:²⁶⁴
- Declaraciones del Ministro de la Producción retransmitidas por televisión a nivel nacional en las que éste participaba en un "*reportaje tendencioso y difamatorio con declaraciones degradantes en la persona del Demandante cuestionando su*

²⁶¹ MMD, ¶ 479.

²⁶² El Demandante explicó que se trata de dos supuestos diferenciados en derecho peruano, siendo los daños morales relativos al estado de ánimo de la persona o a la lesión de sus sentimientos, mientras que los daños a la persona son atentados a su personalidad como daños a la integridad física, al honor y a la buena reputación (MMD, ¶¶ 472-3).

²⁶³ MMD, ¶ 466-8.

²⁶⁴ MMD, ¶ 475.

nacionalidad, afirmando hechos inexistentes y asimismo con afirmaciones de ser un empresario que no paga impuestos en el Perú";

- Comunicación del embargo al sistema financiero peruano dando la impresión de incumplimiento de las obligaciones tributarias;
- Comunicación del embargo a todos los proveedores de pescado de TSG, creando la misma impresión de incumplimiento de las obligaciones tributarias;
- Descrédito personal ante los inversores extranjeros; y
- Resquebrajamiento de la salud del Demandante.

276. El Demandante explicó que estos hechos le afectaron tanto a nivel local como internacional, siendo el impacto a nivel internacional el más relevante ya que la imagen del Sr. Tza se vió dañada al *"haber sido tildado el Demandante por las autoridades peruanas como una persona inescrupulosa, de ser un inversor que tiene como práctica de negocios el evadir el pago de sus impuestos"*, hasta el punto de *"tener que asumir personalmente la garantía de los pagos por los préstamos del exterior"*.²⁶⁵ Estos hechos provocaron un fuerte menoscabo a la honorabilidad a nivel social y empresarial del Demandante, cuyo valor es de especial importancia en la cultura asiática.

La posición de la Demandada

277. La Demandada, en cambio, consideró que los hechos no cumplen con el estándar de "circunstancias excepcionales" exigido en derecho internacional y que tampoco ha habido un daño moral indemnizable de conformidad con el derecho peruano.²⁶⁶

²⁶⁵ MMD, ¶ 477.

²⁶⁶ CMD, ¶ 439.

278. Citó respecto al derecho internacional, entre otros, el caso *Desert Line*²⁶⁷ en el que el Estado se comportó de forma extrema habiendo llegado a retener el ejército a varios empleados de la empresa demandante durante cuatro días. Considera la Demandada que ese estándar de "circunstancias excepcionales" no se ha cumplido en los hechos que han dado lugar a esta controversia. Explica que en la retransmisión televisiva fue principalmente el reportero y no el Ministro de la Producción el que realizó las afirmaciones por las que se reclama, habiéndose limitado el oficial del gobierno a hacer comentarios accesorios. En cualquier caso, tanto el reportaje televisivo como los daños médicos aportados como prueba del daño causado son muy posteriores (2007) al momento de interposición de las medidas cautelares que alegadamente causaron los daños (2005).
279. Consideró la Demandada que el Demandante no ha demostrado la existencia de causalidad alguna entre la interposición de las medidas cautelares y/o la emisión del reportaje televisivo y su supuesto problema de salud. Tampoco encuentra probado el daño reputacional causado. Explicó por último que las declaraciones testimoniales aportadas por el Demandante de sus principales acreedores no prueban un daño reputacional de gravedad "excepcional".²⁶⁸
280. Respecto al derecho peruano, la Demandada recuerda que la Ley del Procedimiento Administrativo General exige que se hayan incumplido las leyes peruanas para que se genere la obligación del Estado de compensar por daños morales. Además, en caso de que se hubiesen producido daños morales por actos ilegales de la Administración del

²⁶⁷ *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008).

²⁶⁸ CMD, ¶ 459.

Estado, sería la institución administrada (en este caso TSG) la que tendría derecho a reclamarlos y no su accionista principal. Tampoco la causalidad ha sido probada, en opinión de la Demandada, entre los actos de la Administración y los supuestos daños causados. Daños que en cualquier caso no cumplen los requisitos de ajustarse a la magnitud del daño causado y ser razonables y equitativos, como exige la jurisprudencia peruana.

Consideraciones del Tribunal

281. Para decidir sobre la existencia de daños morales bajo el derecho internacional debemos acudir a los principios generales que la regulan. Entre ellos destacan las "circunstancias excepcionales" a las que hizo referencia la Demandada, y que han sido analizadas recientemente en el caso *Lemire* donde se determinó que el estándar internacional para considerar que las circunstancias son generadoras de un daño moral es el siguiente:²⁶⁹

- Los actos del Estado debieron implicar una amenaza física al inversionista, la detención ilegal u otras situaciones análogas en las que el trato infringiese las normas de comportamiento previsibles de naciones civilizadas;
- Los actos del Estado deben haber causado un deterioro en la salud, estrés, ansiedad u otra aflicción mental como la humillación vergüenza o pérdida de reputación, credibilidad y posición social; y
- Tanto la causa como el efecto deben ser graves y sustanciales.

282. En el caso que nos ocupa, los actos del Estado no están revestidos de la gravedad necesaria para cumplir con el primer y tercer requisito. Ninguna de las comunicaciones realizadas por el Estado Peruano supusieron una amenaza física al inversionista, ni fueron

²⁶⁹ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18 Laudo (26 de marzo de 2011) ¶ 333.

contrarias a normas de comportamiento previsibles en una nación civilizada. Además, las pruebas presentadas por el inversionista al respecto no evidencian ni un perjuicio grave a la salud mental del Demandante, ni causalidad entre los daños alegados y la conducta generadora.

283. Respecto a los efectos de los actos del Estado, el Demandante aportó una certificación de que el Sr. Tza sufrió hipertensión a partir del año 2007 (dos años después del momento en el que se produjo la conducta ilícita del Estado) y aportó también una serie de declaraciones juradas mediante las cuales los acreedores de TSG manifestaron que el Sr. Tza les informó de la situación de concurso de la empresa y que, a continuación, renegociaron las deudas que ésta aún mantenía y solicitaron la garantía personal del Sr. Tza del cumplimiento de sus obligaciones de pago.²⁷⁰
284. Estos hechos tampoco revisten la gravedad necesaria para considerarlos constitutivos de daños morales.
285. La repercusión de la comunicación de las medidas cautelares sobre la reputación de TSG (y por ende sobre el Sr. Tza como accionista mayoritario) ya se ha tenido en cuenta al analizar la causalidad entre éstas y la entrada en concurso de la empresa. El reportaje emitido dos años después de los hechos, si bien pudo contener comentarios poco acertados por parte del miembro del gobierno, tampoco excede los estándares normales de comportamiento ni resulta generadora de un daño adicional a la reputación del Sr. Tza. Su emisión a nivel nacional cuando la empresa ya había resultado expropiada poco pudo afectar a la salud mental del inversor y mucho menos a su reputación ante sus acreedores

²⁷⁰ MMD, Anexo I-4.

extranjeros, que ya conocían la situación del negocio y no han incluido este reportaje (cuya existencia probablemente desconozcan) en sus declaraciones.

B. Intereses Aplicables

286. Con el fin de reparar plenamente al inversionista por los daños ocasionados a la inversión, el Tribunal debe además determinar los intereses debidos desde la fecha de la expropiación hasta el pago efectivo de la compensación.
287. El Demandante ha solicitado el reconocimiento de una tasa de interés del 11% desde la emisión del Laudo hasta el pago efectivo de la compensación debida.²⁷¹ Esta valoración responde a la metodología empleada para cuantificar su demanda. El importe reclamado por el Demandante se expresó en nuevos soles, e incluía el coste de financiación de TSG, que su Perito de Daños fijó en el 11%, por ser la tasa de interés nominal que pagaba TSG por las líneas de crédito del exterior con las que se financiaba.²⁷² Al haber calculado el daño a 31 de diciembre de 2010, la valoración de la indemnización ya incluía el coste de financiación pre-Laudo y el Demandante solicitaba adicionalmente la extensión de este tipo de interés tras la emisión del laudo hasta el momento del pago efectivo.
288. La Demandada, en cambio, remite a su perito de daños para justificar que la tasa de interés aplicable no debe ser el 11%, sino una tasa ligada a los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos.²⁷³ La justificación que ofrece el perito LECG es la misma que la esgrimida para considerar que el DFC no es la metodología correcta para el caso de TSG. El empleo del coste de financiación en que incurría la empresa cuando estaba en

²⁷¹ MMD, ¶ 458.

²⁷² Kallpa, p. 52.

²⁷³ MMD, ¶ 292.

funcionamiento implica incluir en el tipo de interés una prima de riesgo que desaparece en el momento en que la empresa se expropia. El coste de financiación adecuado debe ser uno de bajo riesgo, no el coste efectivo de financiación de la empresa en funcionamiento.²⁷⁴ Concretamente, el perito propone el empleo de los Bonos del Tesoro a 10 años emitidos por la Reserva Federal de los Estados Unidos por ser poco sensibles a cambios inesperados en la inflación, tener una prima por liquidez baja y ser la tasa que mejor se ajusta al periodo que se está analizando.²⁷⁵

289. Dado que nuestra valoración de la inversión refleja el valor de la inversión en diciembre de 2004, a nuestro parecer la aproximación más adecuada al tema de intereses requiere principalmente que se proteja el valor de la compensación debida. Esto supone que el interés más apropiado sea aquel que se habría percibido si el monto de compensación, pagado de forma contemporánea al acto ilícito, hubiese sido reinvertido favorablemente.
290. Por estas razones el Tribunal considera que es apropiado determinar una tasa de interés conservadora que resultaría de una inversión financiera de riesgo reducido pero no libre de riesgo. Por ende, el Tribunal considera que es apropiado usar la referencia sugerida por el perito de la parte Demandada o sea el promedio semestral de los Bonos del Tesoro a 10 años.
291. El devengo de intereses debe comenzar en el momento en el que se produjo la expropiación. Como ésta tuvo lugar durante el periodo de tiempo en el que estuvieron vigentes las medidas cautelares, el Tribunal tomará la fecha de interposición de las medidas como *dies a quo*, es decir que comenzarán a devengarse intereses el 28 de enero

²⁷⁴ LECG, ¶¶ 107–112.

²⁷⁵ LECG, ¶ 121.

de 2005. El *dies ad quem* será el momento en que se produzca el pago efectivo. Los intereses se capitalizarán semestralmente, según la práctica bien establecida internacionalmente como el mejor método de reconocer las realidades de comercio y de reparar plenamente al inversionista.²⁷⁶ La capitalización además contrarresta en alguna medida el riesgo que asume el inversionista frente a la acreencia que surge de este Laudo e idealmente constituye aliciente para su pago oportuno.²⁷⁷

292. En conclusión, el importe de la condena devengará intereses desde el 28 de enero de 2005 hasta la fecha de su pago de acuerdo con la tasa promedio mensual publicada por la Reserva Federal de los Estados Unidos que refleja el resultado del remate mensual de los Bonos del Tesoro a 10 años capitalizados semestralmente.²⁷⁸

VII. Costos del procedimiento

293. Tanto el Demandante como la Demandada han solicitado se condene a su contraparte al pago de las costas del procedimiento. El Demandante solicita que el Tribunal condene a la Demandada al pago de US\$ 917.214,77 y S/. 33.936,97²⁷⁹ mientras que las costas reclamadas por la Demandada ascienden a US\$ 4.147.254,30.²⁸⁰

²⁷⁶ Ver, *inter alia*, *Metaleclad supra* nota a pie de página 256 *supra* en ¶ 128; *Azurix*, Laudo (14 de julio de 2006), ¶ 440.

²⁷⁷ El Tribunal reconoce que aunque la parte Demandante ha solicitado el pago de intereses como elemento de la reparación que solicita, no ha mencionado en términos específicos la capitalización de intereses. El Tribunal considera, sin embargo, que, una vez se ha decidido que el Demandante merece compensación, la decisión de capitalizar intereses resulta claramente adentro de la competencia del Tribunal de determinar la metodología idónea para reparar plenamente los efectos de los hechos expropiatorios. Ver, *por ejemplo*, *LG&E*, ¶¶ 35–48; *National Grid*, ¶ 294; ver también SERGEY RIPINSKY & KEVIN WILLIAM, *DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 119 (British Institute of International and Comparative Law, 2008).

²⁷⁸ *US government securities: Treasury Constant Maturities(auction high): Nominal 10 year Treasury Bonds*, publicados por la Reserva Federal de los Estados Unidos en: <http://www.federalreserve.gov/releases/h15/data.htm>

²⁷⁹ Declaración de costos del Demandante, 30 de julio de 2010.

²⁸⁰ Declaración sobre costos del Perú, p. 28.

294. De acuerdo con lo dispuesto en el Convenio (artículo 61) y las Reglas de Arbitraje (regla 47), el Tribunal en su Laudo debe determinar los gastos en que hayan incurrido las partes en el procedimiento y decidir la forma de pago y la manera de distribución de los mismos, de los honorarios y gastos de los miembros del tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. La Convención y las Reglas de Arbitraje no tienen indicaciones adicionales.²⁸¹
295. El Convenio en su artículo 44 establece que cualquier cuestión de procedimiento no prevista en él, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal. Esto a primera vista le da al Tribunal discreción plena. Sin embargo como es común en los sistemas y procedimientos reglados, esa discreción debe ejercerse de forma justificada. El Convenio es un tratado internacional de derecho público. Por lo tanto los temas de procedimiento no previstos en él deberían preferiblemente resolverse de acuerdo con el mismo.
296. El principio de que cada parte debe correr con sus propios gastos es un principio generalmente aceptado en el derecho internacional público. Por ejemplo, el Estatuto de la CIJ lo establece y ha sido reconocido en algunas de sus decisiones.²⁸² Esta aproximación ha sido adoptada por un número importante de tribunales arbitrales.²⁸³ Aun así, algunos tribunales internacionales no lo han considerado aplicable. El tribunal en

²⁸¹ Así cómo tampoco las tiene el APPRI.

²⁸² Estatuto de la CIJ, artículo 64. Ver también la opinión consultiva de la Corte del julio 12 de 1973, *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973, p. 166 que afirma, "[T]ambién hay que tener en cuenta el principio básico con respecto a la cuestión de los costos en procedimientos contenciosos ante tribunales internacionales, en el sentido de que, ausente una decisión específica del tribunal, cada parte deberá sufragar sus propios costos" [Traducción del Tribunal], párrafo 98; citada con aprobación en *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon c. Nigeria), *Preliminary Objections* (Nigeria c. Cameroon), *Judgment of 25 March 1999*, I.C.J. Reports 1999, p. 31.

²⁸³ Aun cuando las razones para ello pueden no haber sido uniformes.

Waste Management II consideró en 2004 que no existía una práctica en el arbitraje sobre inversiones según la cual cada parte debiera pagar sus costas.²⁸⁴ Notablemente ese tribunal también concluyó que el "resultado justo" era que cada parte sufragara sus costos y que los del Tribunal y del Centro corrieran por partes iguales.²⁸⁵

297. La aproximación del tribunal en *Waste Management II* es también interesante en la medida que, en lo que aquí interesa, indicó que una conducta que excediera lo aceptable en las circunstancias del caso era una condición necesaria para ordenar que una de las partes sufragara por sí sola los costos del procedimiento. En este sentido existen otras decisiones recientes que hablan por sí solas.²⁸⁶
298. También existen decisiones recientes en las que los Tribunales han optado por ordenar que la parte "vencida" en el proceso corra con los costos (totales o parciales) del mismo incluyendo los honorarios de los letrados de la otra.²⁸⁷ Uno de las más notables por ser reciente y haber sido proferido al amparo del Convenio es la de *EDF*.²⁸⁸

²⁸⁴ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo en español de 30 de abril de 2004, ¶ 183, disponible en la página de la Secretaría de Economía de México: "No existe ninguna regla en el arbitraje internacional en cuanto a que las costas deben recaer en quien pierde el caso. De igual modo, sin embargo, el Tribunal no acepta que exista una práctica en el arbitraje sobre inversiones (como tal vez haya, al menos de facto, en arbitrajes interestatales y en la Corte Internacional) según la cual cada parte deba pagar sus costas. En última instancia, la cuestión de las costas está a discreción del Tribunal, que tiene en cuenta el resultado del procedimiento y otros factores pertinentes." El procedimiento en ese arbitraje fue administrado bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI. El artículo 58, inciso 1, de ese reglamento establece: "Salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal decidirá cómo y a quién corresponde sufragar los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, los gastos y cargos del Secretariado y los gastos hechos por las partes en relación con el procedimiento."

²⁸⁵ *Waste Management II*, en ¶ 184.

²⁸⁶ Ver, entre otros, *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo (16 de septiembre de 2003); *Phoenix Action, Ltd c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo (15 abril de 2009).

²⁸⁷ Ver *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Laudo CNUDMI (3 de agosto de 2005); *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo CNUDMI (26 de enero de 2006).

²⁸⁸ *EDF*, Laudo (8 de octubre de 2009).

299. El Tribunal toma nota de que existe un enfoque según el cual la parte que prevalece en un proceso arbitral no debería, por coherencia, tener que sufragar costos por el accionar injustificado de la otra. En algunos casos se ha hecho referencia a los recursos humanos y financieros de los inversionistas como justificación (e incluso de los Estados), aun cuando las generalizaciones son argumentativamente débiles.
300. Por nuestra parte, consideramos que el problema de esta aproximación está en el juicio sobre quién "venció" y quién "perdió." El juicio fácilmente pierde coherencia con los esfuerzos financieros de las partes en atender el proceso.²⁸⁹ Razón por la cual el Tribunal considera que la aproximación más coherente al tema de costos es aquella que se basa en la conducta de las partes en el impulso justo y eficiente del proceso arbitral. Por ese motivo, consideramos que, en principio, cada parte debe sufragar sus propios gastos. A nuestro parecer esta aproximación permite mantener el interés y los incentivos de la partes en la resolución de la controversia y no en alargar innecesariamente el litigio.
301. En esta medida y para el caso que nos ocupa, la conducta de las partes ha sido loable. Tanto en la etapa de jurisdicción como en la de fondo, las partes acordaron una ronda única de escritos. Por supuesto que las partes en la defensa férrea de sus posiciones no dejaron de presentar todos los argumentos necesarios para ello. Aun así, la mayor parte de las desavenencias en materia procedimental fueron resueltas por las mismas partes. Nosotros consideramos que hemos sido suficientemente ilustrados sobre los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia y apreciamos los esfuerzos continuos de las partes por mantener el impulso justo y eficiente del proceso. Estas circunstancias no dan lugar a

²⁸⁹ Por no mencionar complejidad y la dinámica de un proceso en el que se discute la responsabilidad internacional de un Estado y que exceden aquellos del arbitraje comercial.

apartarse de la aproximación propuesta, que además concuerda con el principio general recogido en el APPRI para las disputas que pudiesen surgir entre los estados contratantes.²⁹⁰

302. En conclusión, el Tribunal declara que cada parte deberá hacerse cargo de sus propios costos y los gastos de administración comunes se sufragarán por partes iguales.

²⁹⁰ Ver artículo 9.7 del APPRI.

VIII. Decisión

Habiendo considerado con cuidado los argumentos de las partes, tanto en forma escrita como en forma oral, el Tribunal Arbitral, por unanimidad, por las razones expuestas adopta las siguientes decisiones:

1. Declara la existencia de una medida equivalente a la expropiación vulnerando los términos del artículo 4 del APPRI, llevada a cabo por la Demandada contra la inversión del Demandante;
2. Condena a la Demandada al pago al Demandante de US\$ 786.306,24 en concepto de compensación por la medida equivalente a la expropiación ejercitada;
3. Condena a la Demandada al pago de intereses sobre la cuantía determinada en el apartado anterior. Los intereses se devengarán desde el 28 de enero de 2005 hasta el momento del pago efectivo a la tasa de interés promedio mensual publicada por la Reserva Federal de los Estados Unidos para los Bonos del Tesoro a 10 años pero capitalizados semestralmente. Según esta fórmula, la suma pagadera en cuanto a intereses hasta la fecha del Laudo es de US\$ 227.201,30.
4. Ordena que los fondos indicados en los apartes 2 y 3 de esta Decisión serán pagados al Demandante en la cuenta que él indique, netos de impuestos u otros cargos.
5. Condena a cada una de las partes a hacerse cargo de las costas y gastos causados a su instancia y a pagar por mitad los gastos que sean comunes al presente procedimiento;
y
6. Desestima cualesquiera otras pretensiones formuladas por las partes.

En Washington, D.C. 5 de julio 2011.

~~MUSO~~

~~Prof. Juan Fernández-Armesto
Árbitro~~

~~24.6.11~~

~~H. M. Otero~~

~~30.6.2011~~

~~Hernando Otero
Árbitro~~


Judd L. Kessler
Presidente

7/5/11

ANEXO I: Resumen de las actuaciones administrativas hechas por informe de la Auditora

I. Introducción

1. TSG fue objeto de una Orden de Fiscalización o inspección tributaria llevada a cabo por la SUNAT. La inspección se inició con la comunicación a TSG de la Orden de Fiscalización emitida por el Area de Programación Operativa de la División de Auditoría de SUNAT el 10 de marzo de 2004.¹ La Auditora de la División de Auditoría de la SUNAT, explicó en su declaración del 9 de abril de 2010 el resultado de los requerimientos planteados a TSG durante el procedimiento de fiscalización (marzo de 2004 a enero de 2005).²

II. Conclusiones obtenidas por la Auditora

Observaciones iniciales

2. Al examinar los libros contables de TSG, la Auditora observó preliminarmente los siguientes hechos relevantes:³
 - (i) Falta de registro en el Registro de Inventario Permanente Valorizado del ingreso y salida de almacén de la materia prima adquirida (pescado).
 - (ii) Falta de presentación de los partes de producción.
 - (iii) Legalización tardía del Libro Diario, Libro Mayor, Libro Caja, Libro de Inventarios y Balance, Inventario Permanente Valorizado y Registro de Ventas y Compras.

¹ DT-GV, p. 8, ¶ 30.

² DT-GV, pp. 8 a 35.

³ DT-GV, ¶ 38.

3. El artículo 64 del CT permite a la Administración Tributaria, emplear los procedimientos de determinación sobre base presunta para determinar la materia imponible siempre que se dé cualquiera de los tres supuestos descritos. Por ello, una vez la Auditora concluyó que la información proporcionada por TSG era insuficiente para determinar de forma cierta o directa la obligación tributaria, la Auditora calculó aquélla a través de un procedimiento de base presunta o indirecta.
4. Para llevar a cabo la determinación de la materia imponible en la revisión de las declaraciones por los Impuestos a la Renta y General a las Ventas de TSG en los años 2002 a 2004, la Auditora emitió gran número de requerimientos de información con los resultados que se detallan a continuación.

Resultado de los requerimientos

5. Tras analizar la información proporcionada por TSG, la Auditora llegó a la conclusión de que debían realizarse ciertos ajustes a las materias imponibles declaradas por TSG para los ejercicios 2002 a 2004. Los ajustes o reparos a realizar eran de distinta naturaleza:
 - (i) reparos por ventas no declaradas u omitidas⁴;
 - (ii) reparos derivados de intereses pagados por TSG a prestamistas (o mutuantes) no domiciliados en el Perú;⁵
 - (iii) reparos derivados de la deducción en el momento equivocado de los créditos fiscales por el IGV por la compra de pescado.⁶

⁴ Son las conclusiones que la Auditora denominó "(a) Determinación de Obligaciones Tributarias de TSG sobre *Base presunta*", DT-GV, p. 10.

⁵ Son las conclusiones que la Auditora denominó "(b) Intereses Pagados por Mutuos Celebrados con Entidades Financieras No Domiciliadas en el Perú", DT-GV, p. 23 y ss.

⁶ Son las conclusiones que la Auditora denominó "(c) Deduciones de IGV", DT-GV, p.26.

Adicionalmente, la Auditora aplicó una serie de multas por las infracciones de normas tributarias observadas a lo largo del procedimiento. Estas se detallan más adelante.⁷

6. A continuación se detallan los reparos concretos aplicados por la Auditora:

Reparos por ventas no declaradas u omitidas

7. Hay dos tipos de ventas que, según la Auditora, TSG omitió total o parcialmente en su tributación: las ventas de aceite de pescado (que omitió en su totalidad porque, a pesar de ser un producto de su propiedad cedía a las fábricas con las que contrataba la producción de harina de pescado), y las ventas de harina de pescado (por las que no tributó en su totalidad). Los importes no incluidos en la tributación de TSG que dieron lugar a ajustes o reparos a la base imponible fueron los siguientes:⁸

| Ventas omitidas | Año | Importe (S/.) |
|-------------------|------|---------------|
| Aceite de pescado | 2002 | 3.512.153 |
| | 2003 | 6.407.308 |
| Harina de pescado | 2002 | 2.316.086 |
| | 2003 | 2.147.094 |
| TOTAL | | 14.382.641 |

8. A su parecer, estos importes constituían ingresos gravados omitidos en los términos del artículo 72 del CT con repercusión sobre el Impuesto a la Renta correspondiente a los ejercicios 2002 y 2003 y sobre el IGV correspondiente a cada mes de aquellos ejercicios.

⁷ Son las conclusiones que la Auditora denominó "(d) Información de Accionistas" y "(e) Multas", DT-GV, p.27 y 28.

⁸ Datos obtenidos del Resumen Estadístico de Fiscalización, DT-GV Anexo 22.

A continuación se detalla el resumen de las Resoluciones de Determinación emitidas por la Auditora en relación a las ventas omitidas:⁹

Impuesto a la Renta - Resoluciones de Determinación:

| Periodo | N° de Valor | Tributo (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|---------------|---------------|-----------------|-------------|
| 13-2002 | 0220030001407 | 1.351.243 | 466.012 | 1.817.255 |
| 13-2003 | 0220030001408 | 2.546.511 | 363.770 | 2.910.281 |
| Total | | 3.897.754 | - | 4.727.536 |

Impuesto General a las Ventas - Resoluciones de Determinación:

| Periodo | N° de Valor | Tributo (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|--------------|---------------|-----------------|-------------|
| 09-2002 | 022003001365 | 301.527 | 133.954 | 435.481 |
| 12-2002 | 022003001366 | 6.517 | 2.509 | 9.026 |
| 02-2003 | 022003001367 | 362.869 | 126.221 | 489.090 |
| 03-2003 | 022003001368 | 30.143 | 10.092 | 40.235 |
| 07-2003 | 022003001369 | 256.737 | 54.136 | 310.873 |
| 08-2003 | 022003001370 | 825.023 | 202.831 | 1.027.854 |
| Total | | 1.782.816 | - | 2.312.568 |

Reparos por intereses pagados a mutuantes no domiciliados en el Perú

9. La Auditora observó que varios de los prestamistas o mutuantes de los que TSG había recibido financiación no estaban domiciliados en el Perú. Cuatro de ellos tenían su

⁹ DT-GV Anexo 27: Informe de la Auditora sobre medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de cobranza coactiva a cargo de TSG, apartado V "Deuda Tributaria pendiente de pago", tablas A y C. Los totales aquí reflejados varían ligeramente del documento original por diferencias de redondeo. Todos los importes son en S/.

domicilio en las Islas Vírgenes Británicas en las que la tributación es muy baja, casi nula¹⁰ y uno de ellos en EE.UU.

10. La regulación peruana en 2002 impedía deducir como gastos los intereses pagados a mutuantes domiciliados en paraísos fiscales. A pesar de que esta regulación fue modificada por una ley que entró en vigor en enero de 2003, TSG descontó para el cálculo del IR tanto en el ejercicio fiscal de 2002, como en el de 2003, intereses pagados a las compañías domiciliadas en las Islas Vírgenes durante el año 2002. Por lo tanto la Auditora agregó los importes incorrectamente deducidos a la renta imponible de ambos ejercicios.¹¹
11. Asimismo la Auditora observó que las tasas de retención aplicadas por TSG a las compañías Private Label Ltd., Windsor Asia Pacific Venture Inc., Diamond Millenium Ltd., Diamond Millenium II y GTS Investment Inc. no eran las correctas.¹² La Auditora determinó que TSG no había demostrado el carácter de no vinculadas de las entidades prestamistas extranjeras de acuerdo con el artículo 56 de la LIR. Por ello modificó los pagos a cuenta del IR determinados para los ejercicios 2002 y 2003 en la diferencia entre el importe resultante de aplicar la tasa correcta y la incorrectamente aplicada por TSG.¹³
12. También observó la Auditora que TSG no había declarado el IGV por los servicios prestados por mutuantes extranjeros (los domiciliados en Islas Vírgenes). Por tanto

¹⁰ DT-GV, p. 23.

¹¹ DT-GV, p. 23 y 24.

¹² DT-GV, p. 24.

¹³ DT-GV, p. 24 y 54.

calculó el IGV impagado tomando como base imponible los intereses pagados a los prestamistas no domiciliados.¹⁴

13. Los reparos derivados de las anteriores observaciones según se recogen en el Resumen Estadístico de Fiscalización fueron los siguientes:¹⁵

| | Año | Importe (S/.) |
|------------------------------|------|---------------|
| Deducciones indebidas y tasa | 2002 | 502.657,28 |
| de retención equivocada | 2003 | 378.235,00 |
| TOTAL | | 880.892,28 |

14. Como consecuencia, la Auditora emitió las siguientes Resoluciones de Determinación:¹⁶

Impuesto General a las Ventas No domiciliados - Resoluciones de Determinación

| Periodo | Nº de Valor | Tributo (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|--------------|---------------|-----------------|-------------|
| 08-2002 | 022003001383 | 5.930 | 2.892 | 8.822 |
| 10-2002 | 022003001384 | 24.631 | 10.813 | 35.444 |
| 12-2002 | 022003001385 | 52.941 | 20.844 | 73.785 |
| 01-2003 | 022003001386 | 39.664 | 14.809 | 54.473 |
| 02-2003 | 022003001387 | 19.971 | 7.114 | 27.085 |
| 03-2003 | 022003001388 | 8.653 | 2.908 | 11.561 |
| 04-2003 | 022003001389 | 22.591 | 7.188 | 29.779 |

¹⁴ DT-GV, p. 26.

¹⁵ Datos obtenidos del Resumen Estadístico de Fiscalización, DT-GV 22.

¹⁶ DT-GV Anexo 27: Informe de la Auditora sobre medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de cobranza coactiva a cargo de TSG, apartado V "Deuda Tributaria pendiente de pago", tabla B, D y E. Los totales aquí reflejados varían ligeramente del documento original por diferencias de redondeo. Todos los importes son en S/.

| Periodo | N° de Valor | Tributo (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|--------------|---------------|-----------------|-------------|
| 05-2003 | 022003001390 | 41.839 | 12.520 | 54.359 |
| 06-2003 | 022003001391 | 42.335 | 12.265 | 54.600 |
| 07-2003 | 022003001392 | 45.515 | 12.269 | 57.784 |
| 08-2003 | 022003001393 | 28.490 | 7.173 | 35.663 |
| 09-2003 | 022003001394 | 23.760 | 5.504 | 29.264 |
| 10-2003 | 022003001395 | 29.918 | 6.343 | 36.261 |
| 11-2003 | 022003001396 | 64.552 | 12.540 | 77.092 |
| 12-2003 | 022003001397 | 89.383 | 15.726 | 105.109 |
| Total | | 540.173 | - | 691.081 |

Retenciones no domiciliados - Resoluciones de Determinación:

| Periodo | N° de Valor | Tributo (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|---------------|---------------|-----------------|-------------|
| 04-2003 | 0220030001398 | 31.244 | 9.942 | 41.186 |
| 05-2003 | 0220030001399 | 61.041 | 18.264 | 79.305 |
| 06-2003 | 0220030001400 | 69.605 | 20.166 | 89.771 |
| 07-2003 | 0220030001401 | 50.076 | 13.499 | 63.575 |
| 08-2003 | 0220030001402 | 37.502 | 9.442 | 46.944 |
| 09-2003 | 0220030001403 | 13.836 | 3.204 | 17.040 |
| 10-2003 | 0220030001404 | 39.359 | 8.346 | 47.705 |
| 11-2003 | 0220030001405 | 85.846 | 16.676 | 102.522 |
| 12-2003 | 0220030001406 | 114.785 | 20.194 | 134.979 |

| Periodo | Nº de Valor | Tributo (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|-------------|---------------|-----------------|-------------|
| Total | | 503.294 | - | 623.027 |

Pagos a cuenta de Impuesto a la Renta - Resoluciones de Determinación:

| Periodo | Nº de Valor | Tributo (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|---------------|---------------|-----------------|-------------|
| 09-2002 | 0220030001371 | 10.131 | 3.494 | 13.625 |
| 12-2002 | 0220030001372 | 2.742 | 945 | 3.687 |
| 04-2003 | 0220030001374 | 9.480 | 1.354 | 10.834 |
| 05-2003 | 0220030001375 | 12.930 | 1.847 | 14.777 |
| 06-2003 | 0220030001376 | 19.752 | 2.822 | 22.574 |
| 07-2003 | 0220030001377 | 8.458 | 1.209 | 9.667 |
| 08-2003 | 0220030001378 | 7.182 | 1.026 | 8.208 |
| 09-2003 | 0220030001379 | 803 | 114 | 917 |
| 10-2003 | 0220030001380 | 670 | 96 | 766 |
| 11-2003 | 0220030001381 | 825 | 118 | 943 |
| 12-2003 | 0220030001382 | 5.767 | 824 | 6.591 |
| Total | | 78.740 | - | 92.589 |

Deducción en momento equivocado de créditos por IGV

15. Según explicó la Auditora¹⁷ TSG debió haber descontado los créditos de IGV generados por la compra de pescado en el momento en que efectuó los depósitos en el Banco de la

¹⁷ Decreto Legislativo 917, publicado el 26 de abril de 2001 y modificado por la Ley No. 27.877 publicada el 14 de diciembre de 2002.

Nación retenidos del precio de venta del pescado que compraba.¹⁸ Sin embargo, la Auditora observó que, durante los ejercicios 2003 y 2004, TSG dedujo el crédito fiscal en el momento en que recibía el comprobante de pago por el producto comprado. Por lo tanto la Auditora ajustó los importes de IGV correspondientes a los ejercicios 2003 y 2004 para reconocer el crédito de IGV en el momento adecuado, es decir, en los meses en que se había depositado la detracción.

16. El reparo descrito tuvo repercusión en las Resoluciones de Determinación sobre IGV resumidas anteriormente y en las Resoluciones de Multa que se detallan a continuación.

Multas

17. Como resultado de su auditoría la Auditora impuso a TSG multas por las siguientes infracciones tributarias:¹⁹
- por no incluir ingresos gravados en las declaraciones de IR e IGV;²⁰
 - por haber declarado un saldo a favor de IGV superior al que le correspondía;²¹
 - por haber aplicado una tasa de retención de IR a no domiciliados inferior a la autorizada por la Ley de IR;²²
 - por no haber llevado Registro de Inventario Permanente Valorizado²³; y
 - por no proporcionar información acerca de sus accionistas.²⁴

¹⁸ DT-GV, p. 26, ¶ 94.

¹⁹ DT-GV, p. 28.

²⁰ Artículo 178(1) del Código Tributario.

²¹ Artículo 178(2) del Código Tributario.

²² Artículo 177(13) del Código Tributario.

²³ Artículo 175(1) del Código Tributario.

²⁴ Artículo 177(5) del Código Tributario.

18. A continuación se recogen las cuantías de las multas aplicadas por la Auditora a TSG, conforme las resumió en su informe sobre medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de cobranza coactiva a cargo de TSG:²⁵

Retención no domiciliados - Resoluciones de Multa:

| Periodo | Nº de Valor | Multa (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|---------------|-------------|-----------------|-------------|
| 04-2003 | 0220020001586 | 9.373 | 2.988 | 12.361 |
| 05-2003 | 0220020001587 | 18.312 | 5.489 | 23.801 |
| 06-2003 | 0220020001588 | 20.882 | 8.063 | 28.945 |
| 07-2003 | 0220020001589 | 15.023 | 4.059 | 19.082 |
| 08-2003 | 0220020001590 | 11.251 | 2.839 | 14.090 |
| 09-2003 | 0220020001591 | 4.151 | 965 | 5.116 |
| 10-2003 | 0220020001592 | 11.808 | 2.511 | 14.319 |
| 11-2003 | 0220020001593 | 25.754 | 5.019 | 30.773 |
| 12-2003 | 0220020001594 | 34.436 | 6.075 | 40.511 |
| Total | | 150.990 | - | 188.998 |

Varias - Resoluciones de Multa:

| Periodo | Nº de Valor | Multa (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|---------------|-------------|-----------------|-------------|
| 04-2004 | 0220020001595 | 1.920 | 252 | 2.172 |
| 09-2004 | 0220020001596 | 3.200 | 170 | 3.370 |

²⁵

DT-GV Anexo 27: Informe de la Auditora sobre medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de cobranza coactiva a cargo de TSG, apartado V "Deuda Tributaria pendiente de pago", tabla F, G y H. Los totales aquí reflejados varían ligeramente del documento original por diferencias de redondeo. Todos los importes son en S/.

| Periodo | N° de Valor | Multa (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|-------------|-------------|-----------------|-------------|
| Total | | 5.120 | - | 5.542 |

Impuesto General a las Ventas - Resoluciones de Multa:

| Periodo | N° de Valor | Multa (S/.) | Intereses (S/.) | Total (S/.) |
|---------|---------------|-------------|-----------------|-------------|
| 08-2002 | 0220020001570 | 341.830 | 168.248 | 510.078 |
| 09-2002 | 0220020001571 | 210.762 | 99.319 | 310.081 |
| 10-2002 | 0220020001572 | 1.333 | 195 | 1.528 |
| 11-2002 | 0220020001573 | 40.035 | 5.859 | 45.894 |
| 12-2002 | 0220020001574 | 7.858 | 1.149 | 9.007 |
| 01-2003 | 0220020001575 | 55.164 | 21.057 | 76.221 |
| 02-2003 | 0220020001576 | 425.397 | 155.033 | 580.430 |
| 03-2003 | 0220020001577 | 30.143 | 10.503 | 40.646 |
| 04-2003 | 0220020001578 | 121.091 | 38.602 | 159.693 |
| 05-2003 | 0220020001579 | 44.917 | 13.999 | 58.916 |
| 07-2003 | 0220020001580 | 252.818 | 69.951 | 322.769 |
| 08-2003 | 0220020001581 | 725.706 | 187.020 | 912.726 |
| 10-2003 | 0220020001582 | 177.596 | 37.765 | 215.361 |
| 11-2003 | 0220020001583 | 10.911 | 2.204 | 13.115 |
| 12-2003 | 0220020001584 | 54.973 | 10.057 | 65.030 |
| 02-2004 | 0220020001585 | 21.664 | 3.290 | 24.954 |
| Total | | 2.522.198 | - | 3.346.449 |

III. Conclusión

19. Como consecuencia de los reparos y multas descritos, la División de Auditoría de la SUNAT emitió 95 valores,²⁶ incluyendo Resoluciones de Determinación y de Multa por concepto de IR e IGV.²⁷ A continuación se resumen las cuantías totales de la deuda tributaria de TSG al inicio del procedimiento de cobranza coactiva a su cargo:²⁸

| | Sin intereses (S/.) | Con intereses (S/.) |
|---------------------------------|------------------------|------------------------|
| Resoluciones Determinación | 6.802.777 | 8.446.792 |
| Resoluciones de Multas | 2.678.308 | 3.540.989 |
| Total Deuda Tributaria (7-1-05) | 9.481.085 | 11.987.781 |

20. En conclusión, el principal de la deuda tributaria a 7 de enero de 2005 (neta de intereses) fue de S/. 9.481.085 y la deuda tributaria total resultante de aplicar los reparos y multas descritos excedía los S/. 11 millones.

IV. Valores adicionales emitidos

21. El 25 de enero de 2005 la SUNAT emitió 9 valores adicionales, después de haber sido trabadas las medidas cautelares previas. A continuación se resumen los valores adicionales emitidos por la SUNAT y las cuantías totales de la deuda tributaria de TSG sin intereses:²⁹

²⁶ 86 el 20 de diciembre de 2004 y 9 el 25 de enero de 2005.

²⁷ GV, p. 29.

²⁸ Resumen elaborado por el Tribunal Arbitral a partir de la información contenida en el Anexo GV 27: Informe de la Auditora Ventocilla sobre medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de cobranza coactiva a cargo de TSG, apartado V "Deuda Tributaria pendiente de pago". Los totales aquí reflejados varían ligeramente del documento original por diferencias de redondeo. Todos los importes son en S/.

²⁹ Cuadro elaborado a partir del Cuadro Resumen aportado por la Demandada el 15 de julio de 2010. Todas las cuantías están en nuevos soles.

Resoluciones de Determinación adicionales:

| Periodo | Nº de Valor | Concepto | Tributo |
|---------|--------------|---------------------------------|---------|
| 07-2002 | 022003001532 | IGV por servicios no declarados | 9.871 |
| 07-2002 | 022003001533 | IGV | 5.496 |
| 08-2002 | 022003001534 | IGV | 341.830 |
| 02-2003 | 022003001536 | Renta de tercera | 1.683 |
| 11-2004 | 022003001537 | Renta de tercera | 3.915 |
| Total | | | 362.795 |

Resoluciones de Multa adicionales:

| Periodo | Nº de Valor | Concepto | Multa |
|---------|--------------|-------------------------|---------|
| 04-2002 | 022003001712 | CT, artículo 178 núm. 2 | 7.575 |
| 05-2002 | 022003001713 | CT, artículo núm. 2 | 77.193 |
| 06-2002 | 022003001714 | CT, artículo núm. 2 | 119.788 |
| 07-2002 | 022003001715 | CT, artículo núm. 2 | 148.247 |
| Total | | | 352.803 |

Totales:

| | |
|-----------------------------------|------------|
| Resoluciones Determinación | 7.165.572 |
| Resoluciones de Multas | 3.031.111 |
| Total Deuda Tributaria (25-01-05) | 10.196.683 |

ANEXO II: Proporción de resoluciones de multa relativas a las ventas omitidas de harina de pescado y aceite de pescado

I. Introducción

1. En el procedimiento de fiscalización llevado a cabo por la SUNAT contra TSG, se concluyó que TSG había omitido declarar ventas de harina de pescado y de aceite de pescado. Esta omisión tuvo dos consecuencias en el procedimiento: en primer lugar, supuso que se recalculase el IGV y el IR para los periodos afectados (2002 y 2003) con la finalidad de determinar la deuda pendiente por estos conceptos (a); en segundo lugar, supuso la imposición de multas por no incluir ingresos gravados y por haber declarado un saldo a favor del IGV superior al que correspondía (b).
2. A continuación se analizará la proporción de resoluciones de multa emitidas por la SUNAT que derivaron de la omisión de declaración de ventas.

II. Multas impuestas

3. La Auditora explicó en su testimonio que aplicó a TSG multas por los siguientes motivos:¹

Por no incluir ingresos gravados en las declaraciones de IR e IGV que sirvieron de base para la determinación de los tributos omitidos en la fiscalización (Artículo 178(1) del CT).²

Por haber declarado un saldo a favor de IGV superior a aquél que correspondía bajo la Ley de Impuesto General a las Ventas (Artículo 178(2) CT).³

¹ DT-GV, p.28, ¶ 100.

² Artículo 178 CT: "Constituyen infracciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias: (1) No incluir en las declaraciones ingresos, rentas, patrimonio, actos gravados o tributos retenidos o percibidos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias que influyan en la determinación de la obligación tributaria. [...]".

³ Artículo 178(2) CT: "Constituyen infracciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias: [...] (2) Declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias con el fin de obtener indebidamente Notas de Crédito Negociables u otros valores similares o que impliquen un aumento indebido de saldos o créditos a favor del deudor tributario.[...]".

Por haber aplicado una tasa de retención de IR a no domiciliados inferior a aquella autorizada por la Ley de Impuesto a la Renta (Artículo 177(13) CT).⁴

Por no haber llevado Registro de Inventario Permanente Valorizado (Artículo 175 (1) CT).⁵

Por no proporcionar información acerca de sus accionistas (Artículo 177(5) CT).⁶

4. En total, en el procedimiento de fiscalización, la SUNAT aplicó a TSG multas por valor de S/. 3.031.111.⁷

III. Proporción de multas derivadas de la omisión de ventas

5. No incluir ingresos gravados en las declaraciones de IGV es una consecuencia clara de la omisión de declaración de ventas de harina y aceite de pescado. Por lo tanto las multas impuestas con base en el artículo 178(1) del CT fueron consecuencia de la omisión de información de ventas de harina de pescado y aceite de pescado. El resultado de la fiscalización fue la imposición de las siguientes resoluciones de multa:

Resolución 022-002-0001575: por S/. 55.164.

Resolución 022-002-0001585: por S/. 21.664.

⁴ Artículo 177(13) CT: "Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de permitir el control de la Administración, informar y comparecer ante la misma: [...] (13) No efectuar las retenciones o percepciones establecidas por Ley, salvo que el agente de retención o percepción hubiera cumplido con efectuar el pago del tributo que debió retener o percibir dentro de los plazos establecidos. [...]".

⁵ Artículo 175 (1) CT: "Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de llevar libros y registros: (1) Omitir llevar los libros de contabilidad, u otros libros o registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia u otros medios de control exigidos por las leyes y reglamentos; o llevarlos sin observar la forma y condiciones establecidas en las normas correspondientes. [...]".

⁶ Artículo 177(5) CT: "Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de permitir el control de la Administración, informar y comparecer ante la misma: [...] (5) No proporcionar la información o documentos que sean requeridos por la Administración sobre sus actividades o las de terceros con las que guarde relación o proporcionarla sin observar la forma, plazos y condiciones que establezca la Administración Tributaria. [...]".

⁷ Cuadro detalle aportado por las partes el 15 de julio de 2010, p. 23.

6. El importe total de las multas (sin intereses) impuestas en el procedimiento de fiscalización fue de S/. 3.031.111.⁸ Por lo tanto, las multas impuestas conforme al artículo 178(1) CT por la omisión de ingresos gravados en las declaraciones de IGV ascendieron al 2,53% de las multas impuestas en la fiscalización.⁹
7. Las multas impuestas por haber declarado un saldo a favor de IGV superior al que correspondía legalmente, también son una consecuencia de la omisión de ventas de harina de pescado y aceite de pescado. En tal caso habría que incluir entre las multas impuestas como consecuencia de las ventas omitidas, las impuestas en virtud del artículo 178(2) CT:

Resolución 022-002-0001570: por S/. 341.830.

Resolución 022-002-0001571: por S/. 210.762.

Resolución 022-002-0001572: por S/. 1.333.

Resolución 022-002-0001573: por S/. 40.035.

Resolución 022-002-0001574: por S/. 7.858.

Resolución 022-002-0001576: por S/. 425.397.

Resolución 022-002-0001577: por S/. 30.143.

Resolución 022-002-0001578: por S/. 121.091.

Resolución 022-002-0001579: por S/. 44.917.

Resolución 022-002-0001580: por S/. 252.818.

Resolución 022-002-0001581: por S/. 725.706.

Resolución 022-002-0001582: por S/. 177.596.

Resolución 022-002-0001583: por S/. 10.911.

⁸ Cuadro detalle aportado por las partes el 15 de julio de 2010, p. 23.

⁹ $(55.164 + 21.664)/3.031.111$.

Resolución 022-002-0001584: por S/. 54.973.

Resolución 022-003-001712: por S/. 7.575.

Resolución 022-003-001713: por S/. 77.193.

Resolución 022-003-001714: por S/. 119.788.

Resolución 022-003-001715: por S/. 148.247.

8. En total, en el proceso de fiscalización se impusieron multas por valor de S/. 2.798.173 en aplicación del artículo 178(2), un 92,32% de las multas impuestas.

Conjuntamente, las multas impuestas a TSG como consecuencia de la omisión de ventas de harina de pescado y aceite de pescado ascienden a S/. 2.875.001,¹⁰ que suponen un 94,85%¹¹ de las multas totales impuestas en el procedimiento de fiscalización

¹⁰ S/. 76.828 impuestos por el artículo 178(1) CT más S/. 2.798.173 impuestos por el artículo 178(2) CT.

¹¹ 2,53% por el artículo 178(1) CT más 92,32% por el artículo 178(2) CT.

ANEXO III: Análisis de los temas de mayor importancia durante la auditoría

I. Introducción

1. El Demandante ha argumentado con ahínco que el proceso de auditoría y sus conclusiones estuvieron caracterizados por conducta arbitraria y excesiva de la SUNAT. Aun cuando el Tribunal reconoce que el inversionista tiene motivos para estar inconforme con el proceder de la SUNAT, la auditoría y sus resultados inmediatos no resultaron en la expropiación de su inversión en el Perú. Por esta razón, el Tribunal entiende que el contenido de este apéndice puede considerarse innecesario. No obstante como la auditoría y sus hallazgos fueron discutidos por la partes en gran detalle, a nuestro parecer le dan contexto necesario a la conducta posterior tanto de la SUNAT como del contribuyente con ocasión de la imposición de medidas cautelares previas sobre TSG.

II. Supuestos para aplicar la determinación sobre base presunta

2. Con base en las visitas a las oficinas de la compañía y la información aportada por el contribuyente, la SUNAT de acuerdo a su interpretación de las normas aplicables concluyó que TSG había omitido su deber de llevar debidamente sus registros y libros contables. En su opinión TSG controlaba todo el proceso de producción de harina de pescado y por lo tanto era una "compañía industrial" y no simplemente comercial o mercantil.¹ Como compañía industrial TSG debía llevar una contabilidad de costos

¹ La definición de empresa industrial (o industria manufacturera) invocada por la SUNAT y aceptada sin más por el Tribunal Fiscal está contenida en la tercera revisión de la *Clasificación Industrial Internacional Uniforme* ["CIIU"] de las Naciones Unidas. La CIIU incluye dentro de la categoría de "industria manufacturera" tanto las empresas que fabrican o elaboran los productos, como las que contratan a otras para ello. De acuerdo con la SUNAT, como empresa industrial, TSG estaba obligada a mantener registros de inventario y de partes de producción como si el proceso estuviera integrado bajo su control. Este Tribunal sin embargo halla esta aproximación un tanto confusa. Primero la CIIU establece una clasificación de referencia con el fin de facilitar la comparación de datos estadísticos sobre actividades económicas a nivel internacional. Que el Perú haya adoptado la misma para ciertos fines (Sistema Nacional de Estadística del Perú) es sin duda apropiado. El Tribunal sin embargo considera que no hay evidencia en el proceso (Nota continua en la página que sigue.)

detallando los insumos de materias primas (*i.e.* pescado) que ingresaban y salían de sus almacenes y las partes de producción del proceso de transformación del pescado a harina de pescado.² Concretamente la SUNAT consideró que TSG no había llevado un Registro de Inventario Permanente Valorizado y los Partes de Producción requeridos.³ Los mismos le habrían permitido a la SUNAT establecer los costos reales de producción, el inventario del producto final y los ingresos efectivos asociados con las ventas del mismo.

3. El Demandante argumentó que las interpretaciones de la Auditora y los requerimientos que resultaron de las mismas como le fueron aplicadas a TSG fueron arbitrarias y excesivas. Por ejemplo, con respecto a la exigencia de que TSG mantuviera un inventario de materia prima (*i.e.* pescado), la Auditora durante su contra-interrogatorio afirmó que entendía que TSG no mantenía un almacén o depósito físico.⁴ El Demandante indicó además que todos los registros necesarios para determinar sus ingresos y deuda tributaria – incluidos el costo de comprar la materia prima, los anticipos otorgados a las plantas procesadoras y los pagos por la harina de pescado

que establezca la relación entre la clasificación anotada y su supuesto carácter como fuente de derecho tributario. La parte Demandada admitió que incluso la Ley de Impuesto a la Renta no define "empresa industrial" (*Ver* EPA-Perú, ¶ 155). Bajo ese entendido el Tribunal no encuentra razón suficiente que permita recurrir a la CIU no sólo para efectos de clasificar o describir la actividad de un contribuyente para efectos tributarios, sino para exigir que la contabilidad de costos deba cumplirse de manera particular (especialmente cuando concierne información que puede corresponder a terceros que no están bajo su control) e imponer impuestos adicionales y multas por su incumplimiento. Con base en la evidencia presentada a nuestra consideración, el Tribunal no halla que los argumentos en torno a la CIU sean válidos o relevantes. *Ver* ¶¶ 108-110 del Laudo para una discusión más detallada de los argumentos de la SUNAT al respecto.

² DT-GV ¶ 38. *Ver también* Tr. Ing. 528:9-12; Tr. Esp. 479:11-14.

³ DT-GV, ¶ 38 (i), (iii).

⁴ Tr. Ing. 529:10-14; Tr. Esp. 480:10-12.

producida (así como la información necesaria para determinar el IR y el IGV debido) – estaban recogidos en libros y registros contables puestos a disposición de la Auditora.⁵

4. En sustento de su decisión de proceder sobre base presunta y con base en coeficientes de producción propios⁶ (en lugar de aquellos en los libros y registros de TSG), la SUNAT procedió de acuerdo con los numerales 2 y 8 del artículo 64 del Código Tributario:

"Artículo 64 – SUPUESTOS PARA APLICAR LA DETERMINACIÓN SOBRE BASE PRESUNTA

La Administración Tributaria podrá⁷ utilizar directamente los procedimientos de determinación sobre base presunta, cuando:...

2. La declaración presentada o la documentación complementaria ofreciera dudas respecto a su veracidad o exactitud, o no incluya los requisitos y datos exigidos; o cuando existiera dudas sobre la determinación o cumplimiento que haya efectuado el deudor tributario....

8. Sus libros y/o registros contables, manuales o computarizados, no se encuentren legalizados de acuerdo a las normas legales."

5. En efecto, durante la auditoría se determinó correctamente que los libros de TSG no habían sido legalizados en la fecha debida. TSG en su momento admitió que sus libros y registros contables sólo habían sido legalizados 6 meses después. La SUNAT consideró aparentemente que esto era una infracción menor, una formalidad. La Auditora misma no consideró que los mismos hubieran sido alterados o manipulados.⁸ TSG por su parte

⁵ MMD, ¶ 295.

⁶ *Supra* nota a pie de página 45.

⁷ The Tribunal advierte que la norma concede una facultad ("podrá") y no impone una obligación (deberá, por ejemplo).

⁸ Tr. Ing. 700:7-704:1; Tr. Esp. 628:5 – 631:9.

aceptó haber cometido la infracción y pagó por ello una multa de aproximadamente US\$ 310.⁹ La infracción no parece haber tenido mayor relevancia posterior.¹⁰

6. Adicionalmente durante la auditoría también se determinó que los libros y registros contables de TSG ofrecían "dudas respecto de su veracidad o exactitud". Según el testimonio de la misma Auditora sus dudas resultaban de su entendimiento que TSG no había llevado ciertos libros y registros, entre otros un Registro de Inventario Permanente Valorizado y Partes de Producción.
7. Con base en la evidencia presentada durante el proceso no parece existir mayor duda de que TSG debía haber llevado un "sistema de contabilidad de costos."¹¹ Sin embargo, dada la naturaleza de las operaciones de TSG, el Tribunal considera que los libros y registros de TSG junto con información de terceros le habrían permitido a la SUNAT determinar la deuda tributaria sobre base cierta.
8. No obstante lo anterior, la Auditora optó por determinar la deuda tributaria sobre base presunta estimando sus propios coeficientes de producción¹² con base en información obtenida de las compras de materia prima de la misma compañía e información sobre la producción total, partes de producción y niveles de eficiencia de otras plantas procesadoras.¹³

⁹ DT-GV, ¶ 40.

¹⁰ La Resolución del Tribunal Fiscal se abstuvo de estudiar adicionalmente la infracción del numeral 8 del artículo 64 afirmando que con la infracción de uno de los supuestos del mismo bastaba. *Ver* RTF No. 02664-3-2008.

¹¹ Reglamento del Impuesto a la Renta, artículo 35.

¹² Los coeficientes indican la cantidad de pescado (en TM) requerido para producir 1 TM de harina de pescado. *Ver* Resolución del Tribunal Fiscal, p. 6, ¶ 4.

¹³ Tr. Ing. 535:15 – 537:10, Tr. Esp. 485:12 – 487:2.

III. Hallazgos de auditoría respecto de ventas presuntas de harina de pescado

9. Para calcular la producción de harina de pescado de TSG sobre base presunta, la Auditora se basó inicialmente en los registros de compra de pescado de TSG,¹⁴ los cuales para esos efectos al menos parecen haber sido considerados exactos y confiables. La Auditora procedió a paso seguido a determinar sus propios coeficientes de producción de harina de pescado. Concretamente concluyó que el coeficiente de producción de TSG debió ser de 4,57 para 2002 y 4,475 para 2003¹⁵ (un coeficiente de 4,475 indicaba que se habían requerido 4,475 TM de pescado para producir 1 TM de harina de pescado). Los coeficientes resultaron menores que los especificados en los mismos contratos de procesamiento (los cuales estaban en un rango de 4,6 a 4,7).¹⁶ Con base en los coeficientes obtenidos y la producción presunta resultante de harina de pescado, la Auditora concluyó que TSG no había reportado aproximadamente 4-5% de sus ventas en esos años. Esas "ventas omitidas" fueron valoradas en S/. 2.316.086 para 2002 y S/. 2.147.094 para 2003.¹⁷ No obstante las numerosas preguntas del Tribunal al respecto y las respuestas de la Auditora, el Tribunal no está convencido de que esas conclusiones estuvieran debidamente justificadas.
10. El Tribunal Fiscal en su fallo sobre el recurso de queja de TSG no halló problema alguno con el proceder de la Auditora afirmando:

¹⁴ Tr. Ing. 557:11-13, Tr. Esp. 504:2-3.

¹⁵ DT-GV ¶¶ 49-56.

¹⁶ Para su análisis la SUNAT parece haber prescindido de examinar los registros u otros documentos que evidenciaron las cantidades entregados a TSG.

¹⁷ La tasas aplicable eran de 27% (IR) y 18% (IGV).

"... la Administración podrá elaborar sus propios coeficientes, los cuales no pueden ser elaborados arbitrariamente, sino que deben basarse, en la información técnica que sea obtenida para tal fin."¹⁸

11. Este Tribunal sin embargo sí concluyó que el proceder de la Auditora fue problemático. De acuerdo con las cifras de la misma SUNAT, el inventario total de TSG para los años 2002 y 2003¹⁹ fue el siguiente:

| | <u>2002TM</u> | <u>2003TM</u> |
|-------------------------------|--------------------------|--------------------------|
| Inventario de acuerdo a SUNAT | 7.967,25 | 7.705,89 |
| Monto reportado por TSG | <u>6.817,00</u> | <u>8.813,85</u> |
| | 1.150,25 | (1.107,96) ²⁰ |

12. El Tribunal Fiscal coincidió con la conclusión de la SUNAT que para el año de 2002, TSG omitió reportar inventario de aproximadamente de 1.150 MT. Sobre esta base, el Tribunal Fiscal confirmó el reparo tributario por ventas omitidas en ese año. Para el año 2003 sin embargo, el Tribunal Fiscal concluyó que TSG reportó 1.107,96 MT en exceso y concluyó que era ilógico e incorrecto que la SUNAT presumiera ventas omitidas para ese año. Por lo tanto el Tribunal Fiscal dejó sin efecto el reparo por S/. 2.147.094.

IV. Hallazgos respecto de ventas presuntas de aceite de pescado

13. La Auditora también determinó que el aceite de pescado era un subproducto de la producción de harina de pescado con valor comercial y que TSG había omitido declararlo para efectos tributarios. De acuerdo con su interpretación de los contratos de fabricación de harina de pescado, los mismos no reconocían el valor del aceite de

¹⁸ RTF No. 02664-3-2008, p. 6, ¶ 3.

¹⁹ *Es decir*, la producción total de harina de pescado.

²⁰ DT-KH, Anexo 18, p. 115. El Tribunal advierte que, para efectos prácticos, el inventario que, según la misma SUNAT, TSG habría reportado para el 2003 compensa en buena medida el que presuntamente omitió para el 2002.

pescado. De acuerdo con los contratos el aceite de pescado era cedido por TSG a título gratuito.²¹ Los contratos adicionalmente establecían que TSG renunciaba a cualquier tipo de reclamo o compensación por el mismo.²² En virtud de lo anterior la Auditora concluyó que TSG era titular de un derecho de propiedad sobre el aceite de pescado pues de no serlo no habría tenido que renunciar a él.²³

14. El Demandante por su parte indicó que el aceite de pescado no resultaba simplemente de la fabricación de harina de pescado, sino que requería de procesamiento adicional con maquinaria que TSG no poseía.
15. Dado que TSG no había incluido el aceite de pescado en sus registros contables ni emitido facturas por su venta, la Auditora nuevamente determinó una cantidad presunta de producción y ventas del mismo. Con un proceder similar al utilizado para la harina de pescado, la Auditora determinó las cantidades de aceite de pescado resultante y los montos presuntos de su venta que TSG había omitido reportar para efectos del impuesto a la renta y del IGV.²⁴
16. Concretamente, la Auditora concluyó que TSG había omitido declarar ventas por los siguientes montos:

| | |
|------|---------------|
| 2002 | S/. 3.512.153 |
| 2003 | S/. 6.407.308 |

²¹ El Tribunal entiende que aun cuando el aceite de pescado es un subproducto relacionado con la producción de harina de pescado no resulta necesariamente de la misma y requiere de un proceso productivo adicional. *Ver* EPA-Tza, ¶¶ 78-80.

²² DT-GV, ¶ 62.

²³ DT-GV, ¶ 64.

²⁴ DT-GV, ¶¶ 69-78.

17. Durante la resolución del recurso de reclamación de TSG al respecto, la SUNAT concluyó que no existía evidencia que le permitiera determinar su valor adecuado. Para la SUNAT fue evidente que TSG no había intentado vender ni en sus libros se evidenciaba venta alguna de aceite de pescado. La SUNAT decidió eliminar por esta razón los reparos tributarios al impuesto a la renta relacionados con el aceite de pescado por valor de S/. 1.817.255.²⁵ Sin embargo, la SUNAT decidió mantener reparos tributarios por concepto de IGV sustituyendo su base legal de "ventas omitidas" a "cesión de bienes".²⁶ El cambio en el sustento de la base legal llevó al Tribunal Fiscal a abstenerse de pronunciarse al respecto, optando por devolver los reparos a la SUNAT para asegurar que TSG tuviera la oportunidad de ejercer tanto recurso de reclamación, como de apelación. A la fecha no parece haberse producido una decisión definitiva al respecto.

V. Conclusiones respecto de los hallazgos de la auditoría

18. Tras estudiar los hallazgos de la auditoría en detalle, el Tribunal considera en primera instancia que en la misma se evidenció que TSG incurrió en varias infracciones tributarias, principalmente las relacionadas en términos generales con: 1) deducción indebida de pagos de IGV (*i.e.* utilización indebida del crédito fiscal del IGV) y 2) deducción indebida de intereses financieros pagados a personas no domiciliadas.²⁷ Tal como se indica en el ¶ 107, estos hallazgos ascendieron aproximadamente al 20% de las

²⁵ DT-KH, ¶ 64.

²⁶ DT-KH, ¶¶ 66–67.

²⁷ Ver Anexo I.

determinaciones y multas tributarias impuestas por la SUNAT. Con respecto a las infracciones tributarias, considerablemente mayores, relacionadas con las alegadas ventas omitidas de harina y aceite de pescado (y sobre las cuales se ha afirmado que constituyen conducta engañosa o incluso fraudulenta por parte de TSG), el Tribunal no está convencido que la determinación de las mismas estuviera justificada.²⁸

19. En efecto el artículo 35 de la LIR exigía en su oportunidad que los contribuyentes de cierto tamaño llevaran un sistema de contabilidad de costos. Es razonable que en aquellos casos en que los contribuyentes no cumplan con sus obligaciones de llevar sus libros y registros contables de acuerdo con la ley, se faculte a la SUNAT para determinar la obligación tributaria conforme a hechos y circunstancias relacionadas con el hecho generador, es decir, sobre base presunta. Aun cuando una lectura rígida de las normas aplicables pudiera justificarlo esto no indicaría que fuera necesario o prudente, particularmente cuando los libros y registros del contribuyente (pudiendo estar lejos de lo ideal) ofrecían información suficiente para determinar sobre una base más sólida y cierta la deuda tributaria de TSG.
20. Para empezar, el texto del artículo 64 del Código Tributario (determinación sobre base presunta)²⁹ es notablemente amplio. El tenor del numeral 2 del mismo, en particular, parece requerir únicamente que la declaración presentada por el contribuyente o la documentación sustentatoria o complementaria ofrezca dudas respecto a su veracidad o exactitud, o no incluya los requisitos y datos exigidos. La disposición anotada podría parecer una invitación abierta a la SUNAT para ejercer discreción ilimitada sin ningún

²⁸ Ver Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Capítulo 6 (Fuentes Supranacionales de Derecho Administrativo), esp. pp. 27-38, Fundación de Derecho Administrativo (Octava Edición).

²⁹ Ver ¶ 4 *supra*.

tipo de principio para guiarla. El artículo anotado, sin embargo, sugiere que la administración tributaria debe evaluar la conveniencia o necesidad de recurrir a la determinación sobre base presunta ("[L]a Administración Tributaria podrá..."). Sin embargo, de las declaraciones y las pruebas presentadas durante el proceso no quedó claro que así efectivamente ocurriera. El Código Tributario indica también las presunciones que pueden resultar de la determinación de la obligación tributaria sobre base presunta. Tanto la SUNAT durante la auditoría, como el Tribunal Fiscal, validaron el proceder en la auditoría con fundamento en el artículo 72 del Código Tributario.³⁰ El artículo 72 del Código determina que la presunción de ventas o ingresos omitidos procede "cuando no exista relación" entre los insumos utilizados, producción obtenida, inventarios, ventas y prestaciones de servicios. Establecido que no existe la relación, el artículo 72, permite presumirlos.

“Artículo 72°. – Presunción de ventas o ingresos omitidos cuando no exista relación entre los insumos utilizados, producción obtenida, inventarios, ventas y prestaciones de servicios

A fin de determinar las ventas o ingresos omitidos, la Administración Tributaria considerará las adquisiciones de materias primas y auxiliares, envases y embalajes, suministros diversos, entre otros, utilizados en la elaboración de los productos terminados o en la prestación de los servicios que realice el deudor tributario.

Cuando la Administración Tributaria determine diferencias como resultado de la comparación de las unidades producidas o prestaciones registradas por el deudor tributario con las unidades producidas o prestaciones determinadas por la Administración, se presumirá la existencia de ventas o ingresos omitidos del período requerido en que se encuentran tales diferencias.

³⁰

DT-GV ¶ 41-42. RTF No. 02664-3-2008.

Las ventas o ingresos omitidos se determinarán multiplicando el número de unidades o prestaciones que constituyen la diferencia por el valor de venta promedio del período requerido. Para determinar el valor de venta promedio del período requerido se tomará en cuenta el valor de venta unitario del último comprobante de pago que corresponda a dicho mes que haya sido materia de exhibición y/o presentación.... (énfasis agregado).³¹

21. Esta condición resulta a su vez del artículo 65, numeral 7 del Código Tributario sobre "Presunciones" que indica en su conjunto:

"La Administración Tributaria podrá practicar la determinación en base, entre otras, a las siguientes presunciones:...7. Presunción de ventas o ingresos omitidos cuando no exista relación entre los insumos utilizados, producción obtenida, inventarios, ventas y prestaciones de servicios." (Énfasis agregado)

No obstante la SUNAT no parece haber partido de este presupuesto, determinando en primera instancia si existía relación o no entre las compras de materia prima de TSG y la cantidad de harina de pescado producida, vendida o exportada.

22. En esta medida el Tribunal tuvo dificultad en entender por qué la SUNAT se valió de los mismos registros de la compañía de compra de pescado pero se apartó tan fácilmente de otros libros, registros y documentos (incluso de los contratos de producción con coeficientes establecidos) que hubieran evidenciado en primera instancia si existía o no una relación "normal" entre el insumo y el producto terminado. En otras palabras la SUNAT debió en alguna medida verificar primero con base en la información de su recurso (tanto del contribuyente como de terceros) sus dudas respecto de la veracidad y exactitud de los libros y registros de la compañía y determinar si la relación insumo-producto de TSG estaba dentro de rangos comparables y no simplemente concluir de

³¹ CT, artículo 72 (en su versión de acuerdo con el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 941, publicado el 20.12.2003 y vigente a partir del 01.01.2004).

entrada que se habían omitido ventas o ingresos y que cualquier diferencia entre coeficientes promedio y los reportados por TSG resultaban en una deuda tributaria.³²

23. Como se indicó anteriormente de acuerdo con la aproximación misma utilizada por la SUNAT, TSG habría reportado 1000 TM de más en 2003, hecho que por sí solo debió suscitar más dudas sobre la aproximación de la SUNAT en esa oportunidad que sobre los libros y registros de TSG.³³
24. La determinación sobre base presunta de la deuda tributaria de TSG por ventas o ingresos omitidos de aceite de pescado tuvo una aproximación similar pero un resultado diferente. La SUNAT nuevamente justificó la determinación de la deuda por ese concepto sobre base presunta en las dudas respecto de la veracidad o exactitud, o falta de requisitos de los libros y registros de TSG. Para ello recurrió igualmente a la presunción de ventas e ingresos omitidos del artículo 65 del CT sin determinar en primera instancia si existía relación entre el insumo y la "producción obtenida, inventarios, ventas..."
25. La misma SUNAT en etapa de reclamos reconoció en alguna medida que no procedía presumir ventas de aceite de pescado que no habían tenido lugar.³⁴ En efecto los mismos documentos que evidenciaban, en opinión de la SUNAT, que el aceite de pescado tenía valor comercial (*i.e.* los contratos de manufactura de harina de pescado) explicaban el destino que TSG le había dado. Concretamente, en algunos casos los contratos hacían evidente y en otros era fácil advertir que TSG obtenía un mejor precio por la harina de

³² Respecto de las ventas o ingresos omitidos de harina de pescado, la misma labor emprendida por la SUNAT evidenció que la producción total conjunta de los años 2002 y 2003 determinada sobre base presunta fue similar a aquella reportada desde un comienzo en los libros y registros contables de TSG.

³³ 2002 – Inventario reportado de menos; 1.150,25 TM; 2003 – Inventario reportado de más 1.107,96, *Ver* DT-KH 18, p. 126.

³⁴ DT-KH ¶¶ 62-64.

pescado producida al ceder cualquier derecho que le asistiera sobre la producción de aceite de pescado.³⁵ Estas circunstancias son las que llevaron a la misma SUNAT a calificar posteriormente la operación como una "retiro de bienes."³⁶

26. En resumen la SUNAT parece haber procedido a determinar la deuda tributaria de TSG sobre base presunta sin evaluar si era necesario (artículo 64 del CT: "podrá") y sin atender enteramente las condiciones que daban lugar a presumir ventas o ingresos omitidos de acuerdo con los (artículos 65 y 72 del CT: "cuando no exista relación").

³⁵ El aceite de pescado habría requerido de un proceso productivo propio que las plantas procesadoras estaban en mejor posición de llevar a cabo.

³⁶ DT-KH ¶¶ 62-64.