

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

**Freeport-McMoran Inc. en nombre propio
y en nombre de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.**

c.

República del Perú

(Caso CIADI No. ARB/20/08)

**OPINIÓN DISIDENTE DEL
PROFESOR DR. GUIDO SANTIAGO TAWIL**

1. El Tribunal propone, por mayoría, (i) ratificar su jurisdicción respecto de las reclamaciones de la Demandante, excepto las reclamaciones de la Demandante basadas en las sanciones e intereses de las Determinaciones de Impuestos controvertidas; y (ii) rechazar las reclamaciones de la Demandante sobre el fondo en su totalidad¹.
2. Respetuosamente, disiento.
3. A fin de rechazar la jurisdicción del Tribunal con respecto a las sanciones e intereses de las Determinaciones de Impuestos controvertidas, la mayoría concluye que las sanciones y los intereses impuestos a SMCV por no haber pagado los impuestos calculados en las Determinaciones de Impuestos de la SUNAT constituyen “medidas tributarias”, que se encuentran excluidas del alcance del Artículo 10.5 del APC con arreglo al Artículo 22.3.1 del APC.
4. Al hacerlo, la mayoría resuelve que la palabra “tributarias” hace referencia a una noción más amplia que el término “tributo”, y que las medidas que forman parte del régimen de imposición y aplicación de impuestos, como aquellas que incluyen sanciones e intereses, deben considerarse “medidas tributarias” y, por lo tanto, se encuentran excluidas de la jurisdicción del Tribunal de conformidad con el Artículo 22.3.1 del APC².
5. Sin embargo, la exclusión tributaria del APC en virtud del Artículo 22.3.1 no debería prohibir las reclamaciones de la Demandante al amparo del Artículo 10.5 por la falta de eximición por parte de Perú del pago de sanciones e intereses sobre las Determinaciones de Impuestos, ya que las medidas impugnadas no establecieron, aplicaron, o ejecutaron impuestos, y las sanciones e intereses no son impuestos conforme a la legislación peruana.
6. Uno de los principios (y garantías) básicos de la tributación moderna es que los impuestos no son sanciones o multas por actos ilícitos, sino una imposición

¹ Laudo, ¶ 1047.

² Laudo, ¶¶ 540-553.

obligatoria establecido por ley que la persona que se encuentra en la situación específica que describe la ley debe afrontar ³.

7. Las medidas cuestionadas no establecieron impuestos. El Código Tributario peruano solo prevé tres tipos de tributos: impuestos, contribuciones y tasas. Las sanciones e intereses no están incluidos entre ellos⁴.
8. Las medidas cuestionadas no ejecutaron impuestos. No eximieron el pago de sanciones e intereses y, como tales, si bien constituyen actos de la Demandada, no son en sí mismas medidas tributarias⁵.
9. Aun cuando la mayor parte de los Estados consideran que la potestad de imponer tributos en su territorio es un elemento central de su soberanía, su ejercicio se encuentra sujeto a límites muy estrictos⁶. En línea con esa idea, cuando los tratados excluyen del régimen de protección de las inversiones a las cuestiones tributarias, su finalidad es preservar el poder soberano del Estado de imponer tributos en su territorio⁷ y no deberían extenderse a otras decisiones o medidas gubernamentales a riesgo de afectar derechos protegidos y desviarse de la propia finalidad que inspiró las cláusulas de exclusión tributaria.
10. En cuanto al fondo de la controversia, la mayoría resume el análisis a dos preguntas principales:

³ Véase Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3303-2003-AA/TC, Sentencia de fecha 28 de junio de 2004, págs. 1-2 (CA-378) (“Así, el tributo es definido como: la obligación jurídicamente pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley... A partir de esta noción, podemos establecer los elementos esenciales de un tributo, los cuales son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el ius imperium del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito”) (Énfasis agregado). Como consecuencia lógica de dicho razonamiento, si los impuestos no son sanciones o multas, las sanciones o multas no pueden considerarse tributos.

⁴ Hernández II (CER-8), ¶¶ 129-144, donde se cita la Norma II del Código Tributario (CA-14).

⁵ Tal como explicara uno de los peritos especializados en materia tributaria (Hernández II (CER-8), ¶ 137), si bien podrían aplicarse ciertas sanciones como consecuencia de la falta de pago de impuestos, estas son, en sí mismas, obligaciones independientes y separadas.

⁶ Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3303-2003-AA/TC, Sentencia de fecha 28 de junio de 2004, pág. 1 (CA-378) (“...están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74° de la Constitución, que regulan el régimen tributario, como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales. Estos principios de la tributación constituyen límites de observancia obligatoria para quienes ejercen el poder tributario de acuerdo a la Constitución”).

⁷ Véase *Murphy Exploration & Production Company – International c. La República del Ecuador*, Caso CPA No. 2012-16, Laudo Final Parcial de fecha 6 de mayo de 2016 (CA-279), ¶ 165.

(a) ¿La Demandada incumplió el Contrato de Estabilidad de 1998?

(b) ¿La Demandada incumplió el Artículo 10.5 del APC?

Para, tras ello, concluir que Perú no incumplió el Contrato de Estabilidad de 1998 ni el Artículo 10.5 del APC⁸.

11. Para llegar a la conclusión de que la Demandada no incumplió el Contrato de Estabilidad de 1998, la mayoría considera que dicho contrato limitó su alcance a la inversión en las instalaciones de lixiviación⁹ y que la extensión de la Concesión de Beneficio no extendió el alcance del Contrato de Estabilidad de 1998 a la Concentradora¹⁰.
12. Disiento.
13. Al interpretar la Ley de Minería y el Reglamento de Minería, la mayoría considera que ninguna disposición de la Ley de Minería o del Reglamento de Minería establece que los contratos de estabilidad deban aplicarse a “*concesiones*” o “*unidades mineras*” enteras. Al contrario, mis colegas árbitros afirman que dichas normas limitan el alcance de los contratos de estabilidad a un proyecto de inversión específico¹¹, es decir, en el caso de Cerro Verde, solo la inversión original en las instalaciones de lixiviación.
14. Sin embargo, las disposiciones de la Ley de Minería y del Reglamento de Minería que definen el alcance de las garantías de estabilidad hacían referencia a las unidades o concesiones mineras, no a proyectos de inversión específicos. De hecho, la expresión “proyectos de inversión” no existió en la Ley de Minería o en el Reglamento de Minería hasta las enmiendas de julio de 2014 a la Ley de Minería.
15. El Artículo 82 de la Ley de Minería otorgó garantías de estabilidad a “titulares de la actividad minera” para el fomento de inversiones dentro de una “Unidad Económico-Administrativa”, definida como un “conjunto de concesiones mineras

⁸ Laudo, ¶¶ 646-647.

⁹ Laudo, ¶¶ 698-699.

¹⁰ Laudo, ¶ 814.

¹¹ Laudo, ¶¶ 698-699, también denominado “proyecto minero específico establecido en el programa de inversión del estudio de factibilidad” (Laudo, ¶ 699) o “inversión específica en un proyecto de minería específico” (Laudo, ¶ 703).

ubicadas dentro de los límites señalados por el Artículo 44 de la presente Ley, las plantas de beneficio y los demás bienes que constituyan una sola unidad de producción por razón de comunidad de abastecimiento, administración y servicios”¹².

16. Al interpretar el Artículo 82 de la Ley de Minería y el Artículo 22 del Reglamento de Minería, la mayoría otorga especial importancia al término “*exclusivamente*” utilizado en el Artículo 22 del Reglamento de Minería, en el entendido de que dicho término limita el alcance de los contratos de estabilidad a un proyecto de inversión específico y que la referencia a concesiones o Unidades Económico Administrativas (o **UEAs**) en dicha disposición solo indica la ubicación en donde se realizan las inversiones¹³.
17. No encuentro en dichas disposiciones la claridad que afirma la mayoría. Al contrario, de la lectura del Artículo 22 del Reglamento de Minería surge que el término “*exclusivamente*” hace referencia a “*las inversiones... que realice **en las concesiones o Unidades Económico-Administrativas***” (énfasis agregado)¹⁴.
18. Dado que las actividades e inversiones de las empresas mineras se desarrollan a través del sistema de concesiones¹⁵, la redacción del Artículo 22 del Reglamento de Minería resulta compatible con la intención de impedir al inversionista obtener estabilidad para actividades no mineras y excluir a las filiales del inversionista

¹² Ley de Minería (**CA-1**), Artículo 82. El Artículo 44 de la Ley de Minería estableció que “[p]ara el cumplimiento de las obligaciones de trabajo establecidas en el Capítulo precedente, el titular de más de una concesión minera de la misma clase y naturaleza, podrá agruparlas en Unidades Económico Administrativas, siempre que se encuentren ubicadas dentro de una superficie de 5 kilómetros de radio, cuando se trate de minerales metálicos no ferrosos o metálicos auríferos primarios; de 20 kilómetros de radio cuando se trate de hierro, carbón o mineral no metálico...”.

¹³ Laudo, ¶¶ 702-703.

¹⁴ De igual modo, el Artículo 2 del Reglamento de Minería (**CA-432**) hace referencia a concesiones o Unidades Económico-Administrativas y no a “proyectos de inversión específicos”, ya que establece que, cuando “el titular” tiene “*varias concesiones o Unidades Económico-Administrativas*”, la calificación para la estabilidad “*sólo surtirá efecto para aquellas **concesiones o unidades que estén sustentadas por... el contrato [de Estabilidad]***” (énfasis agregado). Al implementar el Artículo 83 de la Ley de Minería (**CA-1**), el Artículo 22 del Reglamento de Minería (**CA-432**) estableció que, con el objeto de reflejar el resultado de sus operaciones, los titulares que tuvieran “*otras **concesiones o Unidades Económico-Administrativas***” distintas a aquellas ya establecidas debían “*llevar cuentas independientes y reflejarlas en resultados separados*” (énfasis agregado).

¹⁵ El Artículo 7 de la Ley de Minería (**CA-1**) establece que “[l]as actividades de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero son ejecutadas por personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones”.

distintas a la empresa minera que realizó la inversión¹⁶, una inquietud existente al momento de redactar la normativa y que, al parecer, tuvo su origen en la privatización del conglomerado estatal Centromín¹⁷.

19. La mayoría también considera que la única manera de hacer efectivo el término “*exclusivamente*” del Artículo 83 es interpretar la disposición en el sentido de que no todas las actividades de una empresa minera están sujetas a las garantías de estabilidad, sino solo aquellas en relación con el proyecto de inversión emprendido establecido en el estudio de factibilidad¹⁸. Con respecto a la modificación del Artículo 83 de la Ley de Minería en el año 2014 y la introducción del Artículo 83-B, la mayoría concluye que la enmienda al Artículo 83 solo aclaró cuál era el marco legal vigente antes de la enmienda¹⁹.
20. No estoy de acuerdo. La introducción en el año 2014 del Artículo 83-B a la Ley de Minería significó un cambio relevante en el marco regulatorio vigente al vincular el beneficio de estabilidad al plan de inversión contenido en el estudio de factibilidad, obligando a los titulares de concesiones o UEAs a llevar a cabo un nuevo procedimiento completo para estabilizar las ampliaciones y, por ende, restringir su aplicabilidad a inversiones futuras²⁰.
21. Las enmiendas a un régimen jurídico vigente no se hacen para aclarar algo que ya es claro. Mucho menos enmiendas de la relevancia de aquella introducida a través del Artículo 83-B de la Ley de Minería vinculando el beneficio de la estabilidad al

¹⁶ En línea con dicho razonamiento, el Artículo 83 de la Ley de Minería (CA-1) dispone que “[e]l efecto del beneficio contractual recaerá exclusivamente en las actividades de la empresa minera en favor de la cual se efectúe la inversión”.

¹⁷ Véase Tr. 906:8-17; 907:11-909:2; 995:1-998:14 (Día 3) (Chappuis). La Sra. Chappuis explicó que el Sr. Polo venía de Centromín, una empresa minera estatal con siete minas subterráneas antiguas, muchísimos problemas laborales y sin contrato de estabilidad tributaria, y que su preocupación al redactar esta disposición de la Ley de Minería junto con el Sr. Polo fue que Centromín no solo tenía minas sino también fábricas.

¹⁸ Laudo, ¶ 699.

¹⁹ Laudo, ¶¶ 707-708.

²⁰ Ley de Minería (CA-1), Artículo 83-B, tercer párrafo (“El efecto del beneficio contractual recaerá exclusivamente en las actividades de la empresa minera a favor de la cual se efectúe la inversión, **sea que aquellas estén expresamente mencionadas en el programa de inversiones contenido en el estudio de factibilidad que forma parte del contrato de estabilidad**; siempre que tales actividades se realicen dentro de la misma concesión donde se desarrolle el Proyecto de inversión materia del contrato suscrito con el Estado; que se encuentren vinculadas al objeto del Proyecto de inversión; que el importe de la inversión adicional sea no menor al equivalente en moneda nacional a US\$ 25’000’000.00; y sean aprobadas previamente por el Ministerio de Energía y Minas, sin perjuicio de una posterior fiscalización del citado Sector” (énfasis agregado).

- plan de inversión contenido en el estudio de factibilidad, precisamente el área principal de discrepancia entre SMCV y las autoridades peruanas en aquel entonces²¹.
22. Conforme al Artículo 86 de la Ley de Minería, los contratos de estabilidad son contratos de adhesión preparados por el Ministerio de Energía y Minas, y deben incorporar todas las garantías establecidas en la Ley de Minería. Los contratos de estabilidad no pueden interpretarse en contra de la Ley de Minería y del Reglamento de Minería, ni pueden negociarse con un alcance distinto a aquel establecido por la Ley de Minería o el Reglamento de Minería²². Todos los contratos de estabilidad se redactaron del mismo modo, con pocos espacios en blanco por completar, a fin de evitar la posibilidad de corrupción²³. El inversionista no tenía la libertad de elegir entre solicitar una unidad administrativa, una determinada concesión completa o una inversión específica. Los contratos de estabilidad se aplicaban a todas las concesiones indicadas en el Anexo I del Modelo de Contrato de Estabilidad²⁴ y no había posibilidad de negociar un alcance distinto²⁵.
23. Los contratos de estabilidad deben interpretarse de conformidad con la Ley de Minería y el Reglamento de Minería²⁶. Por ende, dado que la Ley de Minería y el Reglamento de Minería dispusieron que la estabilidad cubría concesiones y UEAs, no “proyectos de inversión específicos”, debe considerarse que los contratos de estabilidad brindan el mismo alcance de garantías que la Ley de Minería y el Reglamento de Minería, es decir, en relación con las concesiones que forman parte de la unidad minera estabilizada²⁷.

²¹ En la audiencia, el Prof. Otto confirmó que ese no fue el entendimiento general que tenían las autoridades y otros participantes del sector respecto a cómo funcionaban las garantías de estabilidad. En referencia a sus reuniones del año 2002 con las autoridades peruanas, a las cuales estuvo asesorando en aquel entonces, expresó lo siguiente: “Durante mis muchas reuniones para preparar mi análisis integral del sistema fiscal minero peruano para el MEF, una limitación de la estabilidad a solamente el estudio de factibilidad inicial fue algo que nunca se planteó. Eso no era un tema que se había planteado, nadie lo pensaba de esa forma y hubiese sido una posición única en el mundo, dañando la capacidad de Perú para competir por inversiones”. Tr. 2389:4-13 (Día 7) (Otto).

²² Tr. 2650:5-16; 2677:5-11 (Día 8) (Bullard); Presentación de Bullard (CD-8), diapositiva 9.

²³ Tr. 989:7-10; 1009:12-15; 1015:10-18 (Día 3) (Chappuis).

²⁴ Tr. 1011:14-1012-14 (Día 3) (Chappuis).

²⁵ Bullard II (CER-7), ¶¶ 12-16.

²⁶ Tr. 2650:1-16 (Día 8) (Bullard); Presentación de Bullard (CD-8), diapositiva 9.

²⁷ Tr. 2550:15-2551:2 (Día 8) (Vega).

24. Las inversiones de SMCV se realizaron en sus Concesiones Mineras Cerro Verde No. 1, No. 2 y No. 3, y en la Concesión de Beneficio de la Planta Cerro Verde, ubicada en el Distrito de Uchumayo, Departamento de Arequipa, las cuales cubrían 7.455 ha y 463 ha, respectivamente²⁸. Tales Concesiones Mineras (Cerro Verde No. 1, No. 2 y No. 3) y de Beneficio fueron las concesiones cubiertas por los Contratos de Estabilidad, sin perjuicio de las diversas técnicas o procesos (es decir, lixiviación o flotación) utilizados para desarrollar sus reservas minerales²⁹. La introducción de la expresión “*El Proyecto de Lixiviación de Cerro Verde*” utilizada en el Contrato de Estabilidad³⁰, que probablemente contribuyó a desencadenar esta controversia, parece haber seguido el lenguaje utilizado en la Cláusula 1.1. del Modelo de Contrato, que exigía a las partes definir un nombre para la UEA³¹.
25. La posibilidad de construir una concentradora no fue algo nuevo para el proyecto Cerro Verde. Dicha posibilidad ya se había contemplado como parte del proyecto al momento de la privatización y se incluyó en sus documentos³². El interés de Perú en el desarrollo de las reservas de sulfuro primario de Cerro Verde fue tan importante que Minero Perú inició un arbitraje contra Cyprus en el año 2001 por el presunto incumplimiento del Contrato de Compraventa de Acciones de 1994. Finalmente, la controversia se resolvió mediante el compromiso de SMCV de

²⁸ Contrato de Estabilidad (CE-12), Cláusula Tercera y Anexo I.

²⁹ Mientras que las capas superiores de minerales (óxido y sulfuros secundarios) se extraen y se procesan a través de instalaciones de lixiviación, los sulfuros primarios (también conocidos como mineral de cobre) deben procesarse a través de una concentradora. Al final, los mismos minerales, en las mismas concesiones (Cerro Verde No. 1, No. 2 y No. 3), se extraen y se procesan en una misma unidad de producción (UEA) mediante dos técnicas diferentes (lixiviación y flotación). Para obtener una explicación más detallada, véase Aquíño 1 (CWS-1), ¶¶ 12-18.

³⁰ Contrato de Estabilidad (CE-12), Cláusula 1.1. (“... se le garantice los beneficios contenidos en los artículos 72°, 80° y 84° del mismo cuerpo legal, en relación a la inversión de su concesión: Cerro Verde N° 1, N° 2 y N° 3, en adelante ‘El Proyecto de Lixiviación de Cerro Verde’”) (énfasis agregado).

³¹ Modelo de Contrato, (CE-778) Cláusula 1.1. (“...EL TITULAR... PRESENTÓ... [UNA] SOLICITUD... PARA QUE... SE LE GARANTICE LOS BENEFICIOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 72, 80 Y 84 DEL MISMO CUERPO LEGAL, EN RELACIÓN A LA (PUESTA EN EXPLOTACIÓN DE) (INVERSIÓN EN) SUS CONCESIONES CONSTITUIDAS SOBRE LA(S) UNIDAD(ES) ECONÓMICA-ADMINISTRATIVA(S) EN ADELANTE ‘PROYECTO _____’”) (énfasis agregado). Véase también Tr. 2659:7-2660:13 (Día 8) (Bullard); Presentación de Bullard (CD-8), diapositivas 33-36.

³² Contrato de Compraventa de Acciones de SMCV de 1994 (CE-4), Anexo G. Las tres fases iniciales se referían a la operación de lixiviación. La cuarta y última estaba relacionada con la construcción de una concentradora con una capacidad para tratar 28.000 toneladas por día de sulfuros primarios.

invertir USD 50 millones adicionales en el proyecto y explorar otras formas de desarrollar una concentradora³³.

26. Tal como se explicara, las Cláusulas 1.1 y 3 del Contrato de Estabilidad de 1998 identificaron como objeto de las garantías de estabilidad de SMCV la Concesión Minera (Cerro Verde No. 1, No. 2 y No. 3) y la Concesión de Beneficio (Planta de Beneficio Cerro Verde) que conjuntamente conforman una UEA en virtud del Artículo 82 de la Ley de Minería³⁴. Una interpretación diferente supondría que SMCV reclamó menos que el alcance establecido por la Ley de Minería, el Reglamento de Minería y el Modelo de Contrato, con lo cual redujo sus derechos de forma voluntaria. El título utilizado en el Contrato de Estabilidad de 1998 — “*Proyecto de Lixiviación de Cerro Verde*”— fue referencial y no podría haber definido su alcance³⁵. Al parecer, se presentó una situación similar en el caso del Contrato de Estabilidad de 1994 de SMCV³⁶ y aquellos suscritos por otras empresas mineras³⁷.
27. El programa de inversión del Estudio de Factibilidad de 1996 fue un prerequisite fundamental para demostrar el cumplimiento de SMCV del requisito mínimo de inversión de USD 50 millones para los contratos de estabilidad a 15 años conforme a la Ley de Minería³⁸. Ni la Ley de Minería, ni el Reglamento de Minería vigente

³³ Contrato de Transacción Extrajudicial de 2001 entre Cyprus Climax Metals Co. y Empresa Minera del Perú S.A. (**CE-17**), Cláusula 3.1(B) (“*CYPRUS se compromete a continuar realizando en el plazo antes mencionado las labores de investigación y desarrollo tecnológico destinadas a continuar evaluando formas económicamente razonables para la explotación y tratamiento de los sulfuros primarios en Cerro Verde*”).

³⁴ Tr. 2650:17-6; 2677:5-19 (Día 8) (Bullard).

³⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 26 (b) y 28, donde se hace referencia a los testimonios proporcionados por el Sr. Polo, la Sra. Chappuis y la Sra. Torreblanca en la audiencia.

³⁶ Véase Contrato de Estabilidad de 1994 (**CE-344**), Cláusulas 1.1 y 5.1. Si bien el nombre referencial utilizado fue “Proyecto Cerro Verde”, está claro que no coincidía con el alcance del contrato de estabilidad, ya que el proyecto se limitaba a una pequeña mejora de las instalaciones existentes, valuada en USD 2,2 millones.

³⁷ Véase *Relación de Contratos de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión, Informe No. 153-2005-MEM/OGAJ (RE-175)*, 14 de abril de 2005. Al referirse a los proyectos No. 2 de Minera Toromocho S.A. y No. 3 de Minera Yauricocha S.A., el nombre referencial utilizado en ambos casos en la lista del proyecto es “Centromín Perú”; el proyecto No. 10 de Minsur S.A. se denomina “Minsur”; el proyecto No. 14 de Minera Ares S.A. se denomina “Ares”; el proyecto No. 16 de Minera Sipan S.A. se denomina “Sipán”, etc. Ninguno de esos nombres explica o define el alcance del contrato de estabilidad individual celebrado en cada caso. Véase también Presentación de Bullard (**CD-8**), diapositivas 42-43.

³⁸ Tr. 2662:20-2663:1; 2669:10-15 (Día 8) (Bullard).

- en 1998, ni el Contrato de Estabilidad de 1998 establecieron que el estudio de factibilidad definiría el alcance de las garantías otorgadas por ellos³⁹.
28. La mayoría también considera que, dado que la Concentradora no se benefició de las garantías del Contrato de Estabilidad de 1998, ninguna de las Determinaciones de Regalías e Impuestos controvertidas que aplicaron el “*régimen no estabilizado*” a la Concentradora constituyeron violaciones del Contrato de Estabilidad de 1998. Por lo tanto, en opinión de mis colegas, la Demandada no violó las Cláusulas 9.4, 9.5, 9.6, 10.1 y 10.2. del Contrato de Estabilidad⁴⁰.
29. Tal como se explicara *supra*, la mayoría malinterpreta el régimen estabilizado. Conforme al Contrato de Estabilidad de 1998, la UEA Cerro Verde de SMCV (que incluyó las Concesiones Mineras Cerro Verde No. 1, No. 2 y No. 3, y la Concesión de Beneficio) se encontraba estabilizada y, previa aprobación, todas las nuevas inversiones realizadas en dicha UEA durante el período de vigencia del Contrato de Estabilidad debían considerarse estabilizadas.
30. Durante el año 2004, la Sra. Chappuis —en aquel entonces, Directora General de Minería y funcionaria a cargo de controlar el cumplimiento del Convenio de Estabilidad de 1998⁴¹— confirmó a SMCV y a Phelps Dodge que el Contrato de Estabilidad de 1998 resultaría aplicable a la concentradora prevista, en tanto la inversión se realizara en el sitio o unidad minera existente, dado que el Convenio de Estabilidad de 1998 abarcaba todas las inversiones efectuadas en dichas concesiones⁴². La aprobación de la expansión confirmó que la Concentradora estaba comprendida dentro de la Concesión de Beneficio, ya estabilizada en virtud del

³⁹ Los testigos de la Demandada no estuvieron de acuerdo en cómo debería haber funcionado un sistema de ese tipo. Si bien la Sra. Bedoya (Supervisora de la Intendencia Nacional de Impugnaciones de la SUNAT) sostuvo que toda inversión nueva que superara los conceptos y montos enunciados en el programa de inversión debía considerarse no estabilizada (aunque guardara relación con el proyecto de lixiviación objeto del estudio de factibilidad), el Sr. Polo (Viceministro del MINEM y uno de los redactores de la Ley de Minería) no logró llegar a esa determinación concluyente (Tr. 1844:7-15, 1849:13-19, 1854:13-1855:7, (Día 6) (Bedoya); Tr. 1505:8-11, 1537:16-1539:4 (Día 5) (Polo)).

⁴⁰ Laudo, ¶ 816.

⁴¹ Ley de Minería (CA-1). El Artículo 101(e) establece que “[s]on atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes: ... (e) Velar por el cumplimiento de los contratos de estabilidad tributaria...”.

⁴² Chappuis I (CWS-3), ¶¶ 28, 52-53 y Chappuis II (CWS-14), ¶¶ 37, 40. En la audiencia, la Sra. Chappuis ratificó que informó a SMCV que la Concentradora se encontraba cubierta por el Contrato de Estabilidad de 1998, que no era necesario confirmarlo por escrito y—ante una consulta específica del Tribunal—asumió la responsabilidad personal por ello. Véase Tr. 1104:2-1105:12 (Día 4) (Chappuis).

Contrato de Estabilidad de 1998, y, por lo tanto, también confirmaba que se beneficiaba del régimen estabilizado.

31. La mayoría también ha concluido que la Demandada no incumplió las Cláusulas 9.4, 9.5, 9.6, 10.1 y 10.2 del Contrato de Estabilidad cuando algunas de sus Determinaciones de Impuestos que aplicaron el régimen no estabilizado a las actividades estabilizadas (las denominadas actividades de lixiviación) adquirieron carácter definitivo y exigible⁴³. Si bien la mayoría acepta que “[l]as Partes no disputan que tales determinaciones se impusieron sobre las actividades estabilizadas de lixiviación de Cerro Verde”⁴⁴, concluye que, dado que algunas de sus actividades se estabilizaron (las actividades de lixiviación) y otras no (las actividades de la Concentradora), SMCV debía llevar cuentas separadas para cada una de ellas⁴⁵. Dado que SMCV no llevó esas cuentas separadas, concluye que las determinaciones impositivas de la SUNAT sobre el proyecto estabilizado de SMCV no fueron inapropiadas⁴⁶.
32. Tal como se explicara, bajo el régimen estabilizado de SMCV, todas las inversiones realizadas en la UEA o en la Unidad Minera de Cerro Verde durante el período de vigencia del Contrato de Estabilidad debían considerarse estabilizadas. Por lo tanto, no debería haberse emitido ninguna Determinación de Impuestos que aplicara el régimen no estabilizado con respecto a la UEA de Cerro Verde. Además, SMCV no tenía la obligación de llevar cuentas separadas para las actividades de Lixiviación y de la Concentradora, ya que ambas actividades se realizaron en la misma Unidad

⁴³ Tal como se explicara en ¶ 817 del Laudo, la Demandante alega que (i) en las Determinaciones de Impuesto a la Renta de 2010 y 2011, la SUNAT aplicó tasas de depreciación no estabilizadas a ciertos activos sin atribuirlos a la Concentradora y—en las Determinaciones de Impuesto a la Renta de 2012 y 2013—a todos los activos que SMCV comenzó a utilizar a partir del año 2007, incluidos algunos activos de las instalaciones de Lixiviación que había tratado como estabilizados en ejercicios fiscales anteriores; (ii) las Determinaciones de Impuesto a la Renta de 2007-2013, la SUNAT rechazó las deducciones del impuesto a la renta de SMCV respecto de la PTU, los gastos devengados en ejercicios anteriores y los gastos recreativos, como así también las deducciones por pagos que SMCV registró empleando el sistema de clasificación aplicable en virtud del Contrato de Estabilidad; y (iii) la SUNAT determinó los siguientes impuestos contra toda la Unidad Minera Cerro Verde, de los que SMCV estuvo exenta en virtud del Contrato de Estabilidad de 1998: ITAN 2009-2013, IAR 2007-2013 y FCJM 2013. Véase también Réplica de la Demandante, ¶ 124.

⁴⁴ Laudo, ¶ 818.

⁴⁵ Laudo, ¶ 824.

⁴⁶ Laudo, ¶¶ 820-828.

Minera/UEA⁴⁷ y fueron igualmente estabilizadas en virtud del Convenio de Estabilidad de 1998.

33. El repudio de la Demandada de sus obligaciones establecidas en el Contrato de Estabilidad de 1998 también constituye una medida arbitraria que vulnera los derechos de Freeport y SMCV a recibir un trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5 del Tratado. El marco jurídico existente en el año 1998 dejó en claro que las garantías de estabilidad de la Ley de Minería resultarían aplicables a toda la unidad minera o concesión y que, por lo tanto, todas las inversiones realizadas dentro de una concesión o unidad minera estabilizada deberían haberse beneficiado con las garantías de estabilidad.
34. Aún si existiera alguna duda respecto de si el Contrato de Estabilidad de 1998 cubría nuevas inversiones en la UEA de Cerro Verde durante el período de vigencia del Contrato de Estabilidad (duda que, en mi opinión, no existió), las medidas de la Demandada deben considerarse injustas e inequitativas conforme al Artículo 10.5 del APC.
35. La posición de SMCV de que no tenía la obligación de pagar regalías e impuestos era razonable y coherente bajo el régimen legal existente al tiempo de celebrarse el Contrato de Estabilidad de 1998. Esa visión fue ratificada por altos funcionarios como la Sra. Chappuis y, mediante la sanción de las enmiendas a la Ley de Minería y al Reglamento de Minería en los años 2014 y 2019, la propia Demandada adoptó la postura de que, como mínimo, las versiones anteriores de esas normas eran ambiguas y sembraban dudas razonables en cuanto a su correcta interpretación.
36. En tales circunstancias, las decisiones de la Demandada de no eximir a la Demandante del pago de sanciones e intereses cuando tuvo la posibilidad de

⁴⁷ El Artículo 22 del Reglamento de Minería (CA-432) dispone que “[p]ara determinar los resultados de sus operaciones el titular de actividad minera que tuviera otras concesiones o Unidades Económico-Administrativas deberá llevar cuentas independientes y reflejarlas en resultados separados” (énfasis agregado).

hacerlo⁴⁸ y de retener los pagos en exceso de GEM y las Determinaciones de Regalías—cuando ambas Partes están de acuerdo en que solo podrían adeudarse Regalías o el GEM, mas no ambas⁴⁹—constituyen, en mi opinión, medidas arbitrarias adicionales que violaron los derechos de Freeport y SMCV a recibir un trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5 del Tratado.

37. Dados los términos en los que se pronunció la mayoría del Tribunal, no emitiré opinión alguna respecto de la compensación reclamada.

⁴⁸ Véanse los Artículos 92(g) (“*Los administrados tienen derecho, entre otros a: g) Solicitar la no aplicación de intereses, de la actualización en función al Índice de Precios al Consumidor, de corresponder, y de sanciones en los casos de duda razonable o dualidad de criterio de acuerdo a lo previsto en el Artículo 170^o*”) y 170 (“*No procede la aplicación de intereses, la actualización en función al Índice de Precios al Consumidor de corresponder, ni la aplicación de sanciones si: 1. Como producto de la interpretación equivocada de una norma, no se hubiese pagado monto alguno de la deuda tributaria relacionada con dicha interpretación hasta la aclaración de la misma, y siempre que la norma aclaratoria señale expresamente que es de aplicación el presente numeral*”) del Código Tributario peruano (**CA-14**). Al hacer referencia al Artículo 170, el Sr. Bravo confirmó en la audiencia que la no aplicación de multas e intereses también podría haber tenido lugar en otros casos (Tr. 3086:15-3087:17 (Día 9) (Bravo)).

⁴⁹ Laudo, ¶ 1003. A fin de rechazar la reclamación por pagos en exceso de GEM, la mayoría interpreta que el plazo de prescripción de cinco años establecido en el Artículo 1274 del Código Civil debería desestimarse y que, en su lugar, debería aplicarse el plazo de cuatro años previsto en el Código Tributario. Laudo, ¶¶ 1006-1010. Disiento. Los pagos del GEM eran de índole contractual, no tributaria. La interpretación que propugna la mayoría a través de las Cláusulas Tercera y Octava del Convenio GEM (**CE-64**) y del Artículo 5 de la Ley 29790 (**CA-181**) con el objeto de aplicar la norma más restrictiva—la que rige en materia tributaria—al cumplimiento de las obligaciones contractuales, es contraria a la misma naturaleza (contractual) de los pagos de GEM y niega a la Demandante toda posibilidad de ejercer sus derechos. Además, los pagos de GEM solo regían para empresas con contratos de estabilidad exentos del pago de regalías y del Impuesto Especial a la Minería (IEM). SMCV realizó pagos de GEM de manera voluntaria durante el período comprendido entre los años 2012 y 2014, sobre la base de la premisa de que toda su Unidad Minera se encontraba estabilizada. Entre los meses de junio de 2011 y abril de 2016, SMCV no recibió ningún reclamo por regalías. La SUNAT reanudó los reclamos por regalías en contra de SMCV con respecto a las actividades de la Concentradora en abril de 2016 y, recién a fines de 2017, la autoridad fiscal comenzó a determinar regalías e IEM contra SMCV en relación con los períodos correspondientes a pagos de GEM (4.º Trimestre/2011-2013). Por lo tanto, recién cuando la SUNAT comenzó a determinar regalías e IEM en contra de SMCV con respecto a las actividades de la Concentradora, los pagos del GEM se convirtieron en pagos en exceso y la Demandante pudo solicitar su reembolso. Véase Bullard II (**CER-7**), ¶¶ 90-97 (donde se explica la interacción entre los Artículos 1274 y 1993 del Código Tributario peruano).

[Firmado]

Prof. Dr. Guido S. Tawil
Árbitro

Fecha: 6 de mayo de 2024