

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

En el procedimiento de arbitraje entre

BANK OF NOVA SCOTIA
Demandante

y

REPÚBLICA DEL PERÚ
Demandada

(Caso CIADI No. ARB/22/30)

**DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA REGLA 41
PRESENTADA POR LA DEMANDADA**

Miembros del Tribunal

Sra. Lucy Reed, Presidenta del Tribunal
Prof. Dr. Kaj Hobér, Árbitro
Prof. Zachary Douglas K.C., Árbitro

Secretaria del Tribunal

Veronica Lavista

31 de mayo de 2024

REPREENCIÓN DE LAS PARTES

En representación de Bank of Nova Scotia:

Sr. John A. Terry
Sr. T. Ryan Lax
Sr. Christopher Kinnear Hunter
Sra. Emily Sherkey
Sra. Ally Lawrence
Sra. Nancy Chaves
Sra. Amanda Wolczanski
Torys LLP
79 Wellington Street West
30th Floor
Box 270, TD South Tower
Toronto, Ontario M5K 1N2
Canadá

y

Sr. José Antonio Payet Puccio
Sr. Julio César Pérez Vargas
Sra. Mayra Bryce Alberti
Sr. Álvaro Cuba Horna
Sr. Augusto Dannon Alva
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados
Tory Real Tres, Piso 12
Víctor A Belaunde 147
San Isidro 15073
Lima
República del Perú

En representación de la República del Perú:

Sra. Vanessa del Carmen Rivas Plata Saldarriaga
Sr. Mijail Cienfuegos
Sr. Enrique Cabrera
Sr. Jhans Panihuara Aragón
Comisión Especial en Controversias Internacionales de Inversión
Ministerio de Economía y Finanzas
Jirón Junín No. 319
Cercado de Lima
Lima
República del Perú

y

Dr. Yas Banifatemi
Sra. Yael Ribco Borman
Sra. Pilar Álvarez
Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes
22 rue de Londres
75009 Paris
Francia

y

Sra. Ximena Herrera-Bernal
Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes
20 North Audley Street
London W1K 6WE
Reino Unido

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	ANTECEDENTES PROCESALES.....	5
III.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	12
	A. Antecedentes de las deudas de Scotiabank: de 1999 a 2013	12
	B. Procedimientos judiciales: 2013-Presente	14
	(1) El Recurso Tributario	15
	(2) La Demanda de Amparo por Intereses Moratorios	16
IV.	RECLAMACIONES DE SCOTIABANK POR INCUMPLIMIENTO DEL TLC	21
	A. El Reclamo de TJE	21
	B. El reclamo por expropiación ilegal.....	22
	C. El Reclamo de Trato Nacional.....	22
	D. Petitorio (Fondo).....	23
V.	PETITORIO	23
VI.	SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA REGLA 41 PRESENTADA POR PERÚ: INTRODUCCIÓN Y ESTÁNDAR DE LA REGLA 41	24
	A. Introducción	24
	B. El estándar de la Regla 41 aplicable	25
VII.	SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA REGLA 41 PRESENTADA POR PERÚ: LA POSICIÓN DE LAS PARTES.....	30
	A. ¿Carecen manifiestamente de mérito jurídico los reclamos de Scotiabank relativos al TJE y al Trato Nacional por el hecho de que Scotiabank y Scotiabank Perú sean instituciones financieras?.....	30
	(1) La posición de la Demandada	31
	(2) La posición de la Demandante	37
	B. ¿Carecen manifiestamente de mérito jurídico los Reclamos de TJE y por Expropiación de Scotiabank dado que son medidas tributarias excluidas del marco del TLC?	42
	(1) La posición de la Demandada	42
	(2) La posición de la Demandante	53
	C. ¿Carece manifiestamente de mérito jurídico el Reclamo por Expropiación de Scotiabank dado que esta Parte no cuenta con una inversión protegida en virtud del TLC y del Convenio del CIADI?.....	61
	(1) La posición de la Demandada	62
	(2) La posición de la Demandante	68

D. ¿Carecen manifiestamente de mérito jurídico los reclamos de Scotiabank dado que no cumplen con las condiciones previas del consentimiento al arbitraje de Perú?	72
(1) La posición de la Demandada	72
a. Renuncia efectiva.....	73
b. Prescripción	79
(2) La posición de la Demandante	82
a. Renuncia efectiva.....	82
b. Prescripción	84
VIII. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL	86
A. Introducción	86
B. Excepción de validez de la renuncia.....	89
C. Excepción de exclusión de las “instituciones financieras”	91
D. Excepción de inversión protegida.....	93
E. Excepción de “medida tributaria”	96
IX. COSTOS	100
X. DECISIÓN	101

I. INTRODUCCIÓN

1. Este caso versa sobre una controversia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (**CIADI**) con fundamento en la disposición sobre resolución de controversias del CIADI incluida en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (firmado el 29 de mayo de 2008, con fecha de entrada en vigor el 1 de agosto de 2009) (el **TLC**)¹ y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en vigor desde el 14 de octubre de 1966) (el **Convenio del CIADI**).
2. La Demandante es Bank of Nova Scotia (**Scotiabank**), una sociedad constituida de conformidad con las leyes de Canadá, cuya sede principal y domicilio social se encuentran en Toronto, Canadá. La Demandada es la República del Perú (**Perú**). (En la presente, la Demandante y la Demandada se denominarán en forma conjunta las **Partes**). Los representantes y domicilios respectivos de las Partes se indican al comienzo.
3. Scotiabank sostiene que la disputa surge a partir de una decisión del Tribunal Constitucional de Perú de noviembre de 2021 que supuestamente privó a la filial peruana del Scotiabank, Scotiabank Perú S.A.A. (**Scotiabank Perú**), de una compensación por más de USD 100 millones por el presunto cobro ilegal de intereses moratorios en violación de las protecciones de trato justo y equitativo, trato nacional y contra la expropiación establecidas en el TLC.
4. Esta Decisión se refiere a las excepciones preliminares presentadas por Perú de conformidad con la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 (las **Reglas de Arbitraje**), en las que solicita que el Tribunal desestime las reclamaciones de la Demandante por manifiesta falta de mérito jurídico con sustento en cuatro fundamentos jurisdiccionales. En términos generales, Perú alega que algunas de las reclamaciones de Scotiabank quedan fuera de las protecciones previstas en el TLC y en el Convenio del CIADI porque: (a) Scotiabank es una institución financiera; (b) las reclamaciones se

¹ **Anexo documental C-0001**: Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá, 1 de agosto de 2009 (el **TLC**).

refieren a medidas tributarias; (c) Scotiabank no tiene una inversión protegida; y (d) Scotiabank no ha cumplido determinadas condiciones previas establecidas en el TLC.

5. En términos generales también, Scotiabank acusa a Perú de calificar erróneamente sus reclamaciones como relativas a una deuda tributaria impuesta en 1999, mientras que Scotiabank, en cambio, lo que hace es impugnar el trato injusto al que fue sometida por el Tribunal Constitucional de Perú. Scotiabank alega que, en el proceso de aplicación de la Regla 41, el debido proceso exige que se le permita formular sus reclamaciones como lo considere apropiado. Asimismo, Scotiabank afirma que si Perú debe calificar erróneamente la naturaleza de las reclamaciones para sustentar las excepciones en virtud de la Regla 41, es porque las reclamaciones no carecen manifiestamente de mérito jurídico.
6. Por las razones que se exponen a continuación, el Tribunal ha decidido que hace lugar parcialmente a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por Perú, aceptando unos aspectos y rechazando otros aspectos.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

7. Tal como lo exige el artículo 823 del TLC, Scotiabank entregó una Notificación de Intención de arbitraje a Perú el 1 de septiembre de 2021 y una Notificación de Intención Enmendada el 1 de febrero de 2022. Posteriormente, las Partes realizaron consultas, pero no lograron resolver amigablemente las reclamaciones de Scotiabank.
8. El 31 de octubre de 2022, Scotiabank presentó ante el CIADI la Solicitud de Arbitraje contra Perú de conformidad con el Convenio del CIADI y el TLC, junto con los Anexos documentales C-1 a C-46. Según lo previsto en el artículo 823 del TLC, Scotiabank y Scotiabank Perú presentaron los Consentimientos al Arbitraje y Renuncia el 31 de octubre y el 20 de octubre de 2022, respectivamente.
9. El 2 de noviembre de 2022, la Secretaria General del CIADI informó a las Partes de su conexión con el caso y con los representantes de la Demandante, entre los que se encuentra

un miembro de su familia. En la misma fecha, la Demandada tomó nota de la comunicación de la Secretaria General.

10. El 15 de noviembre de 2022, la Secretaria General interina del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje de conformidad con el Artículo 36 del Convenio del CIADI y las Reglas 6 y 7 de las Reglas de Iniciación del CIADI.
11. El 7 de febrero de 2023, tras su nombramiento por la Demandante, el profesor Dr. Kaj Hobér, nacional de Suecia, aceptó su nombramiento y envió su declaración correspondiente.
12. El 17 de febrero de 2023, tras su nombramiento por la Demandada, el profesor Zachary Douglas KC, nacional de Australia (y Suiza a partir de agosto de 2023) aceptó su nombramiento y envió su declaración correspondiente.
13. El 6 de mayo de 2023, de conformidad con el acuerdo de las Partes, la Sra. Lucy Reed, nacional de Estados Unidos de América, aceptó su nombramiento como Presidenta del Tribunal y envió su declaración correspondiente.
14. El 8 de mayo de 2023, una vez que la Sra. Reed aceptó el nombramiento, el CIADI informó a las Partes que el Tribunal estaba constituido de conformidad con la Regla 21(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
15. El 22 de mayo de 2023, tras consultas con las Partes, el Tribunal confirmó que la Primera Sesión se llevaría a cabo el 29 de junio de 2023 por videoconferencia.
16. El 9 de junio de 2023, el Tribunal envió a las Partes los borradores de las Resoluciones Procesales No. 1 y No. 2. El Tribunal invitó a las Partes a realizar consultas y presentar al Tribunal de manera conjunta y a más tardar el 23 de junio de 2023: (a) sus acuerdos sobre las cuestiones procesales, transparencia y confidencialidad; (b) sus respectivas posiciones en relación con las cuestiones controvertidas; y (c) cualquier otro asunto para discutir durante la Primera Sesión.

17. El 22 de junio de 2023, Perú presentó su Solicitud bajo la Regla 41 (la ***Solicitud de Aplicación de la Regla 41***), junto con los anexos documentales R-1 a R-15 y las autoridades legales RL-1 a RL-45.
18. El 26 de junio de 2023, al no haber recibido los comentarios de las Partes respecto de los borradores de las Resoluciones Procesales No. 1 y No. 2 el 23 de junio de 2023 tal como se había estipulado, el Tribunal ordenó a las Partes que presentaran sus acuerdos antes del fin del día.
19. También el 26 de junio de 2023, las Partes informaron al Tribunal del estado de sus consultas e indagaron acerca del procedimiento previsto para la Solicitud de Aplicación de la Regla 41.
20. El 27 de junio de 2023, el Tribunal notificó a las Partes su intención de postergar la Primera Sesión programada para el 29 de junio de 2023 hasta una fecha en la que el Tribunal pudiera oír los alegatos de las Partes relativos a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41. El Tribunal ordenó a las Partes llevar adelante consultas sobre el calendario procesal para las presentaciones escritas pendientes relativas a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 e invitó a las Partes a presentar posibles fechas para la audiencia relativa a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y la Primera Sesión a más tardar el 7 de julio de 2023. El Tribunal también solicitó el acuerdo de las Partes a más tardar el 28 de junio de 2023 para extender el plazo de 60 días previsto en la Regla 29(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI para celebrar la Primera Sesión.
21. El 28 de junio de 2023, las Partes confirmaron su acuerdo para extender el plazo de 60 días para la Primera Sesión.
22. El 7 de julio de 2023, las Partes presentaron al Tribunal el calendario procesal acordado para las presentaciones escritas restantes respecto de la Solicitud de Aplicación de la Regla 41.
23. El 10 de julio de 2023, el Tribunal aprobó el calendario procesal acordado por las Partes relativo a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y solicitó a las Partes que confirmaran,

- a más tardar el 14 de julio de 2023, su disponibilidad para una audiencia remota relativa a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y la Primera Sesión el 16 o el 20 de octubre de 2023.
24. El 21 y 22 de julio de 2023, tras una extensión del plazo aprobada por el Tribunal, las Partes informaron al Tribunal que no coincidían en cuanto a su disponibilidad para la audiencia relativa a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y la Primera Sesión hasta la semana del 26 de febrero de 2024.
 25. El 24 de julio de 2023, el Tribunal programó la audiencia relativa a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y la Primera Sesión el 26 de febrero de 2024 e invitó a las Partes a considerar las modificaciones necesarias al calendario procesal para las actuaciones escritas respecto de la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y presentar los comentarios pertinentes a más tardar el 14 de agosto de 2023. El Tribunal también solicitó a las Partes que se pusieran de acuerdo y presentaran sus comentarios conjuntos sobre los borradores de las Resoluciones Procesales No. 1 y No. 2 con indicación, en su caso, de las diferencias de posiciones a más tardar el 26 de enero de 2024.
 26. El 17 de agosto de 2023, tras una extensión de plazo aprobada por el Tribunal, las Partes presentaron el calendario procesal acordado para las actuaciones escritas restantes sobre la Solicitud de Aplicación de la Regla 41.
 27. El 18 de agosto de 2023, Scotiabank presentó su Respuesta a la Solicitud de la Demandada sobre la Regla 41 (la **Respuesta**), junto con los anexos documentales C-47 a C-68 y las autoridades legales CL-1 a CL-53.
 28. El 6 de septiembre de 2023, el profesor Douglas informó a las Partes que el 29 de agosto de 2023 había adquirido la ciudadanía suiza. Las Partes no presentaron ningún comentario respecto de esta información.
 29. El 8 de septiembre de 2023, Scotiabank proporcionó traducciones al inglés de sus anexos documentales C-47 a C-54 y C-60 a C-68.

30. El 22 de septiembre de 2023, a solicitud de las Partes, el Tribunal modificó el calendario procesal para las restantes presentaciones relativas a la Regla 41.
31. El 25 de septiembre de 2023, Perú presentó la Réplica de la Demandada sobre la Regla 41 (la *Réplica*), junto con los anexos documentales R-1bis, R-3bis, R-16 a R-22, y las autoridades legales RL-46 a RL-90. El 9 de octubre de 2023, Perú presentó las traducciones al inglés de sus anexos documentales R-1bis, R-3bis y R-16, así como las traducciones al inglés de las autoridades legales RL-56, RL-61, RL-70 y RL-72.
32. El 2 de noviembre de 2023, Scotiabank presentó la Dúplica a la Solicitud de la Demandada sobre la Regla 41 (la *Dúplica*), junto con los anexos documentales C-69 a C-74 y las autoridades legales CL-54 a CL-73. El 30 de noviembre de 2023, Scotiabank presentó traducciones al inglés de los anexos documentales C-69 a C-71, C-73 a C-74 y RL-39.
33. El 26 de enero de 2024, las Partes presentaron sus comentarios a los borradores de las Resoluciones Procesales No. 1 y No. 2. Las Partes no presentaron desacuerdos en relación con la Resolución Procesal No. 2, relativa a la confidencialidad y transparencia del procedimiento.
34. El 1 de febrero de 2024, en respuesta a una consulta del Tribunal, Perú solicitó que el Tribunal emitiera su decisión sobre la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 simultáneamente en inglés y en español, y Scotiabank Bank expresó su conformidad al respecto.
35. El 7 de febrero de 2024, el Tribunal envió a las Partes un calendario procesal indicativo para la audiencia relativa a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y la Primera Sesión, y solicitó comentarios conjuntos de las Partes a más tardar el 13 de febrero de 2024.
36. El 13 de febrero de 2024, las Partes presentaron sus comentarios sobre la agenda propuesta para la audiencia, y posteriormente el Tribunal emitió la agenda definitiva para la audiencia relativa a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 (la *Audiencia relativa a la Regla 41*) y la Primera Sesión.

37. El 26 de febrero de 2024, el Tribunal celebró la Audiencia relativa a la Regla 41 y la Primera Sesión de manera remota vía Zoom desde las 9:00 hasta aproximadamente las 14:00 (EST). La Audiencia relativa a la Regla 41 y la Primera Sesión contaron con interpretación simultánea en inglés y español.
38. La mayor parte del tiempo se dedicó a la Audiencia relativa a la Regla 41, en la que el Tribunal oyó los alegatos de las Partes y planteó preguntas para el debate. En la breve Primera Sesión posterior, el Tribunal expresó su posición sobre las limitadas cuestiones pendientes en el borrador de la Resolución Procesal No. 1.
39. Las personas que se indican a continuación estuvieron presentes en la Audiencia relativa a la Regla 41/Primera Sesión

Presentes:

Miembros del Tribunal:

Sra. Lucy Reed, Presidenta del Tribunal
Prof. Dr. Kaj Hobér, Árbitro
Prof. Zachary Douglas K.C., Árbitro

Secretaria del CIADI:

Sea. Veronica Lavista, Secretaria del Tribunal

En representación de la Demandante:

Sr. John Terry
Sra. Emily Sherkey
Sra. Amanda Wolczanski
Sra. Mayra Bryce Alberti
Sra. Frances Fitzgerald
Sr. Alvaro Ayala Margain
Sra. Gia Ghassemi
Sr. Francisco Rivadeneira
Sra. Sacha Larrea Echeandia

En representación de la Demandada:

Dr. Yas Banifatemi
Sra. Ximena Herrera-Bernal
Sra. Yael Ribco
Sra. María del Pilar Álvarez Díaz
Sr. Federico Achard Brito del Pino
Sra. Vanessa Rivas Plata Saldarriaga

Sra. Claudia Gladys Muñoz Vildoso
Sr. Jhans Armando Panihuara Aragón

En representación del Gobierno de Canadá, en carácter de parte no contendiente:

Sra. Alexandra Dosman
Sra. Elena Lapina
Sr. Tim Cleland

40. El 28 de febrero de 2024, el Tribunal emitió las Resoluciones Procesales No. 1 y No. 2.
41. El 18 de marzo de 2024, el CIADI reenvió las Transcripciones Definitivas de la Audiencia (en inglés y en español), con las correcciones acordadas por las Partes, a las Partes y al Tribunal.
42. El 23 de abril de 2024, el CIADI notificó a las Partes en nombre del Tribunal lo siguiente:
- El Tribunal considera que requiere una extensión del plazo del 26 de abril de 2024 al 31 de mayo de 2024 para emitir su decisión sobre la Solicitud de la Demandada sobre la Regla 41 del CIADI dado el alcance de los escritos presentados, y en particular la Réplica y la Dúplica. Además, dada la solicitud de las Partes de emitir versiones en inglés y en español del pronunciamiento, el Tribunal debe otorgar tiempo para la traducción.*
- El Tribunal aprovecha esta oportunidad para indicar a las Partes que presenten sus escritos sobre costos a más tardar el **3 de mayo de 2024**. El Tribunal no requiere argumentación sobre la asignación de costos, sino únicamente Declaraciones sobre Costos respaldadas por resúmenes de los honorarios legales y otro tipo de gastos devengados por las Partes, incluidas las horas registradas por los abogados y los desembolsos por rubro.*
43. Mediante correos electrónicos de 24 y 25 de abril de 2024, las Partes aceptaron la extensión del plazo para que el Tribunal emitiera su Decisión sobre la Solicitud de Aplicación de la Regla 41.
44. El 10 de mayo de 2024, tras una extensión de plazo aprobada por el Tribunal, las Partes presentaron sus Declaraciones sobre Costos: la Demandante, para el procedimiento conforme a la Regla 41, y la Demandada, para la totalidad del procedimiento. El 13 de mayo de 2024, tras una solicitud de aclaración, el Tribunal ordenó a las Partes que presentaran Declaraciones sobre Costos por separado para (a) el procedimiento relativo a la Regla 41 y (ii) el procedimiento en su totalidad, a más tardar el 20 de mayo de 2024. El

20 de mayo de 2024, las Partes presentaron sus Declaraciones sobre Costos en relación con el procedimiento sobre la Regla 41 y para la totalidad del procedimiento.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

45. El Tribunal resume a continuación los antecedentes de hecho de la controversia entre las Partes en lo pertinente a la Aplicación de la Regla 41.

A. ANTECEDENTES DE LAS DEUDAS DE SCOTIABANK: DE 1999 A 2013

46. Scotiabank opera en Perú a través de Scotiabank Perú, que presta servicios bancarios generales y está autorizada por la legislación peruana para comprar, mantener y vender oro. Scotiabank adquirió su participación en la empresa antecesora de Scotiabank Perú, Banco Wiese Sudameris (*Banco Wiese*) en 2006.

47. Entre 1997 y 1998, Banco Wiese realizó operaciones de compraventa de oro con diversos proveedores en Perú. Además del precio, Banco Wiese pagó a cada vendedor el impuesto peruano al valor agregado, conocido como el Impuesto General a las Ventas (el *IGV*), que dio derecho a Banco Wiese a un crédito fiscal deducible del IGV que sería pagadero por Banco Wiese.

48. Tras una investigación, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (la *SUNAT*) determinó que Banco Wiese había facilitado el uso ilícito de créditos fiscales por parte de algunos de los vendedores de oro. El 23 de diciembre de 1999, la SUNAT redujo los créditos fiscales respecto del IGV reclamados por Banco Wiese y le impuso una deuda tributaria de [REDACTED] (la *Decisión de la SUNAT de 1999*). El total de [REDACTED] incluía el monto de [REDACTED] por el exceso de crédito fiscal respecto del IGV (la *Obligación por IGV*, aproximadamente [REDACTED] más el monto de los intereses moratorios devengados (en ese momento) sobre la Deuda Tributaria de [REDACTED]

██████████ (la *Deuda por Intereses Moratorios de 1999*, aproximadamente ██████████

██████████).²

49. El 19 de enero de 2000, Banco Wiese interpuso un recurso administrativo en el que solicitaba la revocación de la Decisión de la SUNAT de 1999. El 18 de julio de 2000, la SUNAT rechazó la reclamación mediante una Resolución de Intendencia.
50. El 9 de agosto de 2000, Banco Wiese apeló la Resolución de Intendencia de la SUNAT ante el Tribunal Fiscal peruano, descrito por Perú como “la autoridad encargada de resolver, en última instancia, todo recurso administrativo en materia tributaria.”³
51. Según Scotiabank, si bien la legislación peruana exige que los recursos administrativos, como el interpuesto por Banco Wiese, sean resueltos por el Tribunal Fiscal en un plazo máximo de 12 meses, dicho Tribunal no se pronunció sobre el recurso hasta el 30 de diciembre de 2003. El Tribunal Fiscal anuló parcialmente la Resolución de Intendencia de la SUNAT y ordenó a la SUNAT emitir un nuevo pronunciamiento.
52. El 9 de marzo de 2006, el Grupo Scotiabank adquirió una participación del 78 % en Banco Wiese, que se fusionó con el Banco Sudamericano, creando así Scotiabank Perú.⁴ Scotiabank informa que en la actualidad posee una participación del 99,31 % en Scotiabank Perú.⁵
53. La SUNAT emitió su nueva decisión el 30 de diciembre de 2011 (la *Decisión de la SUNAT de 2011*). Según Scotiabank, esto superó ampliamente el plazo de seis meses establecido por la legislación peruana para la emisión de tales decisiones, plazo que habría vencido en 2004. La SUNAT confirmó la Decisión de la SUNAT de 1999 y determinó que Banco Wiese —ahora Scotiabank Perú— era responsable tanto de la Obligación por IGV como

² Solicitud de Arbitraje, párr. 21.

³ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 34 [Traducción del Tribunal].

⁴ Anexo documental R-0011, sitio web oficial de Scotiabank Perú.

⁵ Anexo documental C-0024.

de la Deuda por Intereses Moratorios de 1999, junto con los intereses moratorios devengados adicionales.

54. El 6 de enero de 2012, Scotiabank Perú apeló esta decisión ante el Tribunal Fiscal y solicitó que se suspendiera el devengamiento de intereses moratorios durante el período de 12 años de la demora (de 1999 a 2011) atribuible a la SUNAT y al Tribunal Fiscal. El Tribunal Fiscal rechazó esta apelación el 11 de noviembre de 2013 (24 de septiembre de 2013, según Perú) (la *Resolución del Tribunal Fiscal de 2013*).
55. Según Scotiabank, el 25 de noviembre de 2013, la SUNAT ordenó a Scotiabank Perú pagar la Obligación por IGV y los montos actualizados de intereses moratorios, estos últimos equivalentes a un monto total de [REDACTED] (el *Pago del IGV de 2013* y los *Pagos de Intereses Moratorios de 2013*, en conjunto los *Pagos de 2013*).⁶ La Demandante subraya que el monto del Pago de Intereses Moratorios de 2013 es 23 veces mayor que el monto de los intereses moratorios impuestos inicialmente en 1999.⁷ La Demandante también sostiene que, en virtud de la legislación peruana, el devengamiento de intereses moratorios debería haberse suspendido a partir del vencimiento de los plazos máximos previstos para las decisiones de la SUNAT y del Tribunal Fiscal, y que el cómputo de los intereses moratorios no debería haber incluido capitalización.
56. Entre diciembre de 2013 y febrero de 2014, Scotiabank realizó los Pagos de 2013 bajo protesta, lo que detuvo el devengamiento de intereses moratorios. Scotiabank sostiene que realizó este pago para evitar medidas de ejecución contra los activos de Scotiabank Perú.

B. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES: 2013-PRESENTE

⁶ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 91: Perú sostiene que la Orden de Pago de la SUNAT del 25 de noviembre de 2013 correspondía al monto total actualizado de [REDACTED] compuesto por los siguientes rubros:

(a) la Obligación por IGV por [REDACTED] (b) intereses capitalizados por [REDACTED] y (c) intereses moratorios por [REDACTED] Anexo documental R-0005, Orden de Pago de la SUNAT No. 011-006-0044596, 25 de noviembre de 2013.

⁷ Solicitud de Arbitraje, párr. 28; Respuesta, párr. 2.

57. Tras la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013, Scotiabank Perú inició dos procedimientos judiciales:
- (a) El 15 de noviembre de 2013, Scotiabank Perú interpuso una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional peruano, en la que afirmaba que el devengamiento de intereses moratorios durante el periodo de 14 años de demora atribuible a la SUNAT y al Tribunal Fiscal era inconstitucional (la *Demanda de Amparo por Intereses Moratorios*). Scotiabank solicitó al Tribunal Constitucional que ordenara a la SUNAT abstenerse de cobrar los intereses moratorios liquidados contra Scotiabank Perú y que revisara el importe de los intereses moratorios derivados de la Decisión de la SUNAT de 2011. Scotiabank hace hincapié en que, en la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios, Scotiabank Perú no impugnó la decisión original de la SUNAT de imponer intereses moratorios.
 - (b) El 21 de noviembre de 2013, Scotiabank Perú interpuso una demanda contencioso-administrativa en la que solicitaba la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013, que había confirmado la Decisión de la SUNAT de 2011 relativa a la Deuda por Intereses Moratorios de 1999, impugnando la deuda impuesta por el IGV subyacente (el *Recurso Tributario*). Scotiabank Perú afirmó que nunca debió legalmente el IGV.

(1) El Recurso Tributario

58. El 17 de diciembre de 2014, un juzgado administrativo de primera instancia desestimó la pretensión de Scotiabank Perú de anular la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013.
59. El 14 de abril de 2016, una sala especializada en lo contencioso administrativo con subespecialidad tributaria y aduanera desestimó nuevamente la apelación de Scotiabank Perú. Scotiabank interpuso entonces un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Perú.
60. El 4 de julio de 2017, la Corte Suprema confirmó la imposición del IGV contra Scotiabank Perú.

61. El 5 de julio de 2018, Scotiabank Perú interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que apelaba el pronunciamiento de la Corte Suprema. El Tribunal desestimó el recurso de amparo el 28 de diciembre de 2020. El 12 de enero de 2021, Scotiabank Perú apeló dicha decisión ante la Primera Sala Constitucional de Lima, que desestimó el recurso.
62. El 15 de agosto de 2022, Scotiabank Perú inició un segundo proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en el que solicitó la anulación de la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema por considerar que vulneraba sus derechos constitucionales al debido proceso. El 1 de junio de 2023 se celebró una audiencia. A la fecha de la Audiencia relativa a la Regla 41, el pronunciamiento respecto de este amparo aún se encontraba pendiente.

(2) La Demanda de Amparo por Intereses Moratorios

63. Tal como sostiene Scotiabank en la Solicitud de Arbitraje, Scotiabank Perú alegó en la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios que sus derechos constitucionales habían sido vulnerados, incluidos los siguientes⁸:
- (i) *el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (como parte del derecho constitucional al debido proceso), a raíz de la demora del Tribunal Fiscal y de la SUNAT en resolver la controversia;*
 - (ii) *el derecho al trato equitativo, a raíz de la inobservancia por parte de la SUNAT y del Tribunal Fiscal del Artículo 33 del Decreto Legislativo No. 981 que exige la suspensión del cómputo de los intereses moratorios una vez vencido el plazo máximo para que la SUNAT se pronuncie;*
 - (iii) *el derecho a la propiedad privada y la prohibición de tributos confiscatorios, a raíz del cómputo ilegal de los intereses moratorios entre 1999 y 2013 y de la capitalización ilegal de dichos intereses moratorios, contrario a lo dispuesto en el Artículo 33 del Decreto Legislativo No. 969; y*
 - (iv) *el derecho de acceso a la jurisdicción (como parte del derecho a la tutela judicial efectiva) y el derecho constitucional de defensa, que prohibían a la SUNAT cobrar los intereses moratorios calculados hasta la fecha en que se expida un fallo definitivo con calidad de cosa juzgada.*

⁸ Solicitud de Arbitraje, párr. 33 [Traducción del Tribunal].

64. El 7 de diciembre de 2015, un juez de primera instancia con competencia en materia constitucional falló parcialmente a favor de Scotiabank Perú en el proceso de amparo, y prohibió a la SUNAT el cobro de intereses moratorios entre diciembre de 1999 y marzo de 2007 por considerar que la SUNAT había causado dicha demora. Todas las partes apelaron. El 26 de septiembre de 2016, la tercera sala civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda de amparo de Scotiabank.
65. El 14 de octubre de 2016, Scotiabank Perú interpuso un recurso extraordinario de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional por entender que el devengamiento de intereses moratorios entre 1999 y 2013 vulneraba sus derechos constitucionales. Cinco de los siete magistrados del Tribunal Constitucional oyeron el recurso extraordinario en audiencia el 29 de marzo de 2017.
66. Según Scotiabank, en junio de 2017, se circuló para la firma un borrador de la decisión sobre el recurso de agravio a favor de Scotiabank Perú, el cual se filtró a los medios de comunicación. Esta filtración provocó una atención desfavorable por parte de los medios, incluyendo afirmaciones de que el Tribunal Constitucional no debería ordenar a Perú pagar una gran suma de dinero a una institución financiera de propiedad extranjera como Scotiabank Perú. Además, en opinión de Scotiabank, el borrador de decisión filtrado sometió al Tribunal Constitucional a la presión política de congresistas en ejercicio y exparlamentarios. En una declaración a la nación transmitida por televisión en junio de 2018, el entonces presidente Martín Vizcarra sostuvo lo siguiente: “hemos identificado grandes empresas [...] que adeudan al Estado montos que representan más del 1% del PBI, ingresos muy necesarios para el desarrollo de obras y políticas públicas que beneficien a todos los peruanos” y “se conformará una comisión *ad hoc* integrada por representantes del Ministerio de Economía y la SUNAT, entre otros, para desarrollar mecanismos de pago, con el objetivo de efectivizar el cobro de las deudas tributarias acumuladas.”⁹

⁹ Solicitud de Arbitraje, párr. 39 (sin Anexo documental) [Traducción del Tribunal].

67. El Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el recurso de agravio hasta noviembre de 2021, es decir, más allá del plazo de 30 días establecido en el Código Procesal Constitucional.
68. Entre 2017 y 2021, los abogados de Scotiabank Perú se reunieron en múltiples ocasiones con jueces del Tribunal Constitucional, lo que Scotiabank describe como una práctica común en Perú. Según consta, un juez declaró que un funcionario del Ministerio de Economía había sugerido a otro juez que si el Tribunal Constitucional fallaba a favor de Scotiabank Perú, se retendrían los fondos para las nuevas instalaciones judiciales previstas. Uno de los jueces habría instado a Scotiabank Perú a ser paciente y esperar una decisión coherente con los precedentes del Tribunal, favorables a la posición de Scotiabank Perú. Scotiabank Perú entendió además que, en marzo de 2021, el juez Carlos Ramos Núñez, juez responsable de redactar la decisión, envió un borrador al Presidente del Tribunal y solicitó deliberaciones, sin efecto.
69. El 10 de agosto de 2021, el Ministro de Economía y Finanzas declaró públicamente lo siguiente: “... es hora de que empresas como Telefónica y Scotiabank [...] paguen sus deudas” y agregó que el poder judicial debería trabajar mano a mano con el poder ejecutivo para lograrlo.¹⁰
70. Según Scotiabank, el Tribunal Constitucional resolvió al menos otros cinco casos entre 2016 y 2021 que abordaban la misma cuestión del devengamiento de intereses moratorios planteada en el caso de Scotiabank Perú, tres de los cuales involucraban a partes peruanas. En cada uno de los cinco casos, el Tribunal determinó que no corresponde aplicar intereses moratorios contra una parte como resultado de la demora causada por la SUNAT y el Tribunal Fiscal.¹¹
71. En septiembre de 2021, concluyó el mandato de seis de los siete magistrados que integraban el Tribunal Constitucional al momento de la audiencia de Scotiabank Perú. El

¹⁰ Solicitud de Arbitraje, párr. 43 (sin Anexo documental) [Traducción del Tribunal].

¹¹ Los casos se encuentran resumidos en la Solicitud de Arbitraje, párr. 44.

séptimo magistrado, el juez Ramos Núñez, quien estuvo a cargo de la redacción del fallo, falleció en septiembre de 2021.

72. El 1 de septiembre de 2021, Scotiabank entregó una Notificación de Intención a Perú en la que le informaba de su intención de someter la reclamación a arbitraje de conformidad con el TLC.¹²
73. El 3 de noviembre de 2021, el Tribunal Constitucional emitió la Resolución Administrativa 205-2021-p/tc, que unilateralmente redujo de cuatro a tres el número de magistrados que deben votar a favor de una sentencia. En opinión de Scotiabank, esta Resolución no es válida, ya que el número de jueces requerido está establecido en el Código Procesal Constitucional y, por lo tanto, sólo puede modificarse mediante enmienda legislativa.
74. El 9 de noviembre de 2021, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 919/2021, en la que rechazó el recurso de agravio y declaró improcedente la demanda de amparo (la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021*).¹³ Scotiabank sostiene que el Tribunal anunció en su página web que había desestimado el recurso de agravio de Scotiabank Perú por tres votos a favor, uno en contra y la abstención de dos jueces. Según describe Scotiabank, la mayoría compuesta por tres jueces sostuvo que: (a) no había necesidad de tutela urgente por el Tribunal que justifique un amparo constitucional, porque Scotiabank Perú había pagado los intereses moratorios devengados en 2013; (b) no hubo violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ya que Scotiabank Perú no impugnó la demora a través de un recurso de queja (recurso administrativo ante el Ministerio de Economía y Finanzas) mientras la demora estaba en curso; (c) el reclamo por intereses moratorios podría haber sido atendido a través de un procedimiento de revisión judicial en el Recurso Tributario más que como amparo constitucional, pero, al no haberlo hecho, Scotiabank Perú estaba ahora impedido de presentar dicho recurso de revisión judicial tras

¹² Anexo documental C-0021, Notificación de Intención, 1 de septiembre de 2021.

¹³ Anexo documental R-0008.

la desestimación del amparo. En relación con esta última conclusión, el Tribunal escribió que Scotiabank:¹⁴

ha recurrido, de forma prematura, a la justicia constitucional. Si, en el desarrollo del proceso contencioso administrativo, se hubiese declarado la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal 14935-5-2013, y del procedimiento en su totalidad, esta decisión también hubiera incidido en la determinación de los intereses [adeudados]. Por ello, no puede pretenderse emplear la justicia constitucional sobre asuntos —como los intereses de los tributos— que bien pudieron ser controvertidos en la justicia ordinaria.

75. El magistrado disidente consideró que la decisión no era válida por falta de quórum, porque habían deliberado y votado menos de cinco magistrados.
76. El 4 de diciembre de 2021, la mayoría compuesta por tres jueces emitió una decisión aclaratoria, en la que afirmaba que su decisión se basaba en precedentes (sin mencionar ningún caso en particular), y que el Tribunal Constitucional tenía facultad para ignorar su requisito de quórum para “administrar justicia”.¹⁵ Scotiabank destaca que todos los precedentes relevantes desde 2016 hasta 2021 son favorables a la posición de Scotiabank Perú sobre el devengamiento de intereses moratorios.
77. El 1 de febrero de 2022, Scotiabank envió a Perú la Notificación de Intención Enmendada para someter la reclamación a arbitraje.
78. Perú disiente de la “interpretación selectiva” que hace Scotiabank respecto de la forma en que el poder judicial peruano manejó la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios y sostiene que Scotiabank actuó “de forma abusiva” al plantear estos hechos, pero adopta la posición de que “ninguno de estos alegatos fácticos es relevante para las cuestiones que se encuentran actualmente sometidas a consideración del Tribunal...”¹⁶

¹⁴ Anexo documental R-0008, párr. 21.

¹⁵ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 175 [Traducción del Tribunal].

¹⁶ Réplica, párrs. 59 - 60 [Traducción del Tribunal].

IV. RECLAMACIONES DE SCOTIABANK POR INCUMPLIMIENTO DEL TLC

79. En su Solicitud de Arbitraje, Scotiabank sostiene que Perú violó sus obligaciones en virtud del TLC: (a) de otorgar a las inversiones cubiertas el estándar mínimo de trato a extranjeros, incluido el trato justo y equitativo (el *Reclamo de TJE*); (b) de no expropiar ilegalmente una inversión cubierta (el *Reclamo por Expropiación*); y (c) de otorgar a los inversionistas de Canadá un trato no menos favorable que el que otorga a sus propios inversionistas (el *Reclamo de Trato Nacional*).
80. En su Respuesta a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por Perú, Scotiabank subraya que el “fondo de este caso es el trato injusto sufrido ante el Tribunal Constitucional”, como se resume en la Solicitud de Arbitraje:¹⁷

El efecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional es que transcurridos 23 años desde el surgimiento de esta disputa, y ocho años después de que el monto devengado de intereses moratorios fuera pagado bajo protesta, se ha negado a Scotiabank Perú la oportunidad de obtener una decisión judicial respecto de su objeción al devengamiento de intereses moratorios. Scotiabank Perú ya no tendrá esa oportunidad debido a la negativa del Tribunal Constitucional a emitir una decisión oportuna basada en sus propios precedentes, motivada por razones políticas. La (i) modificación por parte del Tribunal Constitucional de la ley que rige el número de votos de los jueces necesarios para emitir una decisión vinculante, (ii) el incumplimiento de los requisitos propios de quórum, y (iii) la incapacidad para mantener sus propios precedentes en relación con el proceso para decidir cuestiones de intereses moratorios, impidiendo que la cuestión de fondo de la apelación de Scotiabank Perú sea decidida, refleja el fracaso sistémico del sistema jurídico peruano para proporcionar una vía de reparación. Esto es procesalmente injusto y constituye un trato que transgrede cualquier sentido razonable de corrección judicial.

A. EL RECLAMO DE TJE

81. El artículo 805 del TLC exige que Perú otorgue a las inversiones “un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros [...], incluido el trato justo y equitativo...”.
82. Scotiabank alega que Perú no brindó un trato justo y equitativo a las inversiones de Scotiabank, que incluyen sus acciones en Scotiabank Perú y el monto de los intereses

¹⁷ Respuesta, párr. 48 (énfasis de Scotiabank) [Traducción del Tribunal].

pagados bajo protesta. Entre las conductas y medidas indebidas se incluyen las siguientes actuaciones del Tribunal Constitucional:¹⁸

- (i) *no mantener su independencia y objetividad, y no emitir una decisión oportuna basada en la ley y en sus propios precedentes, y en su lugar dejarse influenciar indebidamente por presiones políticas y mediáticas;*
- (ii) *pretender reducir el número de votos favorables requerido para emitir una decisión válida y no cumplir con los requisitos de quórum del Tribunal; e*
- (iii) *impedir que el fondo de la objeción presentada por Scotiabank Perú sea resuelto por los tribunales peruanos.*

83. Scotiabank sostiene que la conducta de Perú:¹⁹

equivale a la denegación de justicia, y sus acciones son arbitrarias, no transparentes, discriminatorias, incumplen el debido proceso y violan las expectativas legítimas de Scotiabank, incluida la expectativa legítima de que recibiría una audiencia justa, y de que el Tribunal Constitucional aplicaría de manera consistente y objetiva el derecho peruano y emitiría una sentencia objetiva e independiente.

B. EL RECLAMO POR EXPROPIACIÓN ILEGAL

84. El artículo 812 del TLC establece lo siguiente: “[n]inguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante “expropiación”), salvo por propósito público, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva”.

85. Scotiabank alega que Perú incumplió esta obligación con respecto a su inversión en Perú formulada en el pago, bajo protesta, de intereses moratorios. Las medidas de Perú han privado a Scotiabank de la posibilidad de recuperar el importe de los intereses moratorios y, por lo tanto, constituyen una expropiación ilegal.

C. EL RECLAMO DE TRATO NACIONAL

¹⁸ Solicitud de Arbitraje, párr. 63 [Traducción del Tribunal].

¹⁹ Solicitud de Arbitraje, párr. 64 [Traducción del Tribunal].

86. El artículo 803 del TLC exige que cada parte otorgue a los inversionistas de la otra parte “un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio”.
87. Scotiabank sostiene que Perú violó esta obligación al dar a Scotiabank un trato menos favorable que el otorgado a los propios inversionistas peruanos en circunstancias similares. Al respecto, Scotiabank menciona otras sentencias del Tribunal Constitucional en acciones interpuestas por empresas peruanas en las que el Tribunal, con fundamento en el derecho peruano, admitió las demandas de amparo interpuestas por las demandantes en recursos constitucionales contra el cobro de intereses moratorios.

D. PETITORIO (FONDO)

88. Scotiabank solicita una indemnización por las pérdidas y los daños que sufrió como consecuencia de los presuntos incumplimientos del TLC por parte de Perú, concretamente la devolución del importe de los intereses moratorios que Scotiabank pagó bajo protesta y los intereses previos al Laudo sobre dicho monto a la tasa aplicable conforme a la legislación peruana.²⁰

V. PETITORIO

89. Perú solicita al Tribunal que emita el Laudo en los siguientes términos:²¹
- a) **DECLARANDO** que las pretensiones de la Demandante carecen manifiestamente de mérito;
 - b) **ORDENANDO** a la Demandante que pague a la República del Perú todos los costos incurridos en relación con este arbitraje, incluidos, sin limitación, los honorarios y gastos de los árbitros y del CIADI, así como los gastos legales y de otro tipo devengados por Demandada, entre ellos los honorarios de sus asesores legales y consultores sobre la base de una indemnización total, más los intereses correspondientes a una tasa razonable; y

²⁰ Solicitud de Arbitraje, párr. 71.

²¹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 188; Réplica, párr. 321 [Traducción del Tribunal].

c) **OTORGANDO** toda reparación adicional contra la Demandante que el Tribunal considere apropiada.

90. Scotiabank solicita al Tribunal que “desestime la excepción conforme a la Regla 41 interpuesta por Perú y ordene a Perú el pago a favor de Scotiabank de todos los costos incurridos en relación con esta excepción conforme a la Regla 41.”²²

VI. SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA REGLA 41 PRESENTADA POR PERÚ: INTRODUCCIÓN Y ESTÁNDAR DE LA REGLA 41

A. INTRODUCCIÓN

91. En la introducción de su Solicitud de Aplicación de la Regla 41, Perú explica su posición en los siguientes términos:²³

Es indiscutible que el núcleo de todos y cada uno de los recursos legales iniciados por Scotiabank es la Deuda Tributaria de 1999, la que conforme al derecho peruano comprende tanto el monto impuesto como Obligación por IGV como los intereses moratorios devengados sobre aquel por mora en el pago. Sin embargo, a fin de burlar los límites y eludir los requisitos establecidos en el TLC entre Perú y Canadá y presentar su reclamación ante este Tribunal, la Demandante presenta artificialmente el caso como si comprendiera tres conjuntos diferentes y separados de reclamaciones y medidas: (i) una reclamación relativa a la Obligación por IGV, contra la cual la Demandante tiene acciones legales en curso en Perú, y que la Demandante alega no es parte de este arbitraje; (ii) la reclamación y las acciones relativas a la devolución de los Pagos Tributarios; y (iii) la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de noviembre de 2021 sobre la constitucionalidad de la Orden de Pago de la SUNAT de la Deuda Tributaria de 1999 con sus intereses. Esta última sentencia es, según la Demandante, el objeto del presente arbitraje. Sin embargo, tal como la Demandada establece en este escrito, a pesar de los enormes esfuerzos de la Demandante por compartimentar estos hechos y pretensiones, todos ellos se refieren a la misma deuda tributaria, y el objetivo de la Demandante es el mismo: obtener el reembolso de los Pagos Tributarios, incluidos los intereses moratorios.

92. Perú alega cuatro razones distintas por las que considera que las pretensiones de la Demandante carecen manifiestamente de mérito jurídico. Sucintamente, dichas razones son las siguientes: (a) Scotiabank, como institución financiera, no puede iniciar un arbitraje

²² Dúplica, párr. 199.

²³ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 6 [Traducción del Tribunal].

en virtud del Capítulo 8 del TLC en relación con las supuestas violaciones de los Artículos 803 y 805; (b) las pretensiones quedan fuera del ámbito de competencia del Tribunal porque se refieren a medidas tributarias contempladas en el Artículo 2203 del TLC; (c) los intereses moratorios pagados bajo protesta no constituyen una inversión protegida ni en virtud del TLC ni en virtud del Convenio del CIADI; y (d) no se han cumplido las condiciones previas establecidas en el TLC para un consentimiento efectivo al arbitraje por parte de Perú.

93. Tras abordar el estándar aplicable a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41, el Tribunal abordará cada uno de los cuatro argumentos presentados por Perú para la desestimación de las reclamaciones de Scotiabank por falta manifiesta de mérito jurídico en virtud de la Regla 41.
94. El Tribunal enfatiza que ha revisado y considerado las posiciones de las Partes en detalle antes de incluir en esta Decisión todos los puntos que considera más pertinentes para el análisis necesario y la decisión. El hecho de que esta Decisión no haga referencia expresa a determinados hechos, pruebas o argumentos no significa en modo alguno que el Tribunal no los haya considerado.

B. EL ESTÁNDAR DE LA REGLA 41 APLICABLE

95. La Regla 41 de las Reglas de Arbitraje establece, en sus partes pertinentes, lo siguiente:

(1) Una parte podrá oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La excepción podrá referirse al fondo de la reclamación, a la jurisdicción del Centro, o a la competencia del Tribunal.

(2) Se aplicará el siguiente procedimiento:

(a) una parte presentará un escrito a más tardar 45 días después de la constitución del Tribunal;

(b) el escrito especificará las causales en que se funda la excepción y contendrá una relación de los hechos pertinentes, el derecho y los argumentos;

[...]

(e) el Tribunal dictará la decisión o el laudo sobre la excepción dentro de los 60 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la excepción.

(3) Si el Tribunal decide que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto. De lo contrario, el Tribunal emitirá una decisión sobre la excepción y fijará cualquier plazo necesario para la continuación del procedimiento.

(4) Una decisión según la cual la reclamación no carece manifiestamente de mérito jurídico será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción preliminar en virtud de la Regla 43 o a argumentar posteriormente en el procedimiento que una reclamación carece de mérito jurídico.

96. Es indiscutible que el objetivo de la Regla 41, al igual que el de su antecesora, la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006, es permitir la desestimación temprana —y eficiente— de reclamaciones manifiestamente infundadas. (Para mayor simplicidad, el Tribunal utilizará “Regla 41” para referirse a decisiones y debates previos en virtud de la Regla 41(5).)
97. Las Partes coinciden en los principios generales que rigen las excepciones preliminares previstas la Regla 41 y, en esencia, el estándar para determinar si una reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico. En consecuencia, el Tribunal no necesita realizar un análisis exhaustivo de las decisiones y laudos pertinentes de los tribunales del CIADI relativos a la Regla 41, y no lo hace.
98. El estándar contiene dos elementos principales; por lo tanto, en el presente caso, Perú debe demostrar que las reclamaciones de Scotiabank presentan una: (a) manifiesta falta (b) de mérito jurídico.
99. En cuanto al significado del término “manifiesta”, quizás la decisión emitida por el tribunal en el caso *Trans-Global c. Jordania*²⁴ sea la más citada. En dicha decisión del año 2008, el tribunal observó que el significado corriente de “manifiesta” exige que la demandada

²⁴ **Anexo documental RL-0012:** *Trans-Global Petroleum, Inc. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/07/25, Decisión sobre la Objeción de la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 12 de mayo de 2008 (*Trans-Global*).

“establezca su objeción de forma clara y evidente, con relativa facilidad y prontitud.”²⁵ En palabras del tribunal:²⁶

Dada la naturaleza de las controversias sobre inversiones en general, el Tribunal reconoce, no obstante, que este ejercicio puede no ser siempre sencillo, requiriendo (como en este caso) sucesivas rondas de presentaciones escritas y orales por las partes, junto con preguntas dirigidas por el tribunal a dichas partes. Por lo tanto, el ejercicio puede ser complicado, pero nunca debería ser difícil.

100. En términos más coloquiales, el tribunal en el caso *Mainstream c. Alemania* sostuvo que la demandada “debe poder demostrar al Tribunal que la reclamación está condenada al fracaso desde el principio.”²⁷
101. En cuanto al segundo elemento de la Regla 41, está claro que un tribunal que decide sobre una solicitud de aplicación de la Regla 41 no debe decidir sobre el fondo jurídico de la controversia subyacente. El tribunal del caso *Trans-Global* observó que el término “jurídico” se utiliza “claramente en contraposición a ‘fáctico’”, lo que refleja que, en una fase tan temprana del procedimiento, el tribunal no está en condiciones de decidir sobre hechos controvertidos.²⁸ En palabras del tribunal en el caso *Lotus c. Turkmenistán*, para desestimar una reclamación en virtud de la Regla 41, el tribunal debe estar convencido de que “con independencia de las pruebas que se aporten, existe un defecto fundamental en la forma en que se formula la reclamación que debe conducir inevitablemente a su desestimación.”²⁹
102. Tal como observa el tribunal en el caso *Brandes c. Venezuela*, “básicamente la premisa fáctica debe considerarse según la alega la Demandante” y “[s]ólo si, atendiendo al mejor enfoque para la Demandante, su caso carece manifiestamente de mérito jurídico, éste debe

²⁵ *Trans-Global*, párr. 88 [Traducción del Tribunal].

²⁶ *Trans-Global*, párr. 88 [Traducción del Tribunal].

²⁷ **Anexo documental RL-0074**: *Mainstream Renewable Power, Ltd. y otros c. República Federal de Alemania*, Caso CIADI No. ARB/21/26, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada de Aplicación de la Regla 41(5), 18 de enero de 2022 (*Mainstream*), párrs. 81, 96 [Traducción del Tribunal].

²⁸ *Trans-Global*, párr. 97 [Traducción del Tribunal].

²⁹ **Anexo documental RL-0035**: *Lotus Holding Anonim Sirketi c. República de Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/17/30, Laudo, 6 de abril de 2020 (*Lotus Holding*), párr. 158 [Traducción del Tribunal].

desestimarse sumariamente.”³⁰ No obstante, retomando la decisión en *Trans-Global*, “el tribunal no tiene que aceptar sin más una alegación de hecho que considere (manifiestamente) increíble, frívola, vejatoria o imprecisa o formulada de mala fe; tampoco está obligado a aceptar un alegato jurídico disfrazado de alegato fáctico.”³¹

103. Las Partes difieren en ciertos aspectos al describir y aplicar el estándar para la desestimación de conformidad con la Regla 41.
104. Scotiabank, por su parte, destaca el “estándar extremadamente elevado” que Perú debe alcanzar para prevalecer en su Solicitud de Aplicación de la Regla 41. Scotiabank se basa en la decisión del caso *PNG Sustainable c. Papúa Nueva Guinea*, en el que el tribunal aceptó la solicitud de Papúa Nueva Guinea en virtud de la Regla 41(5). El tribunal declaró que el estándar de la Regla 41 “es muy exigente y riguroso” y que “toda vez que la demandante tenga un caso fundado en argumentos defendibles, no se estará ante un caso que carece clara e inequívocamente de mérito”, y señaló que la Regla 41 “no pretende resolver cuestiones jurídicas novedosas, difíciles o controvertidas, sino sólo aplicar normas de derecho indiscutidas o genuinamente indiscutibles a hechos no controvertidos.”³² Scotiabank sostiene que el Tribunal, en esta etapa preliminar, debe aceptar “*prima facie* los hechos plausibles tal como son presentados por la Demandante.”³³ Como declaró el abogado en la audiencia, el estándar es alto “por los derechos de debido proceso de las demandantes. Es un recurso extremo. Es extraordinario desestimar una reclamación antes de que se haya podido escuchar a la demandante.”³⁴ Scotiabank también argumenta que la mera complejidad de la Solicitud de Perú de Aplicación de la Regla 41, que se basa en gran

³⁰ **Anexo documental CL-0004:** *Brandes Investment Partners c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/3, Decisión sobre la Objeción de la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 2 de febrero de 2009 (*Brandes*), párr. 61.

³¹ *Trans-Global*, párr. 105 [Traducción del Tribunal].

³² **Anexo documental CL-0040:** *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea*, Caso CIADI No. ARB/13/33, Decisión sobre la Objeción de la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 28 de octubre de 2014 (*PNG*), párrs. 88, 89 [Traducción del Tribunal].

³³ Respuesta, párr. 50(e) [Traducción del Tribunal].

³⁴ Audiencia del 26 de febrero de 2024, Transcripción 124: 13-16.

parte en la caracterización errónea que hace Perú de las reclamaciones, demuestra que en este caso no corresponde la desestimación en virtud de la Regla 41.

105. En respuesta, Perú acusa a Scotiabank de “complejizar” el exigente estándar de la Regla 41 “para hacerlo cada vez más estricto hasta el punto de hacer su aplicación no exigente, sino imposible.”³⁵ Entre otras cuestiones, Perú insiste en que “no debería permitirse que Scotiabank se apoye en la complejidad de las objeciones de la Demandada, y mucho menos de sus propias alegaciones, para argumentar que la solicitud de la Demandada de aplicación de la Regla 41 debería fracasar”, aunque sólo sea porque “respaldar esta proposición equivaldría a dejar el destino de la Regla 41 en manos de las demandantes, que podrían frustrar el propósito del procedimiento haciendo alegaciones enrevesadas.”³⁶ Perú afirma que este no es un caso similar a *PNG Sustainable*, en el que el tribunal tomó nota de “las complejidades y dificultades de la matriz fáctica y jurídica” y no aplicó un estándar de la Regla 41 diferente al establecido en *Trans-Global*.³⁷ La base fáctica subyacente a las objeciones de Croacia en virtud de la Regla 41(5) en el caso *MOL c. Croacia*, que Perú describe como un caso atípico, también era altamente compleja.³⁸ Perú se centra, en cambio, en el reciente caso *AHG Industry c. Iraq*, en el que el tribunal observó que, independientemente de la extensión o complejidad de los argumentos, el tribunal debe examinar si “en principio la Demandante no tiene un caso discutible que pueda defender, y si la falta de mérito jurídico en cada una de las reclamaciones de jurisdicción de la Demandante es clara y obvia.”³⁹ Perú también acusa a Scotiabank de “intentar restringir indebidamente el alcance de los debates jurídicos en virtud de la Regla 41 al tergiversar

³⁵ Réplica, párr. 25 [Traducción del Tribunal].

³⁶ Réplica, párr. 33 [Traducción del Tribunal].

³⁷ Réplica, paras. 28-30 [Traducción del Tribunal].

³⁸ Réplica, párr. 35, donde se cita el **Anexo documental CL-0037: *MOL Hungarian Oil y Gas Company Plc. c. República de Croacia***, Caso CIADI No. ARB/13/32, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 2 de diciembre de 2014 (***MOL c. Croacia***) [Traducción del Tribunal].

³⁹ **Anexo documental RL-0040: *AHG Industry GmbH & Co. KG c. República de Iraq***, Caso CIADI No. ARB/20/21, Laudo sobre la Solicitud de la Demandada en virtud de la Regla 41(5) del CIADI, 30 de septiembre de 2022 (***AHG***), párr. 58. La Presidenta del presente caso formó parte del tribunal en el caso *AHG*, presidido por la abogada principal de Perú, la Sra. Banifatemi [Traducción del Tribunal].

como hechos cuestiones de derecho y etiquetar como hechos controvertidos sus afirmaciones jurídicas.”⁴⁰

106. Como se refleja en el análisis que el Tribunal hace más adelante de las respectivas posiciones de las Partes sobre los fundamentos de la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por Perú, el Tribunal no considera que las diferencias de las Partes respecto del rigor relativo del estándar aplicable bajo la Regla 41 afecten sus decisiones sobre la Solicitud. El Tribunal reconoce que, como lo resumió Scotiabank, el estándar de la Regla 41 de “falta manifiesta de mérito jurídico” es “ciertamente exigente, como debe ser, dado el resultado extremo de desestimar sumariamente un caso.”⁴¹ El Tribunal se apoya en la detallada observación del tribunal en el caso *Lotus c. Turkmenistán*:⁴²

*La consecuencia de una desestimación sumaria en virtud de la Regla [41] es que la petición formulada en la solicitud de arbitraje no sigue adelante. El tribunal decide, en efecto, que no tiene sentido proseguir con la reclamación porque **no puede prosperar**: no importa qué pruebas se presenten, hay un defecto fundamental en la forma en que se formula la reclamación que inevitablemente debe conducir a su desestimación. La inevitabilidad de la desestimación debe ser manifiesta. Debe resultar obvio de las alegaciones de las partes que existe algún hecho inevitable e indiscutible, o alguna objeción legal en relación con la cual no se identifica ningún contraargumento posible. Si la demandante, en sus presentaciones conforme a la Regla [41], puede señalar un caso discutible, la reclamación debe proseguir: pero si el tribunal está convencido de que no se ha identificado tal caso discutible, con arreglo a la buena administración de justicia la reclamación debería detenerse y desestimarse en ese punto.*

VII. SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA REGLA 41 PRESENTADA POR PERÚ: LA POSICIÓN DE LAS PARTES

A. ¿CARECEN MANIFIESTAMENTE DE MÉRITO JURÍDICO LOS RECLAMOS DE SCOTIABANK RELATIVOS AL TJE Y AL TRATO NACIONAL POR EL HECHO DE QUE SCOTIABANK Y SCOTIABANK PERÚ SEAN INSTITUCIONES FINANCIERAS?

⁴⁰ Réplica, párr. 1 [Traducción del Tribunal].

⁴¹ Dúplica, párr. 8 [Traducción del Tribunal].

⁴² *Lotus Holding*, párr. 158 (énfasis en el original) [Traducción del Tribunal].

(1) La posición de la Demandada

107. Perú sostiene que los Reclamos de TJE y de Trato Nacional de Scotiabank carecen manifiestamente de mérito jurídico porque, en pocas palabras, Scotiabank no puede impulsarlos en su carácter de institución financiera canadiense con una supuesta inversión en Scotiabank Perú como lo haría una institución financiera peruana.
108. El fundamento de Perú es que el artículo 802(3) del TLC impide a Scotiabank presentar sus Reclamos de Trato Nacional y de TJE en virtud de los Artículos 803 y 805, respectivamente, del Capítulo Ocho (Inversiones) del TLC. El Artículo 802(3) excluye de manera expresa del ámbito de aplicación del Capítulo Ocho a los reclamos por “medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en la medida de que estén cubiertas por el Capítulo Once (Servicios Financieros)”. El Artículo 1101 del Capítulo sobre Servicios Financieros del TLC, Alcance y Cobertura, establece en las partes pertinentes lo siguiente:
- 1. Este Capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con:*
 - (a) instituciones financieras de la otra Parte;*
 - (b) inversionistas de la otra Parte, y las inversiones de estos inversionistas, en las instituciones financieras en el territorio de la Parte; y*
 - (c) el comercio transfronterizo de servicios financieros.*
 - 2. Los Capítulos Ocho (Inversión) y Nueve (Comercio Transfronterizo de Servicios) se aplicarán a las medidas descritas en el párrafo 1 únicamente en la medida en que dichos Capítulos o Artículos de dichos Capítulos son incorporados en este Capítulo.*
109. Según Perú, el Artículo 1101 conlleva un análisis de dos aspectos que debe realizar el Tribunal: “(i) debe evaluar si Scotiabank y Scotiabank Perú son instituciones financieras y (ii) en ese caso, debe determinar si las reclamaciones de la Demandante se basan en protecciones sustantivas del Capítulo Ocho que están expresamente incorporadas en el Capítulo Once.”⁴³

⁴³ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 64 [Traducción del Tribunal].

110. En opinión de Perú, el primer aspecto se puede observar fácilmente, y Scotiabank no objeta esta cuestión.⁴⁴ El Artículo 1118 del TLC define el término “institución financiera” como “cualquier intermediario financiero u otra empresa que está autorizada para hacer negocios y que es regulada o supervisada como una institución financiera de conformidad con la ley de la Parte en cuyo territorio está localizada”, incluidos “todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (con excepción de los seguros).” Scotiabank figura en la lista de Instituciones Financieras Reguladas a Nivel Federal de la Oficina del Superintendente de Instituciones Financieras del Gobierno de Canadá.⁴⁵ Scotiabank Perú figura en la lista de la Superintendencia de Bancos y Seguros de Perú como Entidad Bancaria supervisada.⁴⁶
111. En cuanto al segundo aspecto del análisis del Artículo 1101 del TLC, Perú identifica las disposiciones pertinentes del TLC que están expresamente incorporadas en el Artículo 1101. El Artículo 1101(2) establece:
- (a) *Los Artículos 813 (Inversión - Transferencias), 812 (Inversión - Expropiación y Compensación), 816 (Inversión - Formalidades Especiales y Requisitos de Información), 815 (Inversión - Denegación de Beneficios), 809 (Inversión - Medidas sobre Salud, Seguridad y Medioambientales) y 912 (Comercio Transfronterizo de Servicios - Denegación de Beneficios) se incorporan a este Capítulo y son parte integrante del mismo.*
 - (b) *La Sección B del Capítulo Ocho se incorpora a este Capítulo y es parte integrante del mismo únicamente en caso de alegarse que una Parte ha incumplido los Artículos 813 (Inversión - Transferencias), 812 (Inversión - Expropiación y Compensación) u 815 (Inversión - Denegación de Beneficios) en los términos en que se incorporan a este Capítulo o alegaciones de conformidad con el subpárrafo 1(c) del Artículo 819 (Inversión - Reclamación por un Inversionista de una Parte en su Propio Nombre) o el subpárrafo 1(c) del artículo 820 (Inversión - Reclamación por un Inversionista de una Parte en Nombre de una Empresa), de que una Parte hubiere incumplido un convenio de estabilidad jurídica.*

⁴⁴ Réplica, párr. 66.

⁴⁵ Anexo documental R-0010.

⁴⁶ Anexo documental R-0012.

112. Con fundamento en las disposiciones del Artículo 1101(2)(a) y (b), Perú alega que es “evidente por sí mismo, y determinante para las reclamaciones de Scotiabank”, que los Artículos 803 y 805, en los que Scotiabank basa sus reclamaciones por las supuestas violaciones por parte de Perú de las protecciones de Trato Nacional y TJE establecidas en el TLC, respectivamente, no se encuentran entre los artículos del Capítulo Ocho incorporados al Capítulo Once a través de los Artículos 1101(1) y (2).⁴⁷ En comparación, el Artículo 813 sobre expropiación y compensación está expresamente incorporado.
113. En consecuencia, Perú sostiene que los Reclamos de TJE y Trato Nacional presentados por Scotiabank a raíz de la medida que constituye el objeto de la reclamación de Scotiabank, es decir, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 sobre la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios presentada por Scotiabank Perú, carecen manifiestamente de mérito jurídico.
114. Perú rechaza la defensa de Scotiabank que sostiene que el foco del Artículo 1101 radica en la naturaleza de la medida y no en la naturaleza del inversionista como institución financiera, y específicamente que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 es una medida que podría haber afectado a cualquier inversionista en cualquier industria y no solo a instituciones financieras. Perú sostiene que la interpretación de Scotiabank del Artículo 1101 es contraria a los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Estos Artículos establecen en su parte pertinente lo siguiente:

Artículo 31

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

[...]

Artículo 32

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar

⁴⁷ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 76.

el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: (a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o (b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

115. Respecto del Artículo 31 de la CVDT y del significado corriente de la terminología utilizada en el Artículo 1101(1) en contexto, Perú identifica tres términos operativos: un elemento objetivo, que exige la existencia de una “medida”; un elemento subjetivo, que consiste en una “inversión [...] en una institución financiera”; y un elemento de conexión mediante la frase “relacionada con.”
116. En cuanto al significado objetivo del término “medida”, el Artículo 105 del TLC define el término “medida” en sentido amplio como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.” Perú señala que la propia Scotiabank admite, en el marco de su argumentación sobre lo que constituye una medida tributaria, “que el término ‘medida’ es amplio y puede abarcar un abanico de actos desde una decisión administrativa hasta la sentencia de un tribunal e incluir medidas adoptadas por los poderes legislativo, ejecutivo o judicial.”⁴⁸ Como Scotiabank reconoce que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 es una “medida” a los fines de presentar su reclamo en virtud del Capítulo Ocho, Perú sostiene que Scotiabank no puede objetar al sentido amplio del término “medida” en el marco del Capítulo Once mediante un enfoque restrictivo en la naturaleza de la medida pertinente. En particular, Perú no acepta la diferenciación que hace Scotiabank entre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 y la decisión gubernamental relevante en *Fireman’s Fund c. México* “diseñada para rescatar a los bancos durante la crisis” o “una medida en la industria financiera diseñada para hacer lugar a decisiones a nivel nacional.”⁴⁹ Perú alega que Scotiabank ignoró el siguiente hallazgo clave del tribunal en el caso *Fireman’s Fund*:⁵⁰

Las disposiciones que sobre expropiación, contiene el TLCAN en su Capítulo Once, incluyendo las disposiciones relativas a procedimientos arbitrales inversionista-Estado, fueron hechas aplicables a demandas fundamentadas en el Capítulo Catorce; sin embargo, demandas fundamentadas en otras disposiciones previstas

⁴⁸ Réplica, párr. 86, donde se cita la Respuesta, párr. 89 [Traducción del Tribunal].

⁴⁹ Réplica, párr. 89; **Anexo documental RL-0049**: *Fireman’s Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo, 17 de julio de 2006 (*Fireman’s Fund*).

⁵⁰ *Fireman’s Fund*, párr. 3 (énfasis de Perú).

para proteger a inversionistas transnacionales, incluyendo disposiciones relativas a Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida, fueron excluidas de la competencia del tribunal, en casos que involucraran inversiones en instituciones financieras. El Capítulo Catorce no contiene disposición similar al Artículo 1105, referente al Nivel Mínimo de Trato.

117. En opinión de Perú, tal como sucede en el caso *Fireman's Fund*, el alcance de la exclusión en virtud del Artículo 1101 de los reclamos de TJE y Trato Nacional que se basan en medidas relacionadas con instituciones financieras de las protecciones establecidas en el Capítulo Ocho “es notoria y deliberadamente amplia.”⁵¹ Esto confirma, según Perú, que el objetivo de los Estados Contratantes fue “garantizar la existencia de dos regímenes separados: un régimen para las inversiones en general y un régimen distinto e independiente para las inversiones en el sector financiero” y, por lo tanto, “la aplicación del Capítulo Once no debería ser fácilmente ignorada o eludida.”⁵²
118. Respecto de los restantes elementos para la interpretación del sentido corriente del Artículo 1101 en contexto, Perú reitera que Scotiabank y Scotiabank Perú satisfacen fácilmente el elemento subjetivo de ser instituciones financieras cubiertas. En cuanto al elemento de conexión entre Scotiabank/Scotiabank Perú y la medida pertinente, Perú rechaza el argumento de Scotiabank de que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 queda fuera del Artículo 1101 porque no se aplicó al sector financiero en general o a la regulación general de las instituciones financieras. Perú señala que el Artículo 1101, tal como está redactado, se refiere a inversiones en instituciones financieras, que necesariamente se realizan en entidades específicas más que en el sector financiero en general. Incluso si se aplica la prueba propuesta por Scotiabank, sobre la base de la decisión en *Methanex* en virtud del TLCAN, según la cual debe existir una “conexión legalmente significativa” entre la medida pertinente y la institución financiera, Perú sostiene que la prueba se cumple en este caso porque la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 “es una medida particular emitida específicamente en relación con Scotiabank Perú, a raíz de un proceso judicial iniciado por Scotiabank Perú, con respecto a una deuda tributaria impuesta a

⁵¹ Réplica, párr. 92. [Traducción del Tribunal]

⁵² Réplica, párr. 93. [Traducción del Tribunal]

Scotiabank Perú”, sin que haya “duda alguna de la ‘conexión legalmente significativa’ entre Scotiabank Perú y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.”⁵³

119. Asimismo, de conformidad con el régimen del Artículo 31 de la CVDT, Perú sostiene que el objeto y propósito del Capítulo Once del TLC confirman su interpretación del Artículo 1101 teniendo en cuenta el sentido corriente en contexto. Entre otros aspectos, Perú considera que el Artículo 1101(1) en sí mismo “funciona como puerta de acceso al Capítulo Once” y que “los Estados Contratantes optaron por un acceso claro y amplio al Capítulo Once, en virtud del cual todas las medidas relacionadas con el sector de los servicios financieros entrarían en su ámbito de aplicación, independientemente de que sean de carácter regulatorio o se adopten teniendo en cuenta las particularidades del sector financiero.”⁵⁴ En opinión de Perú, la decisión del tribunal y la Presentación de Canadá en calidad de Parte No Contendiente en *Fireman’s Fund* demuestran “la clara intención de las Partes de incluir, en el Capítulo Once, un régimen específico para medidas y entidades del sector financiero que operaría de manera independiente del Capítulo sobre Inversiones del TLC.”⁵⁵ Perú destaca que, contrario a la posición de Scotiabank, el tribunal en *Fireman’s Fund* no consideró que el Capítulo Catorce del TLCAN excluyera medidas específicas o medidas regulatorias en el sector financiero, sino que “los Estados Contratantes optaron por excluir el sector financiero en su totalidad.”⁵⁶ Según Perú, el hecho de que el tribunal de *Fireman’s Fund* haya reconocido que el Capítulo Once limitaba la capacidad de los inversionistas de recurrir a arbitraje para impugnar medidas financieras regulatorias “no significa, a contrario, que las medidas no regulatorias puedan impugnarse libremente con arreglo al régimen general del Capítulo Ocho, como si el inversionista no perteneciera al sector de los servicios financieros.”⁵⁷
120. Perú rechaza la posición contraria de Scotiabank sobre el objeto y propósito del Capítulo Once. Entre otros aspectos, en respuesta a la supuesta redacción más amplia del acuerdo

⁵³ Réplica, párrs. 99-101. [Traducción del Tribunal]

⁵⁴ Réplica, párr. 120. [Traducción del Tribunal]

⁵⁵ Réplica, párr. 113. [Traducción del Tribunal]

⁵⁶ Réplica, párr. 119 [Traducción del Tribunal].

⁵⁷ Réplica, párr. 119 [Traducción del Tribunal].

predecesor del TLC, el Acuerdo de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera Canadá-Perú de 2006, en que se basa Scotiabank,⁵⁸ Perú rechaza la idea de que con el agregado de los términos “medidas” y “relacionadas con” se haya limitado la aplicación del Capítulo Once y, en todo caso, Perú señala que según el Artículo 31 de la CVDT, la práctica anterior de los tratados no se considera parte del contexto relevante para efectos interpretativos.

121. Por último, Perú rechaza el argumento de Scotiabank según el cual el Tribunal debe esperar una excepción preliminar de Perú de conformidad con la Regla 43 de las Reglas de Arbitraje así como presentaciones sobre los trabajos preparatorios para el Capítulo Once antes de pronunciarse sobre los Reclamos de TJE y de Trato Nacional. En opinión de Perú, el Artículo 1101 “puede ser interpretado de manera clara y concluyente por los medios establecidos en el Artículo 31 de la CVDT” y, en consecuencia, no hay necesidad de que el Tribunal recurra a medios de interpretación complementarios en virtud del Artículo 32 de la CVDT.⁵⁹ En cuanto a la referencia de Scotiabank al caso *MOL c. Croacia* para respaldar la proposición de que el análisis de los antecedentes y la negociación del TLC no es adecuado para una determinación conforme a la Regla 41, Perú señala que las cuestiones de interpretación en ese caso eran “efectivamente novedosas, intrincadas y había una verdadera falta de documentación sobre el [Tratado sobre la Carta de la Energía]”, pero no obstante la decisión del tribunal no implicó un estándar elevado conforme a la Regla 41.⁶⁰

(2) La posición de la Demandante

122. Scotiabank cuestiona la posición de Perú que interpreta que el capítulo sobre servicios financieros del TLC, es decir, el Capítulo Once, se aplica toda vez que un demandante sea una institución financiera o toda vez que la medida impugnada se relacione con una inversión en una institución financiera. En cambio, argumenta Scotiabank, el texto es claro cuando establece que el capítulo se aplica solamente a “medidas [...] relacionadas con instituciones financieras” y, aquí, la medida impugnada —la Sentencia del Tribunal

⁵⁸ **Anexo documental C-0055:** Acuerdo entre Canadá y la República del Perú para la Promoción y Protección de Inversiones, 14 de noviembre de 2006.

⁵⁹ Réplica, párrs. 122-124. [Traducción del Tribunal]

⁶⁰ Réplica, párr. 125. [Traducción del Tribunal]

Constitucional de 2021— no es una medida relacionada con instituciones financieras, sino “una medida que podría haber afectado a cualquier inversión en cualquier industria.”⁶¹ La posición de Scotiabank es que “[e]l foco se coloca sobre la naturaleza de la *medida*, no en la naturaleza del inversionista.”⁶²

123. La interpretación de Scotiabank del Capítulo Once se basa principalmente en el significado corriente del lenguaje en su contexto. Dado que el Artículo 1101(1) establece que el Capítulo Once “se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con: instituciones financieras de la otra Parte; inversionistas de la otra Parte, y las inversiones de estos inversionistas, en las instituciones financieras en el territorio de la otra Parte...”, Scotiabank sostiene que, al pedirle al Tribunal que interprete que el Artículo 1101(1) se aplique a cualquier reclamación presentada por una institución financiera, Perú le está pidiendo al Tribunal que lea las palabras “medidas” y “relacionadas con” más allá de la disposición.⁶³ En opinión de Scotiabank, si los redactores del TLC hubieran pretendido que el Capítulo Once se aplicara a todas las reclamaciones presentadas por instituciones financieras, habrían utilizado un lenguaje más amplio, tal como el utilizado en el acuerdo que precedió al TLC. Ese acuerdo, el Acuerdo entre Canadá y la República del Perú para la Promoción y Protección de Inversiones de 2006, limitaba expresamente las reclamaciones “con respecto a [...] instituciones financieras”, sin mención alguna a “medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con” instituciones financieras.⁶⁴ A la luz de esta diferencia, Scotiabank considera que los trabajos preparatorios y demás documentos históricos de la negociación pueden ser de ayuda para el Tribunal en su interpretación del Artículo 1101. A diferencia de Perú, Scotiabank considera que es apropiado en el marco del Artículo 32 de la CVDT observar la práctica anterior de los tratados cuando se interpreta el Artículo 1101, en especial cuando “es probable que” la práctica anterior de los tratados de Canadá y Perú “se encuentre directamente vinculada con el lenguaje corriente del TLC posterior entre Canadá y Perú a

⁶¹ Respuesta, párrs. 10(a) y 62 (énfasis de Scotiabank); Dúplica, párr. 47. [Traducción del Tribunal]

⁶² Respuesta, párr. 62 (énfasis de Scotiabank). [Traducción del Tribunal]

⁶³ Respuesta, párr. 66 (énfasis de Scotiabank) [Traducción del Tribunal].

⁶⁴ Respuesta, párr. 67. [Traducción del Tribunal]

través de los trabajos preparatorios.”⁶⁵ Como lo destacó además Scotiabank, la única Parte que tiene acceso a esos antecedentes de la negociación es Perú.⁶⁶

124. Asimismo, Scotiabank adopta una posición diferente a la de Perú en cuanto al objeto y al propósito del Capítulo Once, a los fines de interpretar el Artículo 1101(1) en el marco del Artículo 31 de la CVDT. En opinión de Scotiabank, el propósito del Capítulo Once consiste en “delimitar un ámbito para la regulación financiera interna” y “crear un Capítulo que se enfoque en la *naturaleza de la medida*, no en la naturaleza del inversionista.”⁶⁷ En este sentido, Scotiabank se basa en *Fireman’s Fund c. México*, caso en el que el tribunal examinó el objeto y el propósito al interpretar el Artículo 1401 del TLCAN, que coincide sustantivamente con el Artículo 1101 del TLC. En *Fireman’s Fund*, que involucraba un programa para el rescate de una empresa de servicios financieros mexicana tras una crisis fiscal, el tribunal determinó lo siguiente:⁶⁸

[D]esde el punto de vista de la concepción del TLCAN, es evidente que los autores excluyeron al sector financiero de importantes partes de las disposiciones generales, porque ninguno de los Estados Partes estaba dispuesto a emprender la clase de labor de armonización y desregulación que habría sido necesaria para otorgar a los bancos, compañías de seguro y las casas de bolsa (así como a otros participantes del sector financiero) el mismo trato que, por ejemplo, las industrias de bebidas gaseosas, el comercio minorista o la fabricación de calzado. Como se señaló anteriormente, el Capítulo XIV y los anexos aplicables a ese capítulo presentan diferencias sustanciales respecto de las disposiciones generales sobre trato nacional, omiten una disposición sobre “trato justo y equitativo” y limitan la posibilidad de recurrir a arbitraje ante una controversia entre un inversionista y un Estado. Es indudable que todas estas diferencias tienen por objeto dejar margen de decisión a los países, antes que buscar la armonización, y limitar la posibilidad de que inversionistas de otro Estado Parte acudan a mecanismos internacionales de solución de controversias para impugnar medidas de regulación adoptadas por las respectivas autoridades nacionales.

⁶⁵ Dúplica, párr. 48. [Traducción del Tribunal]

⁶⁶ Dúplica, párrs. 42 y 63.

⁶⁷ Respuesta, párr. 70 (énfasis de Scotiabank). [Traducción del Tribunal]

⁶⁸ Respuesta, párr. 74(b), donde se cita *Fireman’s Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Decisión sobre la Cuestión Preliminar, 17 de julio de 2003, párr. 83 (énfasis de Scotiabank).

125. A la luz de esta conclusión, Scotiabank argumenta que Perú —que únicamente se basa en *Fireman’s Fund* como autoridad legal “para respaldar su interpretación no textual del TLC”— está en una posición precaria al sostener que el Capítulo Once del TLC “se aplica de manera amplia a todas las reclamaciones por parte de una institución financiera [...] [en lugar de] garantizar un ámbito para la regulación interna de la industria de servicios financieros.”⁶⁹
126. Siguiendo con su argumento para la interpretación del Tratado, Scotiabank sostiene que, para que una medida esté “relacionada con” una institución financiera, debe existir una “conexión legalmente significativa” entre la medida impugnada, por un lado, y las instituciones financieras o las inversiones en instituciones financieras, por el otro.⁷⁰ Scotiabank se basa en el caso *Methanex c. Estados Unidos de América*, en el que el tribunal concluyó que la frase “relacionada con” “significa algo más que el mero efecto de una medida sobre un inversionista o una inversión y que requiere una conexión legalmente significativa entre ellos.”⁷¹ Scotiabank acusa a Perú de distorsionar la importancia de *Methanex*, al sostener que la prueba de la “conexión legalmente significativa” estaba destinada solamente a eliminar medidas de aplicación general y se satisface cuando una medida afecta de forma directa a una institución financiera. En opinión de Scotiabank, para determinar si una medida tiene una conexión legalmente significativa con una institución financiera, “la cuestión no consiste en establecer si la medida afecta a la institución financiera”, sino “[p]or el contrario se debe observar la esencia y la sustancia o la naturaleza de la medida en cuestión.”⁷²
127. Scotiabank sostiene que no existe esa conexión legalmente significativa en este caso, donde la medida impugnada es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Para quedar dentro del alcance de la restricción de instituciones financieras prevista en el Artículo 1101, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 tendría que “relacionarse con Scotiabank por la naturaleza de Scotiabank como institución financiera (por ejemplo, en

⁶⁹ Respuesta, párr. 75 [Traducción del Tribunal].

⁷⁰ Respuesta, párr. 76 [Traducción del Tribunal].

⁷¹ Dúplica, párr. 52 [Traducción del Tribunal].

⁷² Dúplica, párr. 55 [Traducción del Tribunal].

contraposición a una medida que afectase a Scotiabank en calidad de empleador).⁷³ Sin embargo, de conformidad con Scotiabank, “[n]i la decisión del Tribunal ni el contexto fáctico subyacente que dio lugar a la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios tiene relación alguna con las instituciones financieras en general o con la regulación de instituciones financieras, ni mucho menos una conexión legalmente significativa con instituciones financieras.”⁷⁴ Por un lado, Scotiabank observa que las transacciones de oro manejadas por Banco Wiese podrían haber sido realizadas por cualquier tipo de empresa.⁷⁵ Por otro lado, Scotiabank observa que, a diferencia del programa de rescate bancario del caso *Fireman’s Fund*, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 “es una medida que podría haber afectado a cualquier inversión en cualquier industria” y, además, que el “[a]cceso a la protección constitucional en el marco del proceso de amparo está a disposición de cualquier persona en Perú, no solamente a disposición de instituciones financieras” y “el cobro de intereses moratorios [...] es una cuestión que ha afectado a muchas compañías en diferentes de industrias.”⁷⁶ Tal como declararon los abogados en la audiencia:⁷⁷

y la conducta injusta a la que Scotiabank fue sometida por el Tribunal Constitucional incluso al encubrimiento de sus requisitos de quórum es una medida que podría haber actuado a cualquier inversor en cualquier industria. El procedimiento de amparo está abierto a cualquier persona en el Perú y la materia y el devengamiento del interés en mora es una cuestión que no es específica a ninguna industria específica y amparado sobre esto empresas de petróleo y gas, minería, construcción, manufactura, bienes raíces, telecomunicaciones y decimos que ninguna de estas medidas ni esta conducta puede decirse que está dentro de las medidas que se relacionan con el capítulo de servicios financieros. O sea, que se relaciona con las medidas e instituciones financieras.

128. En conclusión, Scotiabank advierte que tiene la “convicción de que su interpretación [del Capítulo Once] es la correcta, pero ciertamente cumple el estándar mínimo requerido para plantear una excepción de conformidad con la Regla 41 de ser ‘razonablemente

⁷³ Dúplica, párr. 55 [Traducción del Tribunal].

⁷⁴ Respuesta, párr. 76 [Traducción del Tribunal].

⁷⁵ Respuesta, párr. 76, nota al pie 82.

⁷⁶ Respuesta, párr. 77 [Traducción del Tribunal].

⁷⁷ Audiencia del 26 de febrero de 2024, Transcripción 141:10-22; 142:1-5 [El Tribunal observa que esta traducción no refleja el texto exacto en inglés, el que prevalece dado que las Partes realizaron sus presentaciones en ese idioma].

defendible”, por lo que requiere una evaluación más exhaustiva que la disponible en la etapa de la Regla 41.⁷⁸

B. ¿CARECEN MANIFIESTAMENTE DE MÉRITO JURÍDICO LOS RECLAMOS DE TJE Y POR EXPROPIACIÓN DE SCOTIABANK DADO QUE SON MEDIDAS TRIBUTARIAS EXCLUIDAS DEL MARCO DEL TLC?

(1) La posición de la Demandada

129. Perú sostiene que el Tribunal no tiene competencia sobre los Reclamos de TJE y por Expropiación de Scotiabank porque se relacionan con medidas tributarias y, por lo tanto, carecen manifiestamente de mérito jurídico.

130. Perú fundamenta su argumento en el Artículo 2203 del TLC, titulado Tributación, el cual excluye expresamente ciertas medidas tributarias del ámbito del tratado. El Artículo 2203 establece lo siguiente:

1. Salvo donde se haga referencia expresa, ninguna disposición en este Tratado se aplicará a medidas tributarias.

2. Nada de lo dispuesto en este Tratado afectará los derechos y obligaciones de cualquier parte bajo cualquier convenio tributario. En el caso de incompatibilidad entre este Tratado y cualquiera de estos convenios, prevalecerá el convenio en la medida de la incompatibilidad.

131. Los párrafos 4, 5, 6 y 8 del Artículo 2203 indican las disposiciones del TLC que se aplican a medidas tributarias y en qué circunstancias. Estos párrafos establecen lo siguiente:⁷⁹

4. No obstante los párrafos 2 y 3:

(a) el Artículo 202 (Trato Nacional y Acceso a Mercados de mercancías - Trato Nacional) y aquellas otras disposiciones de este Tratado que sean necesarias para hacer efectivo ese Artículo, se aplica a las medidas tributarias en la misma medida que el Artículo III del GATT de 1994; y

(b) el Artículo 210 (Trato Nacional y Acceso a Mercados de mercancías - Impuestos a la Exportación) se aplica a las medidas tributarias.

⁷⁸ Respuesta, párr. 63 [Traducción del Tribunal].

⁷⁹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 81 (énfasis de Perú).

5. Sujeto a los párrafos 2,3, y 6:

(a) los Artículos 903 (Comercio Transfronterizo de Servicios- Trato Nacional) y 1102 (Servicios Financieros - Trato Nacional) se aplican a las medidas tributarias sobre la renta, ganancias de capital o sobre el capital gravable de las compañías referentes a la adquisición o al consumo de servicios específicos; y

(b) los **Artículos 803** y 804 (Inversión - Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida) y 903 y 904 (Comercio Transfronterizo de Servicios - Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida) y 1102 y 1103 (Servicios Financieros - Trato Nacional y Trato de Nación más Favorecida) se aplican a todas las medidas tributarias distintas a aquellas sobre la renta, ganancias de capital o sobre el capital gravable de compañías.

6. El Párrafo 5 no: ...

(g) se aplicará a cualquier nueva medida tributaria que esté destinada para asegurar la equitativa y eficaz imposición o cobranza de tributos (incluyendo, para mayor certeza, cualquier medida que sea tomada por una Parte para asegurar el cumplimiento del sistema de tributación de la Parte, o para prevenir la omisión o evasión tributaria) y que no discrimine arbitrariamente entre personas, mercancías o servicios de las Partes.

[...]

8. No obstante los párrafos 2 y 3, el **Artículo 812 (Inversión - Expropiación)** se aplicará a las medidas tributarias excepto que ningún inversionista invoque ese Artículo como fundamento de una reclamación bajo el Artículo 819 (Inversión - Reclamación por un Inversionista de una Parte por su Propio Nombre) u 820 (Inversión - Reclamación por un Inversionista de una parte en Nombre de una Empresa) cuando se haya determinado de conformidad con este párrafo que la medida tributaria no constituye una expropiación. El inversionista sementera el asunto de si una medida no es una expropiación a las autoridades competentes para una determinación al mismo tiempo que notifica conforme al subpárrafo 1c) del Artículo 823 (Inversión - Condiciones previas al Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje). Si dentro de un plazo de seis meses después de que se les haya sometido el asunto, las autoridades competentes no acordasen examinar el asunto, y si habiendo acordado examinarlo, no acordasen que la medida no constituye una expropiación, el inversionista podrá someter su reclamación a arbitraje, de conformidad al Artículo 824 (Inversión - Sometimiento de una Reclamación al Arbitraje).

132. Perú destaca que el Artículo 805 (Nivel Mínimo de Trato) no está incluido entre los artículos del Tratado mencionados en los párrafos 5(b) u 8 del Artículo 2203. En

consecuencia, dice Perú, el Artículo 805 “en ningún caso podrá invocarse en relación con una medida tributaria”, y el Reclamo de TJE de Scotiabank carece manifiestamente de mérito jurídico.

133. En cuanto al Reclamo por Expropiación de Scotiabank, Perú sostiene que Scotiabank no presentó su reclamación ante las autoridades competentes de conformidad con el Artículo 2203(8) por la supuesta expropiación por parte del Tribunal Constitucional, “lo cual perjudica a la Demandante”, ya que, como consecuencia de ello, el Tribunal carece de competencia sobre el Reclamo por Expropiación, puesto que la Demandada no consintió el sometimiento a arbitraje.⁸⁰ Perú observa que Scotiabank no realizó presentaciones sobre esta cuestión en su Respuesta “y esto era previsible.”⁸¹ Por lo tanto, es indiscutible que Scotiabank no cumplió con la condición previa del Artículo 2203(8), y que el Tribunal carece de competencia sobre el Reclamo por Expropiación.
134. En general, Perú rechaza la posición de Scotiabank en su Solicitud de Arbitraje cuando afirma que el examen de la liquidación de intereses moratorios “no es una cuestión de tributación”, y acusa a Scotiabank de “segmentar indebidamente medidas que están inextricablemente enlazadas, y que conciernen a la misma cuestión: la Deuda Tributaria de 1999.”⁸²
135. Perú fundamenta su posición en varios motivos.
136. En primer lugar, tal como lo hizo con su excepción preliminar basada en la categoría de Scotiabank como institución financiera, Perú cita la definición del término “medida” que figura en el TLC y sostiene que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.” Como se observó, Perú incluye decisiones administrativas y judiciales en esta definición y, contrario a las afirmaciones de Scotiabank, Perú insiste en que “la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 es y siempre ha sido **en sí misma** una

⁸⁰ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 102 [Traducción del Tribunal].

⁸¹ Réplica, párr. 126 [Traducción del Tribunal].

⁸² Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 84, donde se cita la Solicitud de Arbitraje, párr. 76(ix) [Traducción del Tribunal].

‘medida tributaria’.”⁸³ Como expresaron los abogados en la audiencia: “En cuanto al derecho internacional, el término ‘medida tributaria’ en el Tratado incluye todas las medidas que tienen que ver con la imposición de un impuesto incluido en lo que se ve en los procedimientos de reconsideración interna.”⁸⁴

137. En segundo lugar, Perú sostiene que Scotiabank “no puede ampararse en el argumento de que el Tribunal debe aceptar el caso de la Demandante tal como se ha presentado para evitar que la Demandada impugne la naturaleza de la medida que alega es relevante (en este caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021) e impugne los efectos legales que la Demandante le atribuye (en este caso, si la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 puede ser considerada una medida tributaria).”⁸⁵ Perú reitera que, a los fines de la Regla 41, las deliberaciones sobre la caracterización deben permitir un análisis jurídico complejo. Perú no ve paralelismo con el caso *Infinito*, en el que se apoya Scotiabank, y en el que el tribunal sostuvo que, en la etapa jurisdiccional, debería guiarse por el caso tal cual lo presenta la demandante para no violar los derechos al debido proceso de dicha parte, lo que no se aplica a un debate, como en este caso, sobre los efectos legales que Scotiabank le atribuye a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.⁸⁶ Además, otros tribunales han analizado y emitido decisiones sobre las caracterizaciones que realizan las demandantes de sus reclamaciones. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Lotus Holding* “hizo precisamente lo que la Demandante alega [...] que tienen prohibido hacer” en procesos sumarios en virtud de la Regla 41 y desestimó las reclamaciones de la demandante por considerarlas reclamaciones contractuales por sumas de dinero adeudadas por Turkmenistán en lugar de reclamaciones por violación del tratado, como las había caracterizado la demandante.⁸⁷

⁸³ Réplica, párr. 130 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

⁸⁴ Audiencia del 26 de febrero de 2024, Transcripción 37: 16-21.

⁸⁵ Réplica, párr. 131 [Traducción del Tribunal].

⁸⁶ Réplica, párr. 135, donde se cita el **Anexo documental CL-0026: *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica***, Caso CIADI No. ARB/14/5, Decisión sobre Jurisdicción, 4 de diciembre de 2017 (*Infinito*).

⁸⁷ Réplica, párrs. 136-137 [Traducción del Tribunal].

138. En tercer lugar, con respecto al análisis jurídico, Perú objeta a la posición de Scotiabank, quien argumenta que el derecho municipal peruano es una cuestión de hecho en el marco del derecho internacional, y por eso la caracterización de intereses moratorios en virtud del derecho peruano es una cuestión de hecho controvertida que no se puede resolver en el marco de la Regla 41. En cambio, según Perú, lo que constituye una “medida tributaria” en el marco del TLC debe interpretarse de conformidad con el TLC y el derecho internacional. No obstante, Perú acepta que el derecho interno informa al derecho internacional y considera que es “no controvertido” que el derecho del Estado anfitrión sea aplicable para determinar si una medida constituye una medida tributaria.⁸⁸ Con respecto al derecho interno relevante, Perú sostiene que el derecho peruano específicamente establece que los intereses moratorios sobre una deuda tributaria forman parte de la obligación fiscal.
139. Aun suponiendo que el derecho peruano debiera tratarse como una cuestión de hecho, Perú sostiene que “determinar si los intereses moratorios sobre una deuda tributaria constituyen una ‘medida tributaria’ depende de hechos genuinamente indiscutibles que demuestran que los pagos de intereses moratorios sobre impuestos impagos forman parte del régimen tributario peruano.”⁸⁹ Perú primero cita la Norma IX, titulada “Aplicación Supletoria de los Principios del Derecho” y descrita como “una disposición expresa sobre la ‘Autonomía del Derecho Tributario’”, y subraya la naturaleza de *lex specialis* del Derecho Tributario Peruano:⁹⁰
- En lo no previsto por este Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongán ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho.*
140. Con fundamento en la Norma IX, Perú sostiene que solamente si una cuestión no está contemplada en el Código Tributario o regulaciones tributarias se puede permitir la

⁸⁸ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 89 [Traducción del Tribunal].

⁸⁹ Réplica, párr. 180 [Traducción del Tribunal].

⁹⁰ Réplica, párr. 182; **Anexo documental R-0003bis**, Norma IX.

aplicación de otras normas legales y, aún en ese caso, las otras normas no pueden contradecir ni distorsionar el Código Tributario o sus regulaciones. Perú afirma que las leyes relevantes en este caso son el Artículo 1242 del Código Civil Peruano, que establece un régimen general de los intereses moratorios en el marco del derecho civil, y el Artículo 33 del Código Tributario Peruano, titulado Intereses Moratorios, que establece lo siguiente:⁹¹

El monto del tributo no pagado dentro de los plazos indicados en el artículo 29° devengará un interés equivalente a la Tasa de Interés Moratorio (TIM), la cual no podrá exceder del 10% (diez por ciento) por encima de la tasa activa del mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros el último día hábil del mes anterior.

141. Asimismo, el Artículo 28 del Código Tributario Peruano, titulado “Componentes de la Deuda Tributaria”, incluye en forma expresa los intereses en la deuda tributaria:⁹²

La Administración Tributaria exigirá el pago de la deuda tributaria que está constituida por el tributo, las multas y los intereses.

142. En la audiencia, los abogados de Perú enfatizaron la naturaleza unitaria de los tributos en el marco del Artículo 28, y alegaron lo siguiente:⁹³

esto es manifiesto y que es una cuestión clara de pago de intereses que tiene que ver con un IGV, algo que está tramitándose ante los tribunales peruanos. Es una deuda tributaria unitaria que está dentro de esta exclusión impositiva del TLC.

143. Con estas disposiciones del Código Tributario Peruano en mente, Perú subraya que Scotiabank Perú, al realizar los Pagos de 2013 (bajo protesta), pagó la totalidad de la Obligación por IGV, los intereses capitalizados y los intereses moratorios. En opinión de Perú, esto “confirma que los intereses moratorios adeudados y pagados por Scotiabank

⁹¹ **Anexo documental R-0001bis:** Código Civil Peruano, aprobado por Decreto Legislativo No. 295 de 24 de julio de 1984, con sus modificaciones, Artículo 1242 (*Código Civil Peruano*); **Anexo documental R-0003:** Código Tributario Peruano, aprobado por Decreto Legislativo No. 816 de 21 de abril de 1996, compilado por el Decreto Supremo No. 133-2013-EF de 22 de junio de 2013 (*Código Tributario Peruano*), Artículo 33.

⁹² *Código Tributario Peruano*, Artículo 28.

⁹³ Audiencia del 26 de febrero de 2024, Transcripción 24: 6-11.

Perú junto con la Obligación por IGV constituyen un elemento de la Deuda Tributaria de 1999, y que su imposición es una medida tributaria.”⁹⁴

144. Perú rechaza la “declaración manifiestamente inexacta” de Scotiabank cuando afirma que “[e]l Tribunal Constitucional ha confirmado que los intereses moratorios no tienen una naturaleza tributaria, sino que se trata de una sanción de índole civil destinada a alentar el pago a tiempo y compensar al acreedor por un pago atrasado.”⁹⁵ Perú objeta al uso que hace Scotiabank, como fundamento, del *amparo* de *Medina de Baca*, en el cual la demandante impugnó los intereses moratorios impuestos en una orden de pago de la SUNAT. Asimismo, Perú amplía el contenido de la cita de la sentencia emitida en ese caso por el Tribunal Constitucional que ofrece Scotiabank en su escrito:⁹⁶

Tomando en cuenta lo anterior, este Tribunal Constitucional estima necesario evaluar si es posible extender la regla de no confiscatoriedad de los tributos — establecida en el artículo 74 de la Constitución— a los intereses moratorios. Ciertamente, es problemático hacerlo.

[...]

Empero, puede pensarse que dicho principio no resulta aplicable, toda vez que los intereses moratorios no tendrían, claramente, naturaleza de tributos sino que podría corresponder, más bien, al de sanciones impuestas por el no cumplimiento oportuno de una obligación tributaria.

En todo caso, lo evidente es que incluso estas sanciones tributarias deben respetar el principio de razonabilidad reconocido en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional...

145. Sobre la base de esta cita, Perú objeta a la afirmación de Scotiabank de que el Tribunal Constitucional en *Medina de Baca* confirmó que los intereses moratorios no son de naturaleza tributaria.⁹⁷ Por el contrario, dice Perú, el Tribunal Constitucional simplemente indicó que el interés moratorio no es un impuesto o tributo *stricto sensu*. Perú subraya que no está planteando que el interés moratorio sea un tributo *stricto sensu*, “sino, más bien,

⁹⁴ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 92 [Traducción del Tribunal].

⁹⁵ Réplica, párr. 193, donde se cita la Respuesta, párr. 112 [Traducción del Tribunal].

⁹⁶ Réplica, párr. 194, donde se cita el **Anexo documental R-0016**, jurisprudencia de *Medina de Baca*, 10 de mayo de 2016 (*Medina*), párrs. 43-46.

⁹⁷ Réplica, párr. 195, donde se menciona la Respuesta, párr. 112.

que se trata de una “medida tributaria”, puesto que forma parte del régimen tributario, tal como lo demuestra el hecho de que sea un componente de la deuda tributaria”, lo cual no se contradice en la sentencia del Tribunal Constitucional.⁹⁸ Perú sostiene que el énfasis del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza punitiva de los intereses moratorios en realidad fortalece la posición de Perú, sobre la base de que “es precisamente por esta naturaleza punitiva que se trata de un elemento clave del régimen tributario para asegurar la ejecución de las obligaciones tributarias y resarcir al Estado por los pagos atrasados”. Además, Perú sostiene lo siguiente:⁹⁹

Además, y contrario a las declaraciones de Scotiabank, en la misma Decisión emitida en el caso Medina de Baca, en el cual se basa la Demandante, el Tribunal Constitucional determinó que los intereses moratorios de las deudas tributarias estaban sujetos a la prohibición de confiscación, de la misma manera que los impuestos sensu stricto. Lejos de respaldar el argumento de Scotiabank de que los intereses moratorios de las deudas tributarias no constituyen una medida tributaria, las conclusiones del Tribunal Constitucional apoyan la posición de la Demandada: tanto los intereses moratorios de las deudas tributarias como el tributo sensu stricto están sujetos al mismo régimen y ninguno puede ser confiscatorio.

146. Del mismo modo, como una cuestión de significado corriente en el marco del Artículo 31 de la CVDT, Perú sostiene que el término “tributación” es más amplio que “tributo” y se puede definir en el marco del derecho peruano como el monto determinado como impuesto o el sistema para gravar a las personas. Esta definición más amplia cubre el concepto de “deuda tributaria” en el Artículo 28 del Código Tributario Peruano, al incluir el cobro de intereses moratorios sobre obligaciones tributarias impagas, que sirve para compensar al Estado por la demora en el pago y obliga al cumplimiento de las obligaciones tributarias. Perú resalta el significado del Artículo 2203(6)(g), que “aclara más allá de cualquier duda que la frase ‘medidas tributarias’ incluyen aquéllas tomadas por una Parte ‘para asegurar el cumplimiento del sistema de tributación de la Parte’” o para prevenir la omisión o evasión tributaria.¹⁰⁰ La posición de Perú es que tanto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 como los intereses moratorios subyacentes son medidas que

⁹⁸ Réplica, párr. 196 [Traducción del Tribunal].

⁹⁹ Réplica, párr. 198 [Traducción del Tribunal].

¹⁰⁰ Réplica, párr. 154 [Traducción del Tribunal].

aseguran el cumplimiento del sistema tributario de Perú. Tal como lo determinó el tribunal en el caso *EnCana c. Ecuador*, “una medida será una medida tributaria si es parte del régimen de aplicación de un impuesto.”¹⁰¹ Una vez más, a la luz de este significado corriente de “medidas tributarias” en contexto, Perú insiste en que no hay razón para que el Tribunal recurra a los trabajos preparatorios o demás medios de interpretación complementarios en el marco del Artículo 32 de la CVDT.

147. En cuarto lugar, Perú rechaza el “intento [de Scotiabank] de marcar artificialmente una diferencia entre [sus] obligaciones tributarias y los procedimientos judiciales relacionados.”¹⁰² Perú interpreta el párrafo 76(ix) de la Solicitud de Arbitraje (citado antes en el párrafo [134]) como si Scotiabank estuviera admitiendo que los procedimientos judiciales por los cuales reclama “conciernen precisamente a los intereses moratorios pagados por Scotiabank Perú.”¹⁰³ Además, en opinión de Perú, el petitorio de Scotiabank en la acción de *amparo* en la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios revela que el objeto de la reclamación era lograr que el Tribunal Constitucional revirtiera la imposición de una obligación tributaria, por ejemplo, al pretender “que se ordene a la Sunat abstenerse de liquidar y requerir a la demandante el pago de intereses moratorios devengados[...].”¹⁰⁴
148. Como fundamento para su rechazo, Perú observa que los tribunales arbitrales han determinado que las decisiones judiciales que confirman obligaciones fiscales son “medidas tributarias”. Perú menciona específicamente los casos *SunReserve c. Italia* y *ESPF c. Italia*, en los que los tribunales rechazaron la posición de las demandantes que argumentaban que sus reclamaciones se relacionaban no con un tributo conocido como Impuesto Robin Hood, sino con una decisión del Tribunal Constitucional de Italia que indirectamente declaraba inconstitucional el Impuesto Robin Hood.¹⁰⁵ Perú señala que los

¹⁰¹ Réplica, párr. 147, donde se cita el **Anexo documental RL-0008**: *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN3481, Laudo, 3 de febrero de 2006 (*EnCana*), párr. 142(4) (énfasis de Perú).

¹⁰² Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 93 [Traducción del Tribunal].

¹⁰³ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 94 [Traducción del Tribunal].

¹⁰⁴ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 94 [Traducción del Tribunal].

¹⁰⁵ **Anexo documental RL-0034**: *SunReserve Luxco Holdings S.Á.R.L. y otros c. República Italiana*, Caso SCC No. V 2016/32, Laudo Final, 25 de marzo de 2020 (*SunReserve*); **Anexo documental RL-0036**: *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, e InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG c. República Italiana*, Caso CIADI No. ARB/16/5, Laudo, 14 de septiembre de 2020 (*ESPF*).

tribunales “rechazaron los intentos de las demandantes de separar las medidas tributarias de las acciones constitucionales relativas a tales medidas para ampliar la jurisdicción de los tribunales”, y cita al tribunal de *SunReserve*:¹⁰⁶

El Tribunal reconoce que cualquier pronunciamiento sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida después de la aplicación del Impuesto Robin Hood, conllevará de manera implícita una decisión sobre la incidencia previa del propio Impuesto Robin Hood. En este sentido, el Tribunal coincide con la Demandada, quien afirma que “[n]o es factible separar la aplicación de una decisión relativa a un tributo de la propia medida tributaria.”

149. Perú disiente con Scotiabank, quien afirma que el laudo en el caso de *SunReserve* se relacionaba con la legalidad del Impuesto Robin Hood y no con la pertinencia de los procedimientos judiciales italianos. Perú destaca que las demandantes en *SunReserve* sí argumentaron que la aplicación *ex nunc* (en lugar de *ex tunc*) del Tribunal Constitucional fue injusta, y el tribunal arbitral expresamente rechazó este argumento:¹⁰⁷

En consecuencia, la caracterización de las Demandantes de su reclamación como relacionada solamente con la pertinencia e implicancias de la Sentencia del Tribunal Constitucional No. 10/2015 se contradice con sus propios escritos sobre el fondo. El Tribunal reconoce que cualquier pronunciamiento sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida después de la aplicación del Impuesto Robin Hood, conllevará de manera implícita una decisión sobre la incidencia previa del propio Impuesto Robin Hood. En este sentido, el Tribunal coincide con la Demandada, quien afirma que “[n]o es factible separar la aplicación de una decisión relativa a un tributo de la propia medida tributaria”.

150. Perú sostiene que, tal como queda evidenciado por las palabras de Scotiabank en su Solicitud de Arbitraje y en el petitorio de la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios, “los procedimientos de *amparo* no son otra cosa más que una secuela de la Deuda Tributaria de 1999, incluidos los intereses moratorios adeudados a la SUNAT”, y por ello el Tribunal debería determinar que carece de competencia sobre las reclamaciones de Scotiabank relativas a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 96 donde se cita *SunReserve*, párr. 551 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

¹⁰⁷ Réplica, párr. 173, donde se cita *SunReserve*, párr. 551 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

¹⁰⁸ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 97 [Traducción del Tribunal].

151. En quinto lugar, Perú observa que el tribunal en *SunReserve* determinó que el hecho de que la demandante solicitara compensación por las sumas pagadas en concepto de tributo a Italia, en lugar de daños y perjuicios supuestamente causados por la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, confirmó que la medida impugnada era una medida tributaria.¹⁰⁹ Perú sostiene que Scotiabank hizo lo mismo en este caso, al pretender una “compensación por todas las pérdidas y los daños sufridos como resultado de esas violaciones, es decir, el monto de al menos [REDACTED] que representa el monto de intereses pagado bajo protesta.”¹¹⁰
152. En sexto lugar, Perú objeta a los argumentos de Scotiabank basados en el caso CIADI *Freeport-McMoRan c. Perú*¹¹¹ que se encuentra pendiente. Dejando de lado lo que Perú considera como declaraciones erróneas por parte de Scotiabank respecto de su posición en *Freeport*, caso que involucra un acuerdo de estabilización legal no relacionado, Perú declara que el “hecho de que Perú haya optado por no plantear una excepción en el marco de la Regla 41 en un caso, no le impide recurrir a este mecanismo (puesto que es su derecho en virtud de las Reglas del CIADI) en una disputa diferente.”¹¹²
153. Finalmente, de manera congruente con su posición sobre la correcta interpretación de “medidas tributarias”, Perú rechaza lo alegado por Scotiabank, quien afirma que es “obvio” que el Tribunal debe oír pruebas periciales sobre el derecho peruano.¹¹³ Perú sostiene que el derecho tributario peruano no es ambiguo y, además, alega que “[a]mpliar el procedimiento meramente para permitir que se presenten pruebas periciales sobre una cuestión que está clara implicará precisamente el tipo de gastos injustificados que la Regla 41 intenta evitar.”¹¹⁴

¹⁰⁹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 98 [Traducción del Tribunal].

¹¹⁰ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 99, donde se cita la Solicitud de Arbitraje, párr. 71 [Traducción del Tribunal].

¹¹¹ **Anexo documental CL-0021:** *Freeport-McMoRan Inc. por sí y en nombre de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/20/08, Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada, 8 de noviembre de 2022 (*Freeport-McMoRan*).

¹¹² Réplica, párr. 201 [Traducción del Tribunal].

¹¹³ Réplica, párr. 206, donde se cita la Respuesta, párr. 118 [Traducción del Tribunal].

¹¹⁴ Réplica, párr. 207. [Traducción del Tribunal]

154. En conclusión, Perú solicita que el Tribunal rechace la competencia sobre los Reclamos de TJE y por Expropiación de Scotiabank por tratarse de reclamaciones basadas en medidas tributarias que manifiestamente carecen de mérito jurídico.

(2) La posición de la Demandante

155. Scotiabank se opone a la objeción en virtud de la Regla 41 presentada por Perú contra sus Reclamos de TJE y por Expropiación sobre la base de la excepción de “medidas tributarias” del Artículo 2203 del TLC por varias razones.

156. En primer lugar, Scotiabank plantea que Perú ha caracterizado erróneamente la naturaleza de la reclamación de Scotiabank, esencialmente como una reclamación por deuda tributaria, y luego argumentó por qué esa reclamación es una medida tributaria. Si bien Perú reconoce en su Réplica que la posición de Scotiabank versa sobre si la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 es una medida tributaria, dicha Parte considera que Perú, sin embargo, continúa vinculando la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 con la Obligación por IGV de 1999 y la identifica como una medida tributaria.¹¹⁵ Apoyándose en la observación del tribunal en *ECE Projektmanagement c. República Checa*, “le corresponde al inversionista alegar y formular sus reclamaciones de incumplimiento de los estándares pertinentes del tratado como considere conveniente [y] no le corresponde al Estado demandado reformular esas reclamaciones de una manera diferente, a su propia elección”, conclusión que el tribunal de *Infinito* citó con aprobación, Scotiabank reitera que sus Reclamos de TJE y por Expropiación, según se presentaron, no se basan en la Obligación por IGV o en la deuda tributaria sino exclusivamente en la inconstitucionalidad de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.¹¹⁶ Scotiabank está en desacuerdo con Perú en que el tribunal en *Lotus* haya rechazado la caracterización de la reclamación

¹¹⁵ Dúplica, párr. 68, donde se cita la Réplica, párr. 130.

¹¹⁶ Respuesta, párr. 85, donde se cita el **Anexo documental CL-0013**: *ECE Projektmanagement International GMBH c. la República Checa*, Caso CPA No. 2010-5, Laudo, 19 de septiembre de 2013, párr. 4.743 e *Infinito*, párr. 185; Dúplica, párr. 71 [Traducción del Tribunal].

efectuado por la demandante y se haya basado, en cambio, en la sustancia del remedio solicitado. De acuerdo con Scotiabank:¹¹⁷

[E]l tribunal hizo exactamente lo que debía hacer: preguntarse si la excepción conforme a la Regla 41 se realizó sobre la base de la reclamación presentada. El tribunal llegó a una conclusión jurídica diferente de la planteada por la demandante, y tiene el derecho de hacerlo. Si bien Scotiabank argumenta que no resulta claro ni obvio que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 sea una medida tributaria, el tribunal puede llegar a una conclusión jurídica distinta. Pero cualquiera sea la determinación a la que arribe, el Tribunal debe hacerlo sobre la base de las reclamaciones presentadas, no sobre las reclamaciones caracterizadas nuevamente por Perú.

157. Segundo, teniendo en cuenta la aceptación de Perú de que la definición del término “medida” según el TLC es suficientemente amplia como para incluir una sentencia, Scotiabank declara que “la cuestión operativa es qué es lo que constituye ‘tributación’”, que no es un término definido en el TLC.¹¹⁸ La posición de Scotiabank es que el proceso judicial ante el Tribunal Constitucional que se impugna no plantea una cuestión de tributación. Por un lado, el objeto subyacente no se relaciona con la Obligación por IGV, que es el objeto del Recurso Tributario subyacente, sino con la cuestión de si el devengamiento de intereses moratorios provocado por demoras del Estado viola los derechos constitucionales de Scotiabank Perú.
158. Scotiabank también cuestiona la interpretación de Perú del término “tributación”. Con una cita del caso *Nissan c. India*, Scotiabank argumenta que “tributación” significa una medida “que impone una obligación en grupos de personas de pagar una suma de dinero al Estado con fines públicos.”¹¹⁹ A diferencia de ello, dice Scotiabank, la aplicación y el devengamiento de intereses moratorios sobre una deuda no están comprendidos dentro del significado común de “tributación”, porque en realidad aquello se trata de “una pena por el pago atrasado de una deuda y es compensatorio para el gobierno por la pérdida del uso

¹¹⁷ Dúplica, párr. 72 [Traducción del Tribunal].

¹¹⁸ Respuesta, párr. 89 [Traducción del Tribunal].

¹¹⁹ Respuesta, párr. 92, donde se cita el **Anexo documental CL-0039: *Nissan Motor Co., Ltd. c. República de la India***, Caso CPA No. 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019 (*Nissan*), párr. 384 [Traducción del Tribunal].

del dinero ocasionada por el incumplimiento del contribuyente”¹²⁰ y “no es una obligación sobre un grupo de personas donde los fondos se destinan al Estado con fines públicos.”¹²¹ De acuerdo con Scotiabank¹²²:

*El hecho de que la SUNAT haya impuesto intereses sobre una deuda tributaria no cambia su naturaleza. Simplemente significa que los intereses se **relacionan** con una medida tributaria. El Artículo 2203 del TLC no se aplica a medidas meramente porque están **relacionadas** con medidas tributarias; sólo se aplica a las medidas tributarias en sí mismas. Si las partes hubieran querido que la aplicación del Artículo 2203 fuera tan amplia, habrían utilizado una redacción a tal efecto.*

159. Incluso aunque acepte la definición de “tributación” de Perú como un “sistema para gravar a las personas”, Scotiabank rechaza la “audaz declaración” de esa Parte de que tal sistema incluye los intereses moratorios de deudas tributarias.¹²³ En lugar de ello, Scotiabank ofrece la definición de “tributación” del *Black’s Law Dictionary* como “[l]a imposición o determinación de un tributo; los medios por los cuales el Estado obtiene los ingresos necesarios para sus actividades”; en otras palabras, la definición de tributación no es más amplia que la definición de tributo.¹²⁴
160. Para respaldar su interpretación de “medida tributaria” según el Artículo 2203 del TLC, Scotiabank explica que el propósito de las exenciones tributarias en los tratados de inversión es preservar la soberanía del Estado en relación con su facultad tributaria, que no se ejerce a través del cobro de intereses moratorios. En opinión de Scotiabank, “[n]o existe diferencia entre los intereses que se devengan sobre una deuda tributaria o los intereses que se devengan sobre una sentencia judicial; en ambos casos, estos constituyen una compensación por el pago tardío de una obligación y no una cuestión de la forma en que está regulada la tributación.”¹²⁵ Scotiabank agrega que los trabajos preparatorios del TLC

¹²⁰ Respuesta, párr. 93 [Traducción del Tribunal].

¹²¹ Dúplica, párr. 86 [Traducción del Tribunal].

¹²² Respuesta, párr. 93 (énfasis de Scotiabank) [Traducción del Tribunal].

¹²³ Dúplica, párr. 76 [Traducción del Tribunal].

¹²⁴ Dúplica, párr. 77; **Anexo documental C-0072**: *Black’s Law Dictionary*, 11th ed. 2019 [Traducción del Tribunal].

¹²⁵ Respuesta, párr. 96 [Traducción del Tribunal].

constituyen una evidencia útil para respaldar su interpretación del Artículo 2203, y “subraya además que este no es un tema propio de la excepción conforme a la Regla 41.”¹²⁶

161. Scotiabank también remite al Tribunal a la jurisprudencia internacional que confirma su interpretación de “medida tributaria”. Concretamente, Scotiabank destaca el reconocimiento del tribunal en *Nissan c. India* de que “el hecho de que un ministerio o departamento gubernamental imponga multas o penas como castigo por una conducta proscripta o que alternativamente perdone o reembolse tales multas o penas, no hace que esas acciones sean necesariamente ‘medidas tributarias.’”¹²⁷ Scotiabank enfatiza que el tribunal en *Nissan* rechazó la distinción entre la definición de “derecho tributario” y “medida tributaria”, distinción que Scotiabank afirma Perú le atribuye equivocadamente al tribunal en *EnCana*. Según Scotiabank, si se lee la decisión de *EnCana* en contexto, el fin puede ser determinar si existe un derecho tributario, porque los tributos se deben imponer por ley, pero es necesario entonces proceder a analizar “medidas tributarias” más amplias e incluir otros aspectos del régimen fiscal, tales como deducciones y devoluciones impositivas.¹²⁸ Scotiabank rechaza la afirmación de Perú de que el caso *EnCana* respalda su posición de que una “medida tributaria” “comprende todas las medidas que son ‘parte del régimen de aplicación de un impuesto,’” advirtiendo que el tribunal manifestó que parte de la noción de “medida fiscal” incluye aquellos aspectos del régimen fiscal “que sirven para determinar cuánto del tributo es pagadero o reembolsable.”¹²⁹
162. Scotiabank objeta que Perú se base en *SunReserve c. Italia* para respaldar su argumento de que Scotiabank está intentando eludir la exclusión en materia tributaria prevista en el TLC al impugnar el proceso ante el Tribunal Constitucional. De acuerdo con Scotiabank, el tribunal en *SunReserve* identificó una cantidad de criterios pertinentes para la cuestión de qué es lo que califica como medida tributaria, e incluso si el pago es un aporte al gasto público o a erogaciones públicas. En la lectura que realiza Scotiabank de *SunReserve*, si bien la demandante impugnó la decisión del tribunal constitucional que había impuesto la

¹²⁶ Respuesta, párr. 96 [Traducción del Tribunal].

¹²⁷ Respuesta, párr. 98, donde se cita *Nissan*, párr. 385 (énfasis de Scotiabank) [Traducción del Tribunal].

¹²⁸ Dúplica, párrs. 81-84 [Traducción del Tribunal].

¹²⁹ Dúplica, párr. 85, donde se cita *EnCana*, párr. 142 [Traducción del Tribunal].

aplicación solamente prospectiva del llamado Impuesto Robin Hood, no existió controversia sobre que el Impuesto Robin Hood era una medida tributaria y, al determinar que la reclamación que se oponía a la decisión del tribunal constitucional también era una medida tributaria, el tribunal tuvo que evaluar la pertinencia del impuesto Robin Hood en sí mismo y reconoció que los méritos de la reclamación no se limitaban “a la pertinencia e implicancias de la decisión del tribunal constitucional.”¹³⁰ Este arbitraje, dice Scotiabank, es diferente, porque el objeto subyacente no se trata de una medida tributaria y la demandante en *SunReserve* no buscaba impugnar la pertinencia de la decisión del tribunal o la justicia del proceso; en resumen, “la justicia del proceso ante el tribunal constitucional no fue impugnada en *SunReserve*.”¹³¹ En relación con esto, Scotiabank rechaza el argumento de Perú que sostiene que el hecho de que la pretensión de Scotiabank en este arbitraje sea igual al monto de intereses moratorios pagados bajo protesta demuestra que este arbitraje efectivamente versa sobre el monto de intereses moratorios ordenados por la SUNAT. Scotiabank insiste en que “[e]se monto es representativo de los daños sufridos” como resultado del trato injusto del Tribunal Constitucional y, a diferencia de *SunReserve*, no es necesario determinar la pertinencia del monto abonado.¹³²

163. Tercero, luego de observar que las Partes coinciden en que el derecho peruano resulta de aplicación para establecer si una medida constituye una “medida tributaria”, Scotiabank alega que el derecho peruano respalda su postura que sostiene que sus Reclamos de TJE y por Expropiación no se refieren a medidas tributarias.
164. Como lo hace en relación con las otras objeciones de Perú en el marco de la Regla 41, Scotiabank argumenta que la interpretación del término “medida tributaria” del Artículo 2203 del TLC requiere prueba del derecho peruano aplicable como cuestión de hecho. Scotiabank reitera la importancia de que se le permita presentar pruebas periciales sobre el derecho peruano para explicar su posición de que los intereses moratorios son un concepto

¹³⁰ *SunReserve*, párrs. 547-549, 551 [Traducción del Tribunal].

¹³¹ Dúplica, párr. 108 [Traducción del Tribunal].

¹³² Respuesta, párr. 105 [Traducción del Tribunal].

del derecho civil peruano y no del derecho tributario, y que apuntan a indemnizar al acreedor por la mora en el pago.

165. Scotiabank adopta la postura de que, según el derecho peruano, el devengamiento de intereses moratorios por la mora en el pago de una deuda “no constituye un concepto del derecho tributario sino del derecho civil”, y el Código Civil Peruano y las fuentes secundarias establecen que el interés “es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar por la mora en el pago.”¹³³ En el contexto de intereses moratorios de deudas tributarias, Scotiabank cita la siguiente declaración del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo de *Medina de Baca*: “... los intereses moratorios no tendrían, claramente, naturaleza de tributos sino que podría corresponder, más bien, al de sanciones impuestas por el no cumplimiento oportuno de una obligación tributaria.”¹³⁴ Scotiabank discrepa con la interpretación de Perú de la decisión en *Medina de Baca*, y sostiene que el Tribunal Constitucional “no realizó un pronunciamiento acerca de un tributo *stricto sensu* sino acerca de la naturaleza de los intereses moratorios: ‘*los intereses moratorios no tienen, claramente, naturaleza de tributos.*’”¹³⁵ En opinión de Scotiabank, el hecho de que los intereses moratorios no tengan la naturaleza de impuesto o tributo los saca del régimen para la imposición de tributos, mientras que su índole punitiva o compensatoria los coloca en el régimen civil en el marco del Código Civil. Además, Scotiabank alega que, si bien el Tribunal Constitucional aplicó el principio de no confiscatoriedad a los intereses moratorios, “lo hizo no porque fuera una cuestión de ‘tributación’ sino porque ese principio se aplica a todas las decisiones administrativas”, y eso lleva a Scotiabank a resaltar la necesidad de presentar pruebas periciales sobre el derecho peruano en este arbitraje.¹³⁶
166. En relación con sus argumentos sobre la importancia del derecho peruano, Scotiabank se apoya fuertemente en el arbitraje de *Freeport-McMoRan c. Perú* que se encuentra pendiente, para demostrar que “Perú no puede sugerir de manera creíble que la posición de Scotiabank sobre el derecho peruano no es ‘plausible’”. En dicho caso, como lo relata

¹³³ Respuesta, párr. 112; Código Civil Peruano, Artículo 1242.

¹³⁴ Respuesta, párr. 112; *Medina*, para. 43.

¹³⁵ Dúplica, párr. 124 [Traducción del Tribunal].

¹³⁶ Dúplica, párr. 124, donde se cita *Medina*, párr. 46 [Traducción del Tribunal].

Scotiabank sobre la base del expediente disponible públicamente, la demandante argumenta que Perú violó el TLC, entre otros aspectos, al no dispensar las penalidades y los intereses que la SUNAT impuso sobre su entidad peruana por ciertas determinaciones tributarias; Perú ha planteado una objeción jurisdiccional (no una excepción conforme a la Regla 41) de que se trata de una “medida tributaria”; Perú se basa en pruebas periciales que demuestran que las penalidades y los intereses no son tributos *per se*, sino que son “medidas tributarias” porque son los medios por los cuales el gobierno exige una obligación fiscal como parte de una “deuda tributaria”; y la demandante se basa en una prueba pericial contraria que pone el foco en la finalidad compensatoria de los intereses. Además, de acuerdo con Scotiabank, el arbitraje *Freeport-McMoRan* ante el CIADI versa sobre la aplicabilidad del Artículo 28 del Código Tributario Peruano, en el que se apoya Perú en este arbitraje, y en el que la demandante presenta pruebas periciales para demostrar que “en virtud del derecho peruano, la frase ‘deuda tributaria’ comprende una ‘amplia gama’ de conceptos que el Código Tributario agrupa con fines procesales y administrativos y que están sujetos a procedimientos similares para su administración, pago, cobro e impugnación, aún cuando no sean tributos.”¹³⁷ Scotiabank arguye que, a la luz de la información públicamente disponible sobre la posición de Perú en *Freeport-McMoRan*, la importancia de la exención de “medidas tributarias” del TLC según el Código Tributario Peruano debe considerarse una cuestión de hecho controvertida que no puede resolverse a través de una excepción conforme a la Regla 41.¹³⁸

167. Scotiabank acusa a Perú, en su Dúplica, de “establecer una interpretación parcial del derecho peruano y afirmar lisa y llanamente [que] eso es ‘*indiscutible*’.”¹³⁹ Scotiabank objeta las cuestiones de derecho peruano planteadas por Perú e insiste en que los principios pertinentes del derecho peruano están lejos de ser indiscutidos o indiscutibles. Concretamente, Scotiabank menciona dos principios del derecho peruano que son claramente discutidos por las Partes: primero, la naturaleza tributaria por contraposición a

¹³⁷ Respuesta, párr. 117 [Traducción del Tribunal].

¹³⁸ Dúplica, párr. 112-113 [Traducción del Tribunal].

¹³⁹ Dúplica, párr. 114 (énfasis de Scotiabank) [Traducción del Tribunal].

la naturaleza civil de los intereses moratorios y, segundo, el Artículo 28 del Código Tributario.

168. Con respecto a la primera, Scotiabank acepta necesariamente la existencia de la Norma IX y del Artículo 33 del Código Tributario, pero no la “conclusión lisa y llana” de Perú que “los intereses moratorios sobre un tributo impago se consideran comprendidos en la obligación tributaria” y son “parte del régimen de aplicación de un impuesto.”¹⁴⁰ De acuerdo con Scotiabank, si bien la Norma IX se aplica para llenar vacíos con respecto a normas legales, no establece nada acerca de si los intereses moratorios son parte del concepto de tributación en el marco del derecho peruano, y el Artículo 33 simplemente indica la tasa de intereses moratorios que se aplica a una deuda tributaria impaga. Contrariamente a la posición de Perú, dice Scotiabank, el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que dicho Código se aplica supletoriamente, y que “[e]l uso de las normas civiles para dar contenido a la definición y el alcance de los intereses moratorios que se devengan sobre una deuda tributaria ha sido una práctica tanto de la SUNAT como del Tribunal Fiscal”. Este último concluyó que:¹⁴¹

Al no existir en el Código Tributario definición de interés moratorio y, en aplicación de lo dispuesto tanto en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil como en la Norma IX del Código Tributario vigente, para conocer su naturaleza es pertinente acudir al Artículo 1242 del Código Civil, el cual, menciona que el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

169. Con respecto al Artículo 28 del Código Tributario, Scotiabank una vez más acepta necesariamente la existencia del Artículo 28, que expresamente establece que el interés moratorio es un componente de la deuda tributaria, pero no el significado que le atribuye Perú —es decir, que la deuda tributaria indiscutiblemente comprende un tributo *stricto sensu*—. En opinión de Scotiabank, si bien el Artículo 28 establece que los intereses son parte de la deuda tributaria, ello no es determinante de si los intereses son una cuestión de “tributación” en el marco del derecho peruano. Asimismo, dice Scotiabank, el propio perito

¹⁴⁰ Dúplica, párrs. 120-121, donde se cita la Réplica, párrs. 182-185, 192 [Traducción del Tribunal].

¹⁴¹ Dúplica, párr. 122, donde se cita el **Anexo documental C-0069**: Tribunal Fiscal, Resolución No. 983-3-98.

de Perú en *Freeport-McMoRan* concluye que la frase “deuda tributaria” del Artículo 28 comprende conceptos que no son tributos, por ejemplo, regalías, que Perú no interpretó que fueran “medidas tributarias” en el caso *Freeport-McMoRan*. Scotiabank adopta la posición congruente de que la imposición de intereses en el marco del Artículo 28 es “una deuda que ejecuta y cobra la SUNAT, como otras medidas no tributarias que forman parte de la deuda tributaria (por ejemplo, regalías) para asegurar la conveniencia procesal y administrativa” y que no es “parte de un régimen tributario o una cuestión de tributación.”¹⁴² Para respaldar esta posición, Scotiabank busca la oportunidad de introducir prueba pericial —posibilidad que no tiene en la etapa para oponer la excepción de la Regla 41— a fin de demostrar:¹⁴³

cómo define tributo el derecho peruano (es para financiar bienes y servicios públicos y no de naturaleza compensatoria o punitoria); (b) el tratamiento otorgado por el derecho peruano a los intereses moratorios (son de naturaleza civil y no tributaria, puesto que su finalidad es tanto compensatoria como punitoria; no están comprendidos dentro de las tres categorías de tributos establecidas en el Código Tributario y constituyen una obligación separada e independiente de la determinación de impuestos); (c) los intereses no son el medio específico por el cual Perú ejecuta las obligaciones tributarias y no son parte del régimen tributario en Perú.

170. En conclusión, tras identificar que la cuestión que enfrenta el Tribunal —respecto de la cual Perú tiene la carga de la prueba según la Regla 41— es “si resulta ‘claro y obvio’ que los Reclamos de TJE y por Expropiación se relacionan con “medidas tributarias,”¹⁴⁴ Scotiabank sostiene que la respuesta solamente puede ser negativa.

C. ¿CARECE MANIFIESTAMENTE DE MÉRITO JURÍDICO EL RECLAMO POR EXPROPIACIÓN DE SCOTIABANK DADO QUE ESTA PARTE NO CUENTA CON UNA INVERSIÓN PROTEGIDA EN VIRTUD DEL TLC Y DEL CONVENIO DEL CIADI?

¹⁴² Dúplica, párr. 129 [Traducción del Tribunal].

¹⁴³ Dúplica, párr. 129 [Traducción del Tribunal].

¹⁴⁴ Respuesta, párr. 79 [Traducción del Tribunal].

(1) La posición de la Demandada

171. Perú sostiene que el Reclamo por Expropiación de Scotiabank carece manifiestamente de mérito jurídico porque Scotiabank no cuenta con una inversión protegida ni en virtud del TLC ni del Convenio del CIADI.
172. En tanto que Scotiabank identifica sus acciones en Scotiabank Perú como una inversión, Perú destaca que Scotiabank no plantea un reclamo por la expropiación de dicha participación y tampoco podría hacerlo, puesto que Scotiabank Perú sigue siendo una empresa en marcha.
173. El objeto exclusivo del Reclamo por Expropiación de Scotiabank es el monto de intereses moratorios que pagó a la SUNAT bajo protesta. Perú rechaza la idea de que los pagos de intereses moratorios puedan constituir una inversión protegida sujeta a expropiación ya sea en virtud del TLC o del Convenio del CIADI.
174. Para comenzar con el TLC, Perú argumenta que los intereses moratorios quedan fuera de las categorías de inversiones protegidas del Artículo 847 del TLC. El Artículo 847 establece que:¹⁴⁵

[i]nversión significa:

(a) una empresa;

(b) acciones de capital de una empresa;

(c) instrumentos de deuda de una empresa [...];

(d) un préstamo a una empresa [...];

(e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

(f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar en los activos de esa empresa en liquidación, siempre que éste no sea un instrumento de deuda o un préstamo excluido de los subpárrafos (c) o (d);

¹⁴⁵ Anexo documental C-0001, Artículo 847.

(g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y

(h) la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte [...];

pero inversión no significa,

(i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

(i) contratos comerciales para la venta de mercancías o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en el territorio de la otra Parte, o

(ii) el otorgamiento de crédito en relación a una transacción comercial, tal como la financiación del comercio, excepto un préstamo cubierto por las disposiciones del subpárrafo (d); y

(j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés establecidos en los subpárrafos (a) al (h).

175. Perú describe el Artículo 847 —que sigue el modelo del Artículo 1139 del TLCAN y que, por lo tanto, es distinto de otros tratados de inversión— como una lista exhaustiva de activos protegidos como inversiones. Como respaldo, Perú cita el caso *Grand River c. Estados Unidos de América*, en el cual el tribunal determinó:¹⁴⁶

El artículo 1139 del TLCAN no es amplio ni de textura abierta. Dispone una lista exhaustiva de elementos o actividades que constituyen una inversión a los fines del TLCAN. Como destacó el perito de las Demandantes, el Profesor Mendelson, esta definición es taxativa y no ilustrativa.

176. Perú sostiene que “manifiestamente no es el caso” que los intereses moratorios pagados sobre la deuda tributaria en la que incurrió Banco Wiese queden comprendidos en alguna de las categorías de inversión protegidas del Artículo 847.

177. En respuesta al argumento de Scotiabank de que los intereses moratorios pagados a la SUNAT están comprendidos en el Artículo 847(h), Perú expresa que “la idea de que una

¹⁴⁶ **Anexo documental RL-0018:** *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, y otros c. Estados Unidos de América*, Arbitraje Ad hoc CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011 (**Grand River**), párr. 82 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

deuda pagadera a un Estado constituya una inversión va en contra de la propia noción económica de inversión, en contra del texto del Artículo 847(h) y —francamente— en contra de todo sentido común.”¹⁴⁷ Entre otras razones, Perú afirma que el pago de intereses moratorios no puede constituir una “participación”, en el sentido en que el término “participación” se utiliza en el Artículo 847(h), y se interpreta correctamente dentro del contexto de la definición de “inversión” del Artículo 847. Esto es así porque el pago de una suma de dinero para cancelar una deuda u obligación “no es un activo y mucho menos una inversión”, dado que “el pago no fue el resultado de una decisión libre y deliberada tomada por Scotiabank para obtener una ganancia, sino, más bien, un acto de cumplimiento de sus obligaciones tributarias para con el Estado peruano.”¹⁴⁸

178. Perú rechaza la postura de Scotiabank de que dado que en 2013 y 2014 pagó bajo protesta los intereses moratorios a la SUNAT, tiene una “participación” a los fines del Artículo 847(h) del TLC que adopta la forma de un derecho a reclamar la devolución de los intereses moratorios. La existencia de ese derecho, sostiene Perú, debe determinarse por referencia al sistema jurídico que supuestamente confiere ese derecho, que en este caso es el derecho peruano.¹⁴⁹ De acuerdo con Perú, la ley peruana considera cualquier pago, incluso aquellos efectuados bajo protesta, como un acto que cancela la deuda previa correspondiente y que no confiere ningún derecho. Específicamente, la intención expresa de una parte cuando realiza un pago es irrelevante porque, en el marco del Código Civil Peruano, cualquier pago realizado por una obligación existente por el monto adeudado y de manera oportuna tiene el efecto de cancelar la obligación pendiente y evitar el devengamiento de intereses.¹⁵⁰ Este es el caso, según Perú, aún si el deudor paga bajo protesta para preservar su derecho a impugnar la deuda ante un tribunal. En palabras de Perú, “[l]a mera posibilidad de que la Decisión de la SUNAT de 2011 y la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013 pudieran llegar

¹⁴⁷ Réplica, párr. 213 [Traducción del Tribunal].

¹⁴⁸ Réplica, párr. 214 [Traducción del Tribunal].

¹⁴⁹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 115, donde se cita el **Anexo documental RL-0042**: Zachary Douglas, *Property, Investment, and the Scope of Investment Protection Obligations*, en *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Edición Online, Oxford Academic, 363-406 (2014).

¹⁵⁰ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 116, donde se cita el Código Civil Peruano, Artículos 1132, 1120 y 1240; Réplica, párrs. 216, 260.

a ser anuladas no le confiere derechos a Scotiabank.”¹⁵¹ Para respaldar su posición, Perú cita la declaración del tribunal en *Merrill & Ring c. Canadá* en cuanto a que el punto crucial a los fines del Artículo 847(h) del TLC es si existe un “derecho real y demostrable del inversionista a determinado beneficio en virtud de un contrato existente u otro instrumento jurídico”, que no es el caso con un pago realizado bajo protesta en el marco del derecho peruano.¹⁵²

179. Asimismo, Perú describe como “igualmente erróneo” el argumento de Scotiabank sobre el Artículo 847(h) de que los pagos de intereses moratorios surgieron de un “compromiso de capital [...] [para el desarrollo de] una actividad económica” en Perú.¹⁵³ Por el contrario, según Perú, los pagos surgieron de una deuda impaga de Banco Wiese a favor de Perú que derivaba “de un pasivo histórico heredado por Scotiabank Perú”, y los pagos “no fueron producto de las actividades económicas de Scotiabank Perú en Perú, que comprenden servicios financieros”, o “beneficios o ingresos de Scotiabank Perú.”¹⁵⁴ Perú califica como “sin sentido” la afirmación de Scotiabank de que los pagos de intereses moratorios se destinaron a una actividad económica en Perú porque esos pagos protegían los activos de Scotiabank Perú contra medidas de ejecución, y observó que, en virtud de ese razonamiento, “el pago de cualquier multa o tributo impuesto por el Estado, cuya falta de pago podría llevar a sanciones, e incluso, en última instancia, podría implicar la ejecución de activos, sería una ‘inversión’.”¹⁵⁵
180. Perú continúa, con el fin de ofrecer un panorama completo, y explica que Scotiabank no cumple con el test jurisdiccional para las inversiones en virtud del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. El Artículo 25(1) establece que:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera

¹⁵¹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 117 [Traducción del Tribunal].

¹⁵² Réplica, párr. 217, donde se cita el **Anexo documental RL-0050: *Merrill & Ring Forestry L.P. c. el Gobierno de Canadá***, Caso CIADI No. UNCT/07/01, Laudo, 31 de marzo de 2010, párr. 142 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

¹⁵³ Réplica, párr. 219 [Traducción del Tribunal].

¹⁵⁴ Réplica, párr. 219 [Traducción del Tribunal].

¹⁵⁵ Réplica, párr. 220 [Traducción del Tribunal].

subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

181. Perú rechaza el intento de Scotiabank de fundamentar la competencia *ratione materiae* en la condición de su indiscutida inversión en las acciones de Scotiabank, solicitándole al Tribunal que “mire a la inversión y la diferencia como un todo, aún si se supone que se ha expropiado solamente un subconjunto de esa inversión”¹⁵⁶. Perú diferencia la jurisprudencia sobre la que se basa Scotiabank en este sentido, con el fundamento de que los pagos de intereses moratorios en este caso no son parte de las operaciones de Scotiabank Perú ni de los ingresos obtenidos de sus actividades, y por ello no pueden ser un “subconjunto” de Scotiabank Perú.
182. Perú reitera que Scotiabank fundamenta su Reclamo por Expropiación solamente en la supuesta inversión de los intereses moratorios pagados bajo protesta. A la vez que reconoce que el término “inversión” no está definido en el Convenio del CIADI, Perú argumenta que los pagos de intereses moratorios no cumplen con los tres criterios de *Salini* que se utilizan habitualmente como prueba de que existe una “inversión” y que fueron aceptados por Scotiabank: (a) aporte o compromiso de capital o recursos para un emprendimiento económico; (b) cierta duración de la ejecución; y (c) asunción de riesgos.
183. El argumento de Perú es que los intereses moratorios pagados por Scotiabank Perú: (a) no fueron un aporte a un emprendimiento económico para crear valor sino simplemente el pago de una obligación pendiente para con una Autoridad Fiscal soberana, y es “elemental que el pago de una obligación no crea valor, sino que meramente cancela una deuda tributaria existente impuesta sobre el contribuyente;”¹⁵⁷ (b) se abonaron durante tres meses, desde diciembre de 2013 hasta febrero de 2014, y por lo tanto no cumplen con la duración exigida, de dos a cinco años,¹⁵⁸ y (c) no implicaban ningún elemento de riesgo de inversión, porque Scotiabank Perú no podía tener expectativa alguna de un retorno sobre la inversión

¹⁵⁶ Réplica, párr. 227, donde se cita la Respuesta, párr. 132 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

¹⁵⁷ Réplica, párr. 241 [Traducción del Tribunal].

¹⁵⁸ Réplica, párr. 243.

o de una ganancia mediante el pago de intereses moratorios, y asumía como máximo solo el riesgo comercial que “asume un contribuyente al no cumplir oportunamente con las obligaciones tributarias.”¹⁵⁹

184. Finalmente, aún si el Tribunal determinase que los pagos de intereses moratorios constituyen una inversión protegida en el marco del TLC y del Convenio del CIADI, Perú argumenta que el Reclamo por Expropiación fracasaría por la manifiesta falta de mérito jurídico en lo sustancial. Perú cita al tribunal de *Generation Ukraine c. Ucrania* que advierte que “no puede haber una expropiación salvo que la demandante demuestre la existencia de derechos de propiedad en primer lugar,”¹⁶⁰ y observa que el propio Canadá recientemente expresó en su Escrito de Parte No Contendiente en *Odyssey Marine Exploration c. México* que “[u]n análisis de expropiación debe comenzar con la determinación de si existe un derecho de propiedad válido que pueda ser expropiado.”¹⁶¹ En este caso, dice Perú, Scotiabank no logró demostrar ese derecho de propiedad según el derecho peruano aplicable, que considera a los pagos de intereses moratorios —si bien pagados bajo protesta— no como un crédito “sino como parte integral de una obligación de fecha anterior a la inversión de la Demandante en Banco Wiese, cuya existencia conocía la Demandante al momento de adquirir Banco Wiese.”¹⁶²
185. Perú no coincide con Scotiabank en que, puesto que la existencia de derechos de propiedad es una materia de derecho peruano, esta es una cuestión de hecho controvertida que no puede resolverse a través de una excepción conforme a la Regla 41. La posición de Perú es que la existencia de derechos de propiedad debe tratarse como una cuestión de derecho y no una cuestión de hecho, pero, aún si se considerara una cuestión de hecho, “las declaraciones [de Scotiabank] sobre el contenido del derecho peruano son manifiestamente

¹⁵⁹ Réplica, párr. 245 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

¹⁶⁰ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 135, donde se cita el **Anexo documental RL-0006: *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania***, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, párrs. 6.2, 8.8 [Traducción del Tribunal].

¹⁶¹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 136, donde se cita el **Anexo documental RL-0038: *Odyssey Marine Exploration, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos***, Caso CIADI No. UNCT/20/1, Escrito de Parte No Contendiente del Gobierno de Canadá en virtud del Artículo 1128 del TLCAN, 2 de noviembre de 2021, párr. 26 [Traducción del Tribunal].

¹⁶² Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 138 [Traducción del Tribunal].

inexactas y, por lo tanto, no pueden aceptarse *prima facie*” a efectos de la Regla 41.¹⁶³ Perú destaca que Scotiabank no se refiere ni a una disposición del derecho peruano para respaldar sus afirmaciones respecto de los supuestos efectos jurídicos del pago bajo protesta, lo cual Perú no considera sorprendente dado que el concepto “simplemente no existe como tal en derecho peruano, ya sea Derecho Tributario, Derecho Administrativo o Derecho Civil.”¹⁶⁴ Según Perú, el pago de una obligación que surge de una orden de pago de la SUNAT es un requisito previo para que un deudor tributario pueda interponer una reclamación en virtud del Artículo 132 del Código Tributario Peruano, y la “circunstancia de si dicho pago se realiza ‘bajo protesta’ o de otro modo no es relevante a tal efecto.”¹⁶⁵ El hecho de que un contribuyente pueda impugnar una deuda fiscal y “pueda tener derecho a *solicitar* el reembolso de los fondos abonados a la SUNAT ante los tribunales internos no significa que tenga derecho a *recibir* dichos montos” o un derecho adquirido sobre tales montos.¹⁶⁶

(2) La posición de la Demandante

186. Scotiabank defiende su posición de que tiene dos inversiones cubiertas a los fines de su Reclamo por Expropiación en virtud del TLC y del Convenio del CIADI: su inversión en Scotiabank Perú y su inversión en el monto de intereses moratorios pagados bajo protesta por Scotiabank Perú.
187. Analizaremos primero el Artículo 847 del TLC. Scotiabank sostiene que solo necesita demostrar que el supuesto encuadra en uno de los subpárrafos que definen “inversión”. Scotiabank coloca los intereses moratorios que pagó bajo protesta dentro de la categoría del Artículo 847(h) de “la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de [Perú] para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte.”¹⁶⁷ Con respecto al término “participación”, que no está definido en el TLC, Scotiabank afirma que se debe interpretar de manera suficientemente amplia

¹⁶³ Réplica, párr. 258 [Traducción del Tribunal].

¹⁶⁴ Réplica, párr. 260 [Traducción del Tribunal].

¹⁶⁵ Réplica, párr. 262, donde se cita el Código Tributario Peruano, Artículos 132, 136 [Traducción del Tribunal].

¹⁶⁶ Réplica, párr. 263 [Traducción del Tribunal].

¹⁶⁷ Respuesta, párrs. 123-124 [Traducción del Tribunal].

para abarcar derechos personales y de propiedad. Scotiabank reclama esos derechos en virtud del monto de intereses moratorios abonados, porque el derecho peruano permite el pago bajo protesta e, independientemente de que el pago se haya realizado bajo protesta, preserva el derecho del acreedor a recuperar los montos pagados indebidamente. Específicamente el Artículo 38 del Código Tributario establece que la Administración Tributaria debe devolver los pagos realizados indebidamente o en exceso con intereses, y los Artículos 1267 y 1954 del Código Civil imponen, de manera general, la restitución e indemnización en el contexto de pagos realizados indebidamente.¹⁶⁸ En relación con esto, Scotiabank rechaza el argumento de Perú de que su derecho a solicitar el reembolso de los intereses moratorios no brinda un derecho adquirido al reembolso, con fundamento en que el derecho al reembolso surge del Artículo 38 del Código Tributario y del Código Civil; en otras palabras, “Scotiabank puede hacer uso del proceso judicial como un medio para ejercer ese derecho, pero el derecho está establecido independientemente de dicho proceso.”¹⁶⁹

188. En cuanto al requisito de un compromiso de capital para el desarrollo de una actividad económica en Perú, Scotiabank sostiene que “el monto de intereses no puede estar aislado de la inversión más significativa de Scotiabank en Scotiabank Perú”, porque “[s]i Scotiabank Perú no efectuaba el pago, habría enfrentado consecuencias significativas, e incluso la ejecución de sus activos”, y el pago “fue parte de sus operaciones en marcha y aseguró que sus activos subyacentes y su capacidad para operar no fueran ejecutados o menoscabados” y estaba “por ello asociado con la capacidad de Scotiabank Perú de operar y generar ingresos.”¹⁷⁰ Scotiabank enfatiza que Scotiabank Perú “realizó un pago de más de USD 100 millones a Perú para evitar las consecuencias significativas que podrían surgir para su empresa si no lo hacía”, y esto debe considerarse como “un compromiso de capital que es parte de sus operaciones en marcha.”¹⁷¹ Esta situación es diferente, aclara Scotiabank, de los casos en los que se determinó que las reclamaciones sobre derechos

¹⁶⁸ Respuesta, párr. 125 y nota al pie 138; Dúplica, párr. 135.

¹⁶⁹ Dúplica, párr. 136 [Traducción del Tribunal].

¹⁷⁰ Dúplica, párr. 126; Dúplica, párr. 139 [Traducción del Tribunal].

¹⁷¹ Dúplica, párr. 132 [Traducción del Tribunal].

contractuales pecuniarios no eran inversiones en virtud de tratados bilaterales de inversión, tal como en *Global Trading c. Ucrania*, que versaba sobre un contrato de compraventa de carne de ave. Scotiabank explica que, de manera contraria a lo que alega Perú, no argumenta que existe una inversión cada vez que se paga una deuda, porque en esa situación no hay sustento para reclamar el recupero de la deuda pagada, mientras que “[e]n este caso, el derecho peruano establece un derecho a ese recupero en los casos en los que los montos se pagaron indebidamente o en exceso.”¹⁷²

189. Pasando a la cuestión de las inversiones cubiertas en virtud del Convenio del CIADI, Scotiabank ofrece dos argumentos para desestimar la objeción de Perú.
190. El primer argumento de Scotiabank es que el Convenio del CIADI no es aplicable para determinar si una inversión es susceptible de ser expropiada. La posición de Scotiabank es que el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI —que establece que la jurisdicción se extenderá “a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión” entre las partes— se aplica a “la inversión y la diferencia como un todo, aún si se supone que se ha expropiado solamente un subconjunto de esa inversión.”¹⁷³ En este caso, dice Scotiabank, la diferencia surge de la inversión de Scotiabank en Scotiabank Perú como un todo, que es incuestionable y que lleva a “una respuesta completa.”¹⁷⁴ Una vez que se asume la jurisdicción, la tarea del Tribunal es evaluar si Scotiabank ha fundado su reclamo por expropiación, que se centra no en el Artículo 25(1) sino en si Scotiabank tenía derechos susceptibles de expropiación según el derecho peruano. Para respaldar su posición, Scotiabank cita el caso *Magyar Farming c. Hungría*, donde el tribunal consideró el negocio agrícola de las demandantes “holísticamente” como una inversión cubierta aun cuando el reclamo por expropiación se relacionaba no con la empresa en su totalidad sino

¹⁷² Dúplica, párr. 140 [Traducción del Tribunal].

¹⁷³ Respuesta, párr. 132 [Traducción del Tribunal].

¹⁷⁴ Respuesta, párr. 132; Dúplica, párr. 145 [Traducción del Tribunal].

con los derechos de arrendamiento y uso de la tierra y, para determinar si esos derechos de arrendamiento y uso eran susceptibles de expropiación, se fundó en el derecho interno.¹⁷⁵

191. El segundo argumento de Scotiabank es que, aún si el Tribunal decidiera aplicar el Artículo 25 del Convenio del CIADI, el pago de los montos de intereses moratorios efectuado bajo protesta por Scotiabank Perú cumple los requisitos para calificar como inversión cubierta en virtud de dicho Artículo. En primer lugar, Scotiabank realizó un aporte en forma de un pago a favor de Perú, que fue un compromiso de capital para obtener un beneficio económico, incluyendo “para evitar medidas precautorias perjudiciales en contra de los activos de Scotiabank Perú.”¹⁷⁶ En segundo lugar, con respecto a la duración de la inversión, el período relevante no es, según alegara Perú, el período de tres meses entre diciembre de 2013 y febrero de 2014 durante el cual Scotiabank Perú efectuó los pagos de intereses moratorios a la SUNAT, sino los muchos años transcurridos entre esos pagos y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.¹⁷⁷ En tercer lugar, Scotiabank Perú habría enfrentado un riesgo significativo si no hubiera realizado los pagos y, además, al efectuarlos, “asumió el riesgo de que podría no tener éxito en su impugnación judicial, suponiendo que la determinación se hiciera luego de un proceso justo e imparcial (que no fue así).”¹⁷⁸ Según Scotiabank, “[l]a deficiencia judicial alegada en esta acción y la existencia de esta diferencia constituyen evidencia del riesgo asumido.”¹⁷⁹
192. Scotiabank también rechaza el argumento de Perú de que, aún si el Tribunal tuviera competencia para entender en el Reclamo por Expropiación, este reclamo presenta una manifiesta falta de mérito jurídico dado que Scotiabank no tiene derecho alguno susceptible de expropiación en virtud del derecho peruano, que no reconoce que el pago bajo protesta tenga efectos jurídicos. Scotiabank reitera que el derecho peruano permite el pago bajo

¹⁷⁵ Respuesta, párr. 135, donde se cita el **Anexo documental CL-0034: Magyar Farming Company Ltd., Kintyre Kft. e Inicia Zrt. c. Hungría**, Caso CIADI No. ARB/17/27, Laudo, 13 de noviembre de 2019 (**Magyar**), párr. 249; Dúplica, párrs. 149, 272-276.

¹⁷⁶ Respuesta, párr. 138; Dúplica, párr. 155 [Traducción del Tribunal].

¹⁷⁷ Dúplica, párr. 157.

¹⁷⁸ Dúplica, párr. 140 [Traducción del Tribunal].

¹⁷⁹ Dúplica, párr. 158 [Traducción del Tribunal].

protesta y que Scotiabank Perú tiene el derecho al reembolso de los intereses moratorios pagados, con más intereses.

193. En conclusión, Scotiabank afirma que, en particular a la luz de las cuestiones controvertidas del derecho peruano, no resulta manifiestamente obvio que “los montos de intereses pagados bajo protesta *no* sean una inversión cubierta”, e insta al Tribunal a desestimar la excepción conforme a la Regla 41 respecto del Reclamo por Expropiación.¹⁸⁰

D. ¿CARECEN MANIFIESTAMENTE DE MÉRITO JURÍDICO LOS RECLAMOS DE SCOTIABANK DADO QUE NO CUMPLEN CON LAS CONDICIONES PREVIAS DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE DE PERÚ?

(1) La posición de la Demandada

194. Perú sostiene que, aún en el supuesto de que el Tribunal resolviera que es competente para resolver cualquiera de las reclamaciones de Scotiabank, todas ellas deberían desestimarse dado que Scotiabank no cumplió con las condiciones previas al consentimiento de Perú de someterse a arbitraje en virtud del TLC. Específicamente, Perú alega que, en primer lugar, Scotiabank no ha efectuado una renuncia válida de su derecho a continuar impulsando los procesos entablados ante los tribunales peruanos, y, en segundo lugar, se encuentra vencido el plazo de prescripción para enviar a Perú la Notificación de Intención de someter su Reclamo por Expropiación a arbitraje.
195. El Artículo 823(1) del TLC, titulado “Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje”, dispone lo siguiente:

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación a arbitraje bajo el Artículo 819 [Reclamación por un Inversionista de una Parte en su Propio Nombre] sólo si:

(a) el inversionista contendiente consiente al arbitraje según los procedimientos establecidos en esta Sección;

(b) por lo menos han pasado seis meses desde que sucedieron los acontecimientos que dan lugar a la reclamación;

¹⁸⁰ Respuesta, párr. 10(c) [Traducción del Tribunal].

- (c) *no han pasado más de 39 meses desde la fecha en que el inversionista tuvo, o debió haber tenido por primera vez, conocimiento de la violación alegada y conocimiento de que el inversionista incurrió en pérdida o daño por ello;*
- (d) *el inversionista contendiente entregó la Notificación de Intención requerida bajo el Artículo 821, según los requerimientos de ese Artículo, por lo menos seis meses antes de presentar la reclamación; y*
- (e) *el inversionista contendiente y, cuando la reclamación sea por la pérdida o daño a un interés en una empresa de la otra Parte que es una persona jurídica que el inversionista posee o controla directa o indirectamente, la empresa renuncian a su derecho de iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o corte judicial bajo la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que se alega ser una violación referida en el Artículo 819, salvo los procedimientos cautelares que no incluyan el pago de daños ante un tribunal administrativo o corte judicial bajo la ley de la Parte contendiente.*

196. El Artículo 823(3) del TLC establece que la renuncia a la que se hace referencia en el Artículo 823(1) deberá realizarse en la forma prevista en el Anexo 823.1, entregarse a la Parte contendiente e incluirse en el sometimiento de una reclamación a arbitraje.

a. Renuncia efectiva

197. Resulta indiscutido que Scotiabank y Scotiabank Perú presentaron renunciaciones efectivamente idénticas utilizando el formato del Anexo 823.1 junto con la Solicitud de Arbitraje. En su Consentimiento al Arbitraje y Renuncia, Scotiabank prestó su:¹⁸¹
198. *consentimiento al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en el [TLC], y su renuncia al derecho de iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o corte judicial bajo la ley de cualquiera de las Partes del TLC, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a la medida de la República del Perú que se alega es una violación referida en el Artículo 819 o en el Artículo 820, salvo los procedimientos cautelares, declaratorios u otro recurso extraordinario que no incluyan el pago de daños ante un tribunal administrativo o corte*

¹⁸¹ Respuesta, párr. 147; **Anexo documental C-0044**: Consentimiento al Arbitraje y Renuncia de Scotiabank; **Anexo documental C-0032**: Consentimiento al Arbitraje y Renuncia de Scotiabank Perú [Traducción del Tribunal].

judicial bajo la ley de la República del Perú. Perú considera que las renunciaciones son ineficaces y, por ende, anulan el consentimiento de Perú a este arbitraje.

199. La objeción de Perú reside en que, a pesar de acompañar renunciaciones a su Solicitud de Arbitraje, “en la misma Solicitud de Arbitraje, la propia Scotiabank admitió que todavía existen recursos en trámite ante el Tribunal Constitucional en relación con la imposición de la Deuda Tributaria de 1999 en la Decisión de la SUNAT de 2011 según lo ratificara la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013.”¹⁸² Específicamente, Perú cita una nota al pie que aparece en la Solicitud de Arbitraje de Scotiabank:¹⁸³

El Recurso Tributario analiza si la aplicación de los impuestos al valor agregado fue apropiada, es decir si las operaciones de compraventa de oro impugnadas fueron reales, así como la legalidad de la imposición del tributo. El 4 de julio de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ratificó la imposición de los impuestos al valor agregado contra Scotiabank Perú. El 5 de julio de 2018, Scotiabank Perú interpuso un recurso de amparo para impugnar el fallo de la Corte Suprema. El 28 de diciembre de 2020, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima desestimó el amparo. El 12 de enero de 2021, Scotiabank Perú apeló ese fallo ante la Primera Sala Constitucional de Lima, que rechazó el recurso. El 15 de agosto de 2022, Scotiabank Perú inició un procedimiento ante el Tribunal Constitucional del Perú que se encuentra pendiente a la fecha de la presente Solicitud de Arbitraje. El Recurso Tributario no involucra el devengamiento de intereses moratorios.

200. A la luz de la continuación, por parte de Scotiabank, del procedimiento del Recurso Tributario pendiente, Perú sostiene que Scotiabank incurrió en un “incumplimiento sustancial” del Artículo 823(1)(e) del TLC. Para respaldar dicha postura, Perú cita el arbitraje del TLCAN *Waste Management c. México*, en el cual el tribunal sostuvo que “[c]ualquier renuncia [...] implica un acto formal y material por parte del que la presenta” y “lógicamente llevará aparejado un determinado comportamiento consecuente con la manifestación emitida.”¹⁸⁴ En el caso *Waste Management*, a pesar de la existencia de una

¹⁸² Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 149 [Traducción del Tribunal].

¹⁸³ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 150, donde se cita la Solicitud de Arbitraje, nota al pie 3 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

¹⁸⁴ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 153, donde se cita el **Anexo documental RL-0002: *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos***, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000 (*Waste Management*), párrs. 20, 24 .

carta formal de renuncia, el tribunal consideró que la demandante no había actuado de manera consecuente con dicha renuncia dado que había continuado impulsando acciones judiciales en México a través de su sociedad subsidiaria mexicana. El tribunal rechazó el intento de la demandante de hacer una diferenciación con los procedimientos mexicanos sobre la base de que no se referían a las medidas presuntamente violatorias del TLCAN y concluyó que tales acciones y el procedimiento arbitral tenían su fundamento en las mismas medidas y, por ende, implicaban “el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños”, que “es precisamente lo que pretende evitar el Artículo 1121 del TLCAN.”¹⁸⁵

201. Al equiparar la situación concerniente a la renuncia en este caso con la del caso *Waste Management*, Perú rechaza la supuesta estrategia de Scotiabank “de eludir el requerimiento de la renuncia compartimentando artificialmente los diversos procedimientos judiciales que se relacionan con la misma medida” y afirma que “las medidas que constituyen las presuntas violaciones de la Demandada en el presente arbitraje están inextricablemente unidas al Recurso Tributario en curso.”¹⁸⁶ Perú identifica cuatro supuestos vicios en la estrategia de Scotiabank:¹⁸⁷

De hecho, todos los procedimientos (es decir, la denominada “Demanda de Amparo por Intereses Moratorios”, el “Recurso Tributario” y el presente arbitraje) (i) surgen de las impugnaciones de Scotiabank a la misma Decisión de la SUNAT de 2011 que fuera ratificada por la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013; (ii) están relacionados con una misma deuda tributaria, que incluye el impuesto al valor agregado y los intereses moratorios adeudados por Scotiabank Perú; (iii) están tan estrechamente relacionados que en el supuesto de que Scotiabank resultara victorioso en el Recurso Tributario, los Pagos Tributarios serían reembolsados (con intereses) y el objeto del presente arbitraje se perdería; y (iv) el futuro laudo dictado en el presente arbitraje y toda decisión que pudiera emitirse en un procedimiento planteado simultáneamente ante un foro nacional en relación con el Recurso Tributario implican un riesgo de doble recuperación y de decisiones contradictorias.

¹⁸⁵ *Waste Management*, párr. 27.

¹⁸⁶ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párrs. 157, 159 [Traducción del Tribunal].

¹⁸⁷ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 159 [Traducción del Tribunal].

202. Con respecto al primer vicio, Perú enfatiza que tanto la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios como el Recurso Tributario “surgen de la misma medida adoptada por el gobierno peruano: la Decisión de la SUNAT de 2011, ratificada por la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013 y, por ende, confirmatoria de la Deuda Tributaria de 1999 adeudada por Scotiabank Perú.”¹⁸⁸ Perú niega el argumento de Scotiabank de que esa sería una caracterización errónea de su postura y describe dicho argumento como “sofista.”¹⁸⁹
203. En relación con el segundo vicio, que atañe a la relación entre los intereses y la deuda, Perú reitera que el Artículo 28 del Código Tributario Peruano (Componentes de la Deuda Tributaria) establece que “la deuda tributaria [...] está constituida por el tributo, la multa y los intereses”. Perú también cita el Artículo 33 del Código Tributario Peruano, que dispone que “[e]l monto del tributo no pagado dentro de los plazos indicados en el Artículo 29° devengará un interés equivalente a la Tasa de Interés Moratorio.”¹⁹⁰ A la luz de estas disposiciones del Código Tributario, Perú arguye que “la distinción que Scotiabank pretende realizar artificialmente entre la Obligación por IGV y los intereses moratorios abonados por parte de Scotiabank no solo es irrazonable sino también incorrecta según el derecho peruano” en virtud del cual “toda obligación de abonar intereses moratorios es ‘parte integral’ de la misma deuda que el impuesto al valor agregado.”¹⁹¹ De hecho, observa Perú, la orden de pago de la SUNAT incluía tanto la Obligación por IGV como los intereses moratorios devengados, y los Pagos Tributarios efectuados por Scotiabank Perú incluían ambos conceptos.
204. En cuanto al tercer vicio, Perú acusa a Scotiabank de ignorar la relación inextricable que existe entre el Recurso Tributario y la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios y el impacto que podría tener en el presente arbitraje el resultado del Recurso Tributario. En opinión de Perú, si el resultado del Recurso Tributario fuera favorable a Scotiabank, la deuda tributaria original derivada de las operaciones de compraventa de oro del Banco Wiese quedaría anulada y “toda la deuda, junto con los intereses moratorios

¹⁸⁸ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 160 [Traducción del Tribunal].

¹⁸⁹ Réplica, párr. 278 [Traducción del Tribunal].

¹⁹⁰ Código Tributario Peruano, Arts. 28, 33.

¹⁹¹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 161 [Traducción del Tribunal].

correspondientes a la demora en el pago entre los años 1999 y 2013, que Scotiabank alega se habrían devengado ‘*como resultado de la dilación provocada por la SUNAT y el Tribunal Fiscal*’ y que es objeto de su reclamo en este arbitraje, resultaría anulada.”¹⁹² Perú cita el fundamento del voto concurrente del magistrado Miranda Canales expuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 quien, luego de observar que los intereses son considerados un componente de la deuda tributaria en virtud del derecho peruano, escribe:¹⁹³

De este modo es posible afirmar que al dejarse sin efecto la obligación tributaria a través del procedimiento contencioso tributario o, en su caso, a través del proceso contencioso administrativo, la decisión alcanza también a los intereses. De allí que no es posible justificar un pronunciamiento en sede constitucional sobre los intereses de un tributo que aún se encuentra siendo discutido ante la autoridad administrativa o judicial ordinaria.

205. Respecto del cuarto y último vicio, Perú señala que, en el supuesto de que la resolución del Recurso Tributario fuera favorable para Scotiabank, la SUNAT tendría la obligación, en virtud del Código Tributario Peruano, de reembolsar a Scotiabank Perú el IGV y los montos abonados a la SUNAT en concepto de intereses moratorios en su totalidad, más los intereses adicionales devengados a partir de las fechas en las que Scotiabank Perú efectuó los Pagos Tributarios y hasta la fecha del reembolso efectivo.¹⁹⁴ Dado que, en dicha eventualidad, Perú habría compensado plenamente a Scotiabank por los intereses moratorios abonados previamente —lo cual fue objeto de la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios— Perú sostiene que la continuación del presente procedimiento de arbitraje genera “un alto riesgo de doble recupero y de decisiones contradictorias, que es precisamente lo que el requisito de la renuncia busca impedir.”¹⁹⁵ Como Scotiabank reconoce que el resultado del procedimiento de amparo correspondiente al Recurso Tributario “puede [...] resultar favorable para Scotiabank Perú”, Perú insiste en que “la

¹⁹² Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 162 (énfasis de Perú) [Traducción del Tribunal].

¹⁹³ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 163 donde se cita el **Anexo documental R-0008**: Sentencia No. 919/2021 del Tribunal Constitucional de 2021, voto del magistrado Miranda Canales, 20 de noviembre de 2021, párrs. 8-9.

¹⁹⁴ Código Tributario Peruano, Arts. 33 y 38.

¹⁹⁵ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 165; Réplica, párr. 283 [Traducción del Tribunal].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021, el Recurso Tributario que se encuentra en trámite y el presente arbitraje forman parte del mismo esfuerzo multifacético de Scotiabank de ser resarcido por los pagos que Scotiabank Perú efectuó a la SUNAT.”¹⁹⁶ Como manifestaron los abogados en la audiencia:¹⁹⁷

Si hay un reembolso, entonces este arbitraje deviene abstracto porque no sería necesario porque según Waste Management esto tendría un impacto directo respecto del arbitraje, y hay un solapamiento significativo entre los procedimientos locales y este arbitraje.

206. En relación con la propuesta de Scotiabank de brindar una garantía para evitar la doble recuperación del monto correspondiente a los intereses moratorios, Perú considera que esto es “irrelevante e inconducente respecto de la determinación del Tribunal sobre si la Demandante ha cumplido con el requerimiento de la renuncia exigido en el Artículo 823(e)”, el cual constituye un requisito para el consentimiento de sometimiento a arbitraje por parte de Perú y para la competencia del Tribunal.”¹⁹⁸
207. Perú pide a este Tribunal que arribe a la misma conclusión que el tribunal en *Waste Management* y, “dado que resulta evidente que los procedimientos pendientes ante los tribunales peruanos y el presente arbitraje” surgen de las mismas medidas, que resuelva que las cartas de renuncia de Scotiabank son ineficaces.¹⁹⁹ En ausencia del cumplimiento, por parte de Scotiabank, de esta condición previa y necesaria para el consentimiento de Perú de someterse a arbitraje según se establece en el Artículo 823(1)(e) del TLC, Perú considera que las reclamaciones de Scotiabank adolecen de una manifiesta falta de mérito jurídico.

¹⁹⁶ Réplica, párr. 288 [Traducción del Tribunal].

¹⁹⁷ Audiencia del 26 febrero 2024, Transcripción 204: 1-7.

¹⁹⁸ Réplica, párr. 291 [Traducción del Tribunal].

¹⁹⁹ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 165 [Traducción del Tribunal].

b. Prescripción

208. Perú afirma que, aún si el Reclamo por Expropiación pudiera llegar a considerarse de algún modo como una inversión protegida, dicho reclamo ha de fracasar porque habría prescrito en virtud del Artículo 823(1)(c) del TLC.
209. De acuerdo con Perú, la medida estatal que se pretende aducir cristalizó la supuesta expropiación de Perú, fue la orden de pago de la SUNAT de 2013 a Scotiabank Perú, que fuera adoptada casi nueve años antes de que Scotiabank presentara su Solicitud de Arbitraje el 31 de octubre de 2022 —período mucho más largo que el plazo de 39 meses previsto en el Artículo 823(1)(c)—. Perú subraya que la redacción del Artículo 823(1)(c) describe un plazo perentorio, es decir que Scotiabank podría presentar el Reclamo por Expropiación únicamente dentro del plazo de 39 meses posteriores a la fecha en la que tuvo o debió haber tenido por primera vez conocimiento de la supuesta violación del TLC y de la pérdida o daño. El no haber presentado el Reclamo dentro de dicho lapso anula el consentimiento de Perú a someterse a arbitraje.
210. En respaldo de ello, Perú hace referencia a otros casos del CIADI en donde los tribunales hallaron que la falta de cumplimiento de los plazos de prescripción del tratado constituía una causal que justificaba la desestimación parcial o total de las reclamaciones en virtud de la Regla de Arbitraje 41. Estos casos incluyen *AFC Investments c. Colombia* y *Ansung Housing c. China*.²⁰⁰ Perú peticiona que el Tribunal no se aparte de la “clara lógica” del fallo en el caso *Ansung*, que tiene paralelismos “sorprendentes” con la situación del presente arbitraje:²⁰¹

Al igual que la Demandante, la demandante en el caso Ansung alegó que la fecha adecuada para comenzar a contar el plazo de prescripción del tratado era la fecha en la que se había “cristalizado” la pérdida o daño; (ii) las disposiciones relativas a plazos contenidas tanto en el TBI entre China y Corea como en el TBI entre Perú y Canadá son comparables. En ambos casos el evento a partir del cual se calcula

²⁰⁰ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 173 donde se cita el **Anexo documental RL-0039: *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia***, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo sobre la Objeción Preliminar de la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 24 de febrero de 2022 (***AFC Investments***), párrs. 196-197 y el **Anexo documental RL-0030: *Ansung Housing Co., Ltd. c. República Popular China***, Caso CIADI No. ARB/14/25, Laudo, 9 de marzo de 2017 (***Ansung Housing***), párr. 122.

²⁰¹ Réplica, párr. 296 [Traducción del Tribunal].

*el plazo es la fecha en la que la demandante conoció “por primera vez” el incumplimiento o daño; y (iii) es de crucial importancia que en *Ansung* el tribunal arribó a su decisión en el contexto de un procedimiento al amparo de la Regla 41.*

211. Perú rechaza el argumento de Scotiabank de que la supuesta expropiación no tuvo lugar hasta el dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios en diciembre de 2021, lo que colocaría la expropiación dentro del plazo de 39 meses de la presentación de la Solicitud de Arbitraje por parte de Scotiabank. Perú describe este argumento como “insostenible y abiertamente contradictorio de la jurisprudencia arbitral sobre cómputo de plazos en reclamaciones de expropiación.”²⁰²
212. Otros tribunales, sostiene Perú, han concluido que el punto de partida relevante para el cómputo de los plazos para una reclamación de expropiación es la fecha en la cual un inversionista se ha visto privado de sus derechos de propiedad en la supuesta inversión. Perú menciona el caso *Alan Berkowitz c. Costa Rica*, que versa sobre una disposición en el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica-República Dominicana-Estados Unidos similar al Artículo 823(1)(c) del TLC, en el que el tribunal consideró que habían prescrito las reclamaciones de la demandante porque las decisiones administrativas presuntamente expropiatorias habían sido dictadas más de tres años antes del comienzo del arbitraje.²⁰³ El tribunal en *Berkowitz* sostuvo que la fecha adecuada para iniciar un arbitraje por expropiación era la fecha en la que “el uso práctico y económico de las propiedades se había perdido irremediablemente”, que tuvo lugar a más tardar en la fecha del decreto de expropiación independientemente de los procedimientos judiciales entablados posteriormente.²⁰⁴
213. Perú también se basa en el caso del TLCAN *Apotex c. Estados Unidos de América*, en el que el plazo correspondiente para la presentación de reclamaciones en virtud de los Artículos 1116(2) y 1117(2) del TLCAN, con una redacción similar a la del Artículo

²⁰² Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 175 [Traducción del Tribunal].

²⁰³ Réplica, párrs. 309, 312; **Anexo documental RL-0031**: *Spence International Investments LLC., Aaron C. Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional (corregido), 30 de mayo de 2017 (*Berkowitz*).

²⁰⁴ *Berkowitz*, párr. 264.

823(1)(c) del TLC, era de tres años.²⁰⁵ Al abordar un argumento planteado por Apotex que sostenía que una decisión de la Administración de Alimentos y Medicamentos de EE.UU. (*US Food and Drug Administration* - la **FDA**) que le impedía comercializar determinados productos y la conducta de los tribunales estadounidenses en litigios posteriores concernientes a dicha decisión eran expropiatorias, el tribunal resolvió que el reclamo se encontraba prescrito dado que la decisión de la FDA, que era la causa del supuesto daño sufrido por Apotex, había sido dictada más de tres años antes del comienzo del arbitraje. El tribunal sostuvo que Apotex no podía eludir esta conclusión alegando que la decisión de la FDA era parte de un incumplimiento continuado en razón de que el curso de la prescripción de tres años se había visto suspendido por la posterior interposición de procedimientos judiciales. Perú destaca el énfasis que coloca el tribunal en el caso *Apotex* cuando señala que el Artículo 1116(2) del TLCAN constituía una “excepción de prescripción clara y rígida, que [...] no está sujeta a ninguna suspensión, prolongación ni ninguna otra cualificación.”²⁰⁶

214. Perú solicita a este Tribunal que aplique el mismo criterio que el tribunal en *Apotex* y que no permita a Scotiabank —quien sabía o debía haber sabido que Perú tenía la intención de proceder con el cobro de intereses moratorios cuando la SUNAT emitió su orden de pago en 2013— “extender artificialmente el plazo [del TLC] de 39 meses a un período de casi diez años”, por ende evitando “entender en una diferencia arbitral respecto de la cual Perú no ha prestado su consentimiento para someterse a arbitraje.”²⁰⁷
215. En suma, Perú alega que el Reclamo por Expropiación de Scotiabank carece manifiestamente de merito jurídico dado que se encuentra prescrito.

²⁰⁵ Réplica, párrs. 309-311; **Anexo documental RL-0021**: *Apotex Inc.c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. UNCT/10/2, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013 (*Apotex*).

²⁰⁶ *Apotex*, párr. 327 [Traducción del Tribunal].

²⁰⁷ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párrs. 180-181; Réplica, párrs. 309-311 [Traducción del Tribunal].

(2) La posición de la Demandante

216. Scotiabank otorga escasa importancia a la posición de Perú en relación con las dos condiciones previas impugnadas previstas en el Artículo 823 del TLC.

a. Renuncia efectiva

217. En cuanto a la renuncia establecida en el Artículo 823(1)(e), Scotiabank se apoya principalmente en el texto de dicho Artículo, que exige una renuncia del derecho a iniciar o continuar “cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que se alega ser una violación”, y no renunciar al derecho de continuar impulsando toda acción judicial.²⁰⁸ Scotiabank insiste en que ha “renunciado incondicionalmente a su derecho a iniciar o continuar todo procedimiento relativo a las ‘medidas’ impugnadas en el presente arbitraje”; dichas medidas atañen solo a la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios y no al Recurso Tributario que se encuentra pendiente.²⁰⁹ Scotiabank reitera que tanto ella como Scotiabank Perú han renunciado formalmente —en lo que Scotiabank describe como “términos inequívocos e incondicionales”— a su “derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o corte judicial bajo la ley de cualquier Parte del TLC, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a la medida de la República del Perú que se alega configura la violación a la que hace referencia el Artículo 819 u 820.”²¹⁰

218. Una vez más, Scotiabank relaciona la impugnación de Perú de las renunciaciones con la caracterización errónea que este último realiza de las reclamaciones de aquella como vinculadas con la Decisión de la SUNAT de 1999 y el Recurso Tributario pendiente. Scotiabank arguye que, al efectuar esta vinculación, Perú ignora el importante texto del Artículo 823(e) que establece que la renuncia debe aplicarse solo a los procedimientos “con respecto a la medida de la Parte contendiente que se alega constituye ser una violación”. Scotiabank reitera que la medida que subyace a la pretensión que plantea ante este Tribunal

²⁰⁸ Respuesta, párr. 146.

²⁰⁹ Respuesta, párr. 10(d) [Traducción del Tribunal].

²¹⁰ Respuesta, párr. 147; **Anexo documental C-0044**: Consentimiento al Arbitraje y Renuncia de Scotiabank [Traducción del Tribunal].

—el trato judicial injusto recibido por parte del Tribunal Constitucional en relación con la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios— es una medida distinta de la que da fundamento al Recurso Tributario. En palabras de Scotiabank, “[l]a cuestión ante este Tribunal consiste en dilucidar si la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 resulta violatoria del TLC” y “[d]icha cuestión no se encuentra ante ninguna otra corte o ningún otro tribunal.”²¹¹

219. Scotiabank concuerda con Perú en que el objeto del requisito de la renuncia establecido en el TLC es evitar o minimizar el riesgo de resultados contradictorios o, en las propias palabras de Perú, el “doble recupero por la misma conducta o medida.”²¹² No obstante, contrariamente a la postura de Perú, Scotiabank sostiene que esto no implica que “cada vez que exista riesgo de doble recupero se debe aplicar el requisito de la renuncia.”²¹³ Scotiabank rechaza el argumento de Perú de que la renuncia debe abordar la posible superposición entre el monto de intereses moratorios que se encuentra en el corazón de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 y la posible recuperación, por parte de Scotiabank, del mismo monto si resulta vencedora en el Recurso Tributario. Según Scotiabank:²¹⁴

*Incluso si la indemnización por daños pretendida en este caso se superpusiera teóricamente con los montos que pueden llegar a recuperarse a partir del Recurso Tributario, esto no significa, como sugiere Perú, que las medidas impugnadas en ambos procedimientos sean las mismas. No lo son. Simplemente significa que la pérdida en la que incurrió Scotiabank se superpone, pero el **daño** que se le ha ocasionado surge de medidas específicas. Cabe destacar en este sentido que el Artículo 823 no establece que la demandante deba renunciar a todos los procedimientos con respecto a la misma **pérdida** o el mismo **daño**, sino respecto de la misma **medida**.*

220. De cualquier modo, Scotiabank niega que exista riesgo de doble recupero del monto correspondiente a intereses moratorios entre el presente arbitraje y el Recurso Tributario. Scotiabank afirma que, incluso si el resultado del Recurso Tributario le fuera favorable, es

²¹¹ Respuesta, párr. 151 [Traducción del Tribunal].

²¹² Dúplica, párr. 172, donde se cita la Réplica, párr. 283 [Traducción del Tribunal].

²¹³ Dúplica, párr. 172 [Traducción del Tribunal].

²¹⁴ Respuesta, párr. 153 [Traducción del Tribunal].

posible que no recuperase el monto de intereses moratorios pagado bajo protesta, y, además, la justicia peruana ha reconocido que no existe riesgo de llegar a fallos contradictorios en los casos en que un actor impulsa tanto una acción de amparo que persigue impugnar el cobro de intereses moratorios como un proceso judicial que busca impugnar la deuda tributaria impuesta por la SUNAT.²¹⁵ Scotiabank también se compromete a ofrecer una garantía de que, si, en última instancia, fuera a recuperar el monto correspondiente a los intereses moratorios devengados en virtud del Recurso Tributario, no intentará cobrar esa suma dos veces.

221. Scotiabank considera que esta situación debe distinguirse de la del caso *Waste Management c. México*, en la que se basa Perú. Según Scotiabank, en *Waste Management* la demandante presentó una renuncia que intentaba preservar su derecho a entablar un proceso de resolución de controversias sobre la base de una ley interna de México que se superponía con sus reclamos de violación del TLCAN, y por consiguiente —a diferencia de Scotiabank— presentaba el mismo terreno fáctico que el arbitraje en virtud del tratado.”²¹⁶

b. Prescripción

222. Respecto del plazo de prescripción de 39 meses previsto en el Artículo 823(1)(c), Scotiabank mantiene que dicho plazo no empezó a correr hasta el momento en que el Tribunal Constitucional dictó su sentencia en diciembre de 2021, que fue la fecha en la que “tomó conocimiento o debió haber tomado conocimiento por primera vez de la supuesta violación” —a saber, la expropiación ilícita resultante de la presuntamente injusta Sentencia del Tribunal Constitucional— y “conocimiento de que había incurrido en pérdida o daño como consecuencia de ella” —es decir, que la Sentencia del Tribunal Constitucional le había privado de toda posibilidad de recuperar los intereses moratorios que había abonado bajo protesta—.

²¹⁵ Respuesta, párr. 152, donde se citan los **Anexos documentales C-0063 y C-0065**: respectivamente, Resolución No. 7 y Resolución No. 5 emitidas por la Tercera Sala Especializada en lo Civil.

²¹⁶ Respuesta, párr. 156 [Traducción del Tribunal].

223. Scotiabank sostiene que la posición contraria de Perú —esto es, que cualquier expropiación de los intereses moratorios se cristalizó con la Decisión de la SUNAT de 1999— cae por dos razones. En primer lugar, la posición es incoherente internamente porque Perú impugnó solamente el Reclamo por Expropiación por encontrarse prescrito, si bien los reclamos de TJE y de Trato Nacional también se fundan en la misma medida. En segundo lugar, el Artículo 823(1)(c) exige el conocimiento tanto de la supuesta violación del TLC como del daño o de la pérdida derivados de ella y, aquí, la “respuesta completa” es que la supuesta violación se relaciona con la conducta injusta del Tribunal Constitucional en el dictado de su sentencia en la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios de 2021.²¹⁷
224. Incluso si se tiene en cuenta la cuestión de la pérdida o el daño, Scotiabank asevera que no podría haber conocido su pérdida respecto de los intereses moratorios pagados bajo protesta antes del dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Esto se debe, sostiene Scotiabank, a que gozaba del derecho a un reembolso mientras se encontraba en trámite la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios, el cual “perdió definitiva e irreversiblemente” solamente cuando el caso fue desestimado por el Tribunal Constitucional.²¹⁸ Scotiabank se apoya en el fallo del tribunal en el caso *Infinito c. Costa Rica*, que sostiene que “[una] expropiación judicial solo puede ocurrir cuando se dicte un fallo definitivo o cuando el término para apelar se haya vencido.”²¹⁹ Como observa Scotiabank, “no podría haber planteado su reclamo antes”, porque dicho reclamo “no surgió hasta después de haber experimentado el proceso judicial injusto ante el Tribunal Constitucional.”²²⁰
225. Scotiabank distingue la única autoridad legal en la que se basa Perú para respaldar su posición contraria, *Ansung Housing c. China*, fundado en que según la disposición correspondiente a la prescripción en dicho caso el plazo empezó a correr cuando Ansung conoció, de manera real o presunta, que había sufrido pérdida o daño, sin referencia al

²¹⁷ Respuesta, párr. 159; Dúplica, párr. 182 [Traducción del Tribunal].

²¹⁸ Respuesta, párr. 160 [Traducción del Tribunal].

²¹⁹ **Anexo documental CL-0027:** *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021, párrs. 238-239.

²²⁰ Dúplica, párr. 189 [Traducción del Tribunal].

conocimiento de la violación pertinente. Asimismo, Scotiabank manifiesta que, a diferencia de *Ansung*, no ha planteado ningún hecho en donde efectivamente admita que sabía que había sufrido una pérdida antes de la fecha de corte del TLC y las pérdidas sufridas posteriormente y, en lugar de ello, vincula la fecha de su pérdida en la Solicitud de Arbitraje —como el momento relevante para su Reclamo por Expropiación— al dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.

226. Scotiabank enfatiza que Perú no ha citado ni un solo laudo en el que el tribunal haya fallado que el período de prescripción previsto en el tratado haya comenzado a correr a partir de una decisión judicial que era susceptible de apelación. Scotiabank también distingue los dos casos en los que se apoya Perú: *Berkowitz c. Costa Rica* y *Apotex c. Estados Unidos de América*. En cuanto a *Berkowitz*, Scotiabank considera importante que las demandantes en dicho caso hayan admitido efectivamente en sus escritos principales que la última de una serie de medidas supuestamente expropiatorias de sus derechos de propiedad ocurrió tres meses antes de la fecha de corte prevista en el tratado, cuando no había ningún procedimiento judicial en trámite que suspendiera la supuesta expropiación. Con respecto a *Apotex*, Scotiabank observa que el tribunal diferencia entre la aplicación del plazo de prescripción previsto en el tratado para el reclamo por expropiación de la demandante, que se basa en la decisión específica de la FDA en cuestión, y las subsiguientes impugnaciones a dicha decisión planteadas judicialmente. Y a ello agrega que en los casos en los que, como en el presente, “la medida impugnada es una decisión judicial posterior, entonces esa es la fecha de la supuesta violación o pérdida” a fin de la prescripción.²²¹

VIII. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

A. INTRODUCCIÓN

227. Perú ha presentado una Solicitud de Aplicación de la Regla 41 complicada, que efectivamente crea una matriz de cuatro causales para la desestimación de las tres reclamaciones de Scotiabank por violación del tratado. Los escritos de las Partes son

²²¹ Respuesta, párr. 164 [Traducción del Tribunal].

extensos; Perú presentó una Solicitud de 57 páginas que luego respaldó con una Réplica de 103 páginas. Aún con la ayuda de las presentaciones de los abogados en la audiencia, el Tribunal ha tenido que dedicarle mucho tiempo a comprender y analizar la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por Perú y las defensas planteadas por Scotiabank respecto de dicha Solicitud.

228. Sin embargo, el Tribunal no acepta la sugerencia de Scotiabank de que la complejidad en sí misma es justificación suficiente para desestimar la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 de Perú. En palabras del tribunal en *Trans-Global*, “este ejercicio [de la Regla 41] puede no ser siempre sencillo”, puede exigir gran cantidad de presentaciones escritas, y “por lo tanto, puede ser complicado, pero nunca debería ser difícil.”²²²
229. El Tribunal acepta, *prima facie*, tal como debe hacerlo al decidir sobre una Solicitud de Aplicación de la Regla 41, las reclamaciones por incumplimiento del TLC como encuadradas razonablemente por Scotiabank y los hechos como fueron planteados por dicha parte en respaldo de sus reclamaciones. Según el encuadre que realiza Scotiabank, la cuestión central de sus Reclamos de TJE, de Trato Nacional y por Expropiación es que la Sentencia de Tribunal Constitucional de 2021 frustró de manera indebida y permanente su oportunidad de obtener el reembolso del monto de más de USD 100 millones abonado en concepto de intereses moratorios en relación con la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios. Con respecto a los hechos, Scotiabank podrá o no ser capaz de probar en este arbitraje los hechos relevantes del supuesto trato injusto recibido en los procedimientos judiciales en Perú en relación con la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios. Sin embargo, esto no significa, como afirma Perú, que Scotiabank haya actuado abusivamente al plantear estos hechos en su defensa contra la Solicitud de Aplicación de la Regla 41.
230. Al abordar la tarea de analizar cada uno de los fundamentos de la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por Perú, en lo que concierne a las reclamaciones de Scotiabank, el Tribunal consideró útil el cuadro que se incluye a continuación tomado de la Solicitud

²²² *Trans-Global*, párr. 88 [Traducción del Tribunal].

de Aplicación de la Regla 41, en el cual Perú vincula sus objeciones con los Reclamos de TJE, por Expropiación Indevida y de Trato Nacional presentados por Scotiabank.²²³

	Artículo 803 (Trato Nacional)	Artículo 805 (Nivel Mínimo de Trato)	Artículo 812 (Expropiación)
Excepción de servicios financieros (Capítulo Once del TLC)	Estándar no incorporado en el Capítulo Once. Por lo tanto, el Tribunal carece de competencia sobre esta reclamación.	Estándar no incorporado en el Capítulo Once. Por lo tanto, el Tribunal carece de competencia sobre esta reclamación.	-
Excepción tributaria (Artículos 2203, 823(4))	-	No aplicable a medidas tributarias, conforme al Artículo 2203(1). Por lo tanto, el Tribunal carece de competencia sobre esta reclamación.	La cuestión no se ha remitido a las autoridades competentes en virtud del Artículo 2203(8). Por lo tanto, el Tribunal carece de competencia sobre esta reclamación.
Inversiones cubiertas (Artículo 847 TLC, Artículo 25(1) Convenio del CIADI)	-	-	Los intereses pagados por Scotiabank Perú a la SUNAT no constituyen una inversión cubierta ni en virtud del Artículo 847 del TLC entre Perú y Canadá ni del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Por lo tanto, el Tribunal carece de competencia sobre esta reclamación.
Prescripción (Artículo 823(1)(c))	-	-	El reclamo por expropiación de la Demandante se presentó pasado el plazo de 39 meses que se establece en los Artículos 823(1)€ y 823(2)(c) del TLC. Por lo tanto, el Tribunal carece de competencia sobre esta reclamación.
Renuncia (Artículo 823(1)(e))	La Demandante no renunció de manera válida y efectiva a su derecho a continuar impulsando procedimientos en curso, según lo exigen los artículos 823(1)(e) y 823(2)(e). Por lo tanto, no existe un consentimiento válido de Perú de someter esta disputa a arbitraje y el Tribunal carece de competencia sobre todas las reclamaciones de la Demandante.		
Fondo	-	-	La Demandante no tiene derechos adquiridos susceptibles de expropiación.

231. Al observar el panorama general de la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y las posiciones de las Partes sobre cada una de las excepciones opuestas conforme a la Regla 41, el Tribunal decidió analizar las excepciones de Perú en el siguiente orden: (a) la

²²³ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 56.

excepción de validez de la renuncia en virtud el Artículo 823 del TLC; (b) la excepción de inversión protegida en el marco del Artículo 847 del TLC y del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI; (c) la excepción de exclusión de las “instituciones financieras” según el Capítulo Once del TLC; y (d) la excepción de “medidas tributarias” en virtud de los Artículos 2203 y 823(4) del TLC.

B. EXCEPCIÓN DE VALIDEZ DE LA RENUNCIA

232. El Tribunal abordará primero la objeción de Perú de que todas las reclamaciones de Scotiabank —los Reclamos de Trato Nacional, de TJE y por Expropiación— carecen manifiestamente de mérito jurídico con fundamento en que Scotiabank y Scotiabank Perú no cumplieron con la condición previa al consentimiento de Perú para someterse a arbitraje según el TLC mediante una renuncia válida de su derecho a continuar impulsando procedimientos ante los tribunales peruanos. Cabe recordar que el Artículo 823(1)(e) del TLC dispone lo siguiente:

el inversionista contendiente y, cuando la reclamación sea por la pérdida o daño a un interés en una empresa de la otra Parte que es una persona jurídica que el inversionista posee o controla directa o indirectamente, la empresa renuncian a su derecho de iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o corte judicial bajo la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que se alega ser una violación referida en el Artículo 819[...].

233. Al analizar esta excepción, el Tribunal aprecia el argumento central de Perú de que las renunciaciones del Artículo 823(1) del TLC otorgadas por Scotiabank y Scotiabank Perú no son válidas porque, en primer lugar, existe una posibilidad de que Scotiabank reciba el reembolso del monto del IGV devengado y pagado, más intereses, si finalmente Scotiabank prevalece en la acción de amparo en curso correspondiente al Recurso Tributario y, en segundo lugar, no han renunciado a su derecho a dicho reembolso. El Tribunal además aprecia que este argumento se basa en la posición de Perú de que la estrategia de Scotiabank es “eludir el requerimiento de la renuncia compartimentando artificialmente los diversos procedimientos judiciales que se relacionan con la misma medida” y que “las medidas que constituyen las presuntas violaciones de la Demandada en el presente arbitraje están

inextricablemente unidas al Recurso Tributario en curso,”²²⁴ porque Scotiabank no podría haber interpuesto la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios si no fuera por la imposición original de la SUNAT de la Deuda Tributaria de 1999 al Banco Wiese.

234. Sin embargo, en esta etapa, el Tribunal debe aceptar las reclamaciones por violaciones del TLC según el encuadre de Scotiabank. Y Scotiabank está planteando sus reclamaciones en este arbitraje exclusivamente sobre la base de la supuesta inconstitucionalidad de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 en la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios. No se puede cuestionar que Scotiabank y Scotiabank Perú presentaron renunciaciones, en la forma exigida por el Artículo 823(1) y el Anexo 823.1, a “sus derechos de iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o corte [...] cualquier procedimiento con respecto a la medida de [Perú] que se alega como una violación referida en el Artículo 819”, específicamente la inconstitucionalidad de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.
235. Está por verse si Scotiabank tiene éxito o no en su estrategia de plantear por separado sus reclamaciones por intereses moratorios así como las que son subyacentes a la Deuda Tributaria, pero el Tribunal no puede concluir en esta etapa que la estrategia sea claramente frívola o absurda. Tal podría ser el caso si Scotiabank Perú hubiera presentado tanto la reclamación por intereses moratorios como por tributos en una acción ante los tribunales peruanos y luego, por el motivo que fuere, hubiera sometido a arbitraje solamente su reclamación por intereses moratorios. Pero esto no es lo que sucedió: en noviembre de 2013, Scotiabank Perú interpuso una acción de amparo por el reembolso de los intereses moratorios pagados y, por separado, planteó una acción contencioso-administrativa persiguiendo la anulación de la Resolución del Tribunal Fiscal de 2013, y esos casos judiciales se tramitaron de forma separada de ahí en adelante.
236. Se reitera que no hay modo de saber en esta etapa qué sucederá con la acción de amparo correspondiente al Recurso Tributario. Es posible que Scotiabank reciba el reembolso por

²²⁴ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párrs. 158-159 [Traducción del Tribunal].

el monto total de los intereses moratorios que surgen de la Deuda Tributaria de 1999; es posible que no tenga lugar ese reembolso.

237. A la luz de estas conclusiones, no es necesario que el Tribunal aborde todos los argumentos de las Partes con respecto a la validez de las renunciaciones previstas en el Artículo 823 del TLC, entre los que se incluyen la relevancia de la decisión en *Waste Management c. México* o el voto concurrente del Juez Miranda Canales en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.
238. Para concluir, el Tribunal recuerda la observación del tribunal en *Trans-Global c. Jordania* que indica que para que la parte que oponga la excepción conforme a la Regla 41 tenga éxito, debe fundar su excepción de manera “clara y evidente, con relativa facilidad y celeridad.”²²⁵ El Tribunal considera que Perú, en sus esfuerzos por demostrar que las renunciaciones proporcionadas por Scotiabank y Scotiabank Perú carecen manifiestamente de validez jurídica, no lo ha logrado y, en consecuencia, no cumple con la condición previa del Artículo 823 del TLC respecto del consentimiento de Perú para someterse a arbitraje en relación con los Reclamos de Trato Nacional, de TJE y por Expropiación iniciados por Scotiabank. El Tribunal no considera, sobre la base del expediente hasta el momento, que Scotiabank carezca de un argumento sostenible para respaldar la validez de sus renunciaciones en el marco del Artículo 823 del TLC.
239. En consecuencia, el Tribunal rechaza la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 de Perú sobre la base de las renunciaciones inválidas otorgadas por Scotiabank y Scotiabank Perú.

C. EXCEPCIÓN DE EXCLUSIÓN DE LAS “INSTITUCIONES FINANCIERAS”

240. En esta sección el Tribunal se ocupará de la excepción que opone Perú en virtud de la Regla 41 con fundamento en la condición de instituciones financieras de Scotiabank y Scotiabank Perú. Cabe recordar que el Artículo 1101(1) de la sección de servicios financieros del TLC, Capítulo Once, establece lo siguiente (con énfasis agregado):

²²⁵ *Trans-Global*, párr. 88 [Traducción del Tribunal].

*Este Capítulo se aplica a las **medidas** adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con:*

(a) instituciones financieras de la otra Parte;

(b) inversionistas de la otra Parte, y las inversiones de estos inversionistas, en las instituciones financieras en el territorio de la Parte; y

(c) el comercio transfronterizo de servicios financieros.

241. En esta etapa del procedimiento, el Tribunal no puede aceptar la interpretación que realiza Perú de la exclusión prevista en el Artículo 1101(1) respecto de reclamaciones de trato nacional y de TJE (mediante referencia cruzada a los Artículos 803 y 805 del capítulo titulado Inversión, Capítulo Ocho) y que sostiene que aquella se aplica manifiestamente siempre que un demandante sea una institución financiera o siempre que la medida impugnada se relacione con una inversión en una institución financiera.
242. El Tribunal debe considerar que los Reclamos de Trato Nacional y de TJE han sido razonablemente encuadrados por Scotiabank en la Solicitud de Arbitraje, específicamente basados en el trato judicial supuestamente injusto que derivó en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Al hacerlo, el Tribunal considera que puede ser acertada la interpretación que realiza Scotiabank, a la luz del Artículo 31(1) de la CVDT, de la frase “medidas [...] relacionadas con instituciones financieras” prevista en el Artículo 1101(1) del TLC que hace foco en la naturaleza de las “medidas” en cuestión y no en la naturaleza del inversionista como “institución financiera”. En este caso, la medida impugnada por Scotiabank es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021 concerniente a la obligación irrevocable de Scotiabank Perú por los intereses moratorios devengados en relación con el IGV. El Tribunal coincide con Scotiabank en que esta medida no está clara y necesariamente vinculada con la calidad de instituciones financieras que revisten Scotiabank y Scotiabank Perú, porque el Tribunal Constitucional podría haber aplicado la medida contra cualquier inversionista que mantuviera una deuda en cualquier sector económico en Perú.
243. Para poder determinar si Scotiabank efectivamente tiene un mejor argumento respecto de si la exclusión de las “instituciones financieras” del Artículo 1101(1) comprende solamente

las medidas de instituciones financieras regulatorias, que les corresponden a los Estados del TLC, aún se necesitarían presentaciones adicionales. En esta etapa, el Tribunal considera que el argumento de Scotiabank es al menos defendible. Si bien las Partes pueden haber presentado argumentos alternativos complicados en esta etapa, el Tribunal estima — y toma prestada la expresión del tribunal en *Trans-Global c. Jordania*— que Perú no ha fundado su excepción conforme a la Regla 41 de manera “clara y evidente, con relativa facilidad y celeridad.”²²⁶

244. En conclusión, el Tribunal rechaza la excepción de Perú que sostiene que los Reclamos de Trato Nacional y de TJE de Scotiabank carecen manifiestamente de mérito jurídico a los fines de la Regla 41 sobre la base de la exclusión de “instituciones financieras” prevista en el Capítulo Once del TLC.

D. EXCEPCIÓN DE INVERSIÓN PROTEGIDA

245. En esta sección el Tribunal se referirá a la excepción que opone Perú en virtud de la Regla 41 con fundamento en que Scotiabank no cuenta con una inversión protegida sujeta a expropiación ni en virtud del TLC ni del Convenio del CIADI.
246. Como cuestión preliminar, el Tribunal registra que las Partes coinciden en que la participación accionaria de Scotiabank en Scotiabank Perú es una inversión protegida a los fines del TLC y del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Scotiabank Perú continúa siendo una empresa en funcionamiento. Scotiabank no alega que Perú haya expropiado sus acciones en Scotiabank Perú y no reclama daños y perjuicios por pérdidas derivadas de la disminución del valor de dichas acciones debido a la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios.
247. El Reclamo por Expropiación de Scotiabank se fundamenta directa y exclusivamente en la teoría de que el pago efectuado por Scotiabank de los intereses moratorios devengados,

²²⁶ *Trans-Global*, para. 88 [Traducción del Tribunal].

realizado bajo protesta, constituye una inversión protegida en sí misma. Perú sostiene que esta teoría carece manifiestamente de mérito jurídico a los fines de la Regla 41.

248. El Tribunal coincide con Perú en que el Artículo 847 del TLC, modelado tras el Artículo 1139 del TLCAN, contiene una lista exhaustiva de categorías de inversiones protegidas. Scotiabank sitúa el Pago de Intereses Moratorios de 2013 bajo el Artículo 847(h), que identifica “la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte” como una inversión.
249. Scotiabank alega que efectuó el Pago de Intereses Moratorios de 2013 bajo protesta para proteger los activos de Scotiabank Perú contra medidas de ejecución, y así permitir que Scotiabank mantuviera su compromiso de capital y recursos para el desarrollo de actividades económicas en Perú a través de Scotiabank Perú. Perú afirma que el pago de intereses moratorios no puede constituir una “participación” en el sentido en que el término “participación” se utiliza en el Artículo 847(h), porque el pago “no fue el resultado de una decisión libre y deliberada tomada por Scotiabank para obtener una ganancia sino, más bien, un acto de cumplimiento de sus obligaciones tributarias para con el Estado peruano.”²²⁷ Según la opinión de Perú, el importe del Pago de Intereses Moratorios de 2013, hecho bajo protesta o no, pasó a ser propiedad de Perú, y el derecho procesal de Scotiabank de cuestionar la legalidad de la liquidación de la deuda por intereses moratorios ante los tribunales peruanos no puede equipararse a un derecho sustantivo sobre los fondos pagados.
250. El Tribunal reconoce la importancia de la motivación comercial de Scotiabank para proteger los activos de Scotiabank Perú de una potencial medida de ejecución al realizar el Pago de Intereses Moratorios de 2013 bajo protesta. Si, en efecto, ese pago no se hubiera realizado, y Perú hubiera ejecutado los activos de Scotiabank —activos que sí constituyen una inversión protegida de Scotiabank— dicha ejecución habría constituido una

²²⁷ Réplica, párr. 214 [Traducción del Tribunal].

interferencia con los derechos sustantivos reales de inversión, y la cuestión sería entonces determinar si se trató de una expropiación ilícita en virtud del TLC.

251. Sin embargo, el Tribunal también debe reconocer que bajo el Código Civil peruano, el pago de una deuda, incluso si se paga bajo protesta, implica la extinción de esa deuda e impide el devengamiento de intereses, y el deudor no conserva ningún derecho sobre el monto pagado.²²⁸ El pago por parte de Scotiabank de la deuda por intereses moratorios para evitar las posibles consecuencias de la falta de pago sobre otros activos, por ejemplo, la participación accionaria en Scotiabank Perú, no podía transformar la relación jurídica propia del Pago de Intereses Moratorios de 2013. Según la redacción del Artículo 847(h) del TLC, la mera posibilidad de una ejecución de activos no podría transformar el Pago de Intereses Moratorios de 2013 en una inversión protegida bajo la forma de un “compromiso de capital [...] para el desarrollo de una actividad económica” en Perú. La posibilidad procesal de que Scotiabank recuperara el importe del Pago de Intereses Moratorios de 2013 por vía judicial tampoco podría transformar de modo alguno ese pago en una inversión susceptible de ser expropiada.
252. Recogiendo las palabras del tribunal en el caso *Lotus c. Turkmenistán*, el Tribunal, por mayoría de los árbitros Reed y Douglas, acepta que Perú ha demostrado que, “independientemente de las pruebas que se presenten, hay un defecto fundamental en la forma en que está formulada la reclamación [de Scotiabank] que inevitablemente debe conducir a su desestimación.”²²⁹ La mayoría acepta que el Reclamo por Expropiación de Scotiabank carece manifiestamente de mérito jurídico porque Scotiabank no tenía una inversión protegida en el Pago de Intereses Moratorios de 2013 a los fines del Artículo 847 del TLC que pudiera ser objeto de expropiación.
253. Dada la decisión de la mayoría del Tribunal de admitir la Solicitud de Perú en virtud de la Regla 41 de desestimar el Reclamo por Expropiación de Scotiabank por carecer manifiestamente de mérito jurídico, en razón de que Scotiabank no tiene una inversión

²²⁸ Solicitud de Aplicación de la Regla 41, párr. 116, donde se cita el Código Civil Peruano, artículos 1132, 1120 y 1240; Réplica, párrs. 216, 260.

²²⁹ *Lotus Holding*, párr. 158 [Traducción del Tribunal].

protegida que podría haber sido expropiada de conformidad con el Artículo 847 del TLC, el Tribunal no necesita abordar los argumentos conexos de Perú según los cuales el Pago de Intereses Moratorios de 2013 no constituía en sí mismo una inversión de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, y Scotiabank no tenía derechos adquiridos que podrían haber sido expropiados. Tampoco es necesario que el Tribunal aborde las demás excepciones presentadas por Perú en virtud de la Regla 41 en las que alega que el Reclamo por Expropiación carece manifiestamente de mérito jurídico por haber prescrito de conformidad con las disposiciones del Artículo 823(1)(c) del TLC o por tratarse de una “medida tributaria” en virtud del Artículo 2203 del TLC.

E. EXCEPCIÓN DE “MEDIDA TRIBUTARIA”

254. Por último, el Tribunal se ocupa de la excepción restante opuesta por Perú, en la cual alega que el Reclamo de TJE presentado por Scotiabank se basa en una “medida tributaria” excluida de la jurisdicción arbitral de conformidad con el Artículo 2203 del TLC y que por lo tanto carece manifiestamente de mérito jurídico. El Tribunal ha establecido anteriormente que el Reclamo por Expropiación formulado por Scotiabank carece manifiestamente de mérito jurídico basado en otro motivo, y es indiscutible que el Reclamo de Trato Nacional formulado por Scotiabank no está comprendido dentro de las excepciones del Artículo 2203.
255. La defensa de Scotiabank a esta objeción consiste, en esencia, en que la medida objeto del reclamo —la presuntamente inconstitucional Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021— no se refiere a una “medida tributaria”, sino al cobro inconstitucional de intereses moratorios sobre la Obligación por IGV.
256. Para pronunciarse sobre esta excepción conforme a la Regla 41 y su defensa, el Tribunal debe interpretar las disposiciones pertinentes del TLC. Como primer paso, el Tribunal toma nota de que Perú coincide con Scotiabank en que el término “medidas”, tal como se define en el Artículo 105 del TLC, es decir “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, incluye la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Esto es suficiente, en opinión del Tribunal, para rechazar el argumento de Scotiabank según el cual Perú hace

- una calificación errónea al presentar la Obligación por IGV como base del Reclamo de TJE, en lugar de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021.
257. El término “tributaria” no está definido en el TLC, por lo que requiere interpretación. En este punto, las Partes también coinciden en ciertos principios. Como señala Scotiabank “[a]mbas Partes concuerdan en el propósito de la exclusión de cuestiones tributarias del Artículo 2203: preservar la soberanía de los Estados en relación con su potestad de aplicar tributos”. Perú, si bien afirma que una “medida tributaria” debe interpretarse de conformidad con el TLC y el derecho internacional, también coincide con Scotiabank en que las cuestiones tributarias necesariamente involucran la legislación tributaria interna de Perú.
258. Sin necesidad de retomar los extensos argumentos de las Partes sobre la naturaleza de los intereses moratorios en el derecho peruano, el Tribunal está convencido de que la aplicación de intereses moratorios sobre deudas tributarias no es, tal como reconoció el Tribunal Constitucional en el caso *Medina de Baca*, un impuesto o tributo *stricto sensu*. Esto es de sentido común, dado que la finalidad obvia de los intereses es compensar el retraso injustificado en el pago de cualquier deuda.
259. No obstante, la cuestión no se cierra allí, dado que la expresión utilizada en el Artículo 2203 del TLC, es decir, la expresión que requiere interpretación de conformidad con el Artículo 31(1) de la CVDT, es “medida tributaria.” Por lo tanto, la cuestión crítica consiste en determinar si la imposición que hizo Perú de intereses moratorios sobre la Obligación por IGV de Scotiabank fue o no manifiestamente una “medida tributaria” a los fines del TLC.
260. Para responder a esta pregunta, el Tribunal debe comenzar con el texto del Artículo 2203 del TLC y, específicamente, con el marco proporcionado por el Artículo 2203(6)(g). Ese Artículo establece, con énfasis agregado, que las obligaciones limitadas (que no incluyen el TJE) que sí se aplican a ciertas “medidas tributarias” en el Artículo 2203(5) no se aplican “a cualquier nueva medida tributaria que esté destinada para asegurar la equitativa y eficaz imposición o cobranza de tributos (incluyendo, para mayor certeza, **cualquier medida que**

sea tomada por una Parte para asegurar el cumplimiento del sistema de tributación de la Parte, o para prevenir la omisión o evasión tributaria) y que no discrimine arbitrariamente entre personas, mercancías o servicios de las Partes”. En opinión del Tribunal, no puede alegarse seriamente, y ninguna de las Partes lo ha hecho, que la aplicación de intereses moratorios sobre una deuda tributaria que hace un Estado no sea una medida adoptada para garantizar el cumplimiento del sistema tributario de ese Estado. De ello se desprende que, según las palabras del tribunal en el caso *AHG Industry c. Iraq*, es “claro y obvio” que la imposición de intereses moratorios por parte de Perú a Scotiabank constituye una “medida tributaria” a los fines del Artículo 2203 del TLC.

261. El Tribunal, en su análisis para llegar a esta conclusión, no ha ignorado el enfático argumento de Scotiabank, quien sostiene que la naturaleza de los intereses moratorios es compensatoria y está sujeta al derecho civil peruano y no al derecho tributario. Es cierto que la imposición de tributos es una potestad soberana que se apoya necesariamente en el derecho interno. Sin embargo, la legislación peruana no puede controlar la forma en que un término dentro de un tratado internacional, en este caso “medida tributaria”, debe interpretarse de manera autónoma en virtud de la CVDT. Las Partes pueden debatir legítimamente sobre si los intereses moratorios de las deudas tributarias son o no parte de la tributación en virtud de la legislación peruana, pero esa no es la cuestión que debe resolver el Tribunal. La cuestión consiste en establecer si los intereses moratorios de las deudas tributarias constituyen una “medida tributaria” a los fines del Artículo 2203 del TLC, y, en opinión del Tribunal, por mayoría de los árbitros Reed y Douglas, el Artículo 2203(6)(g) no deja dudas de que así es.
262. En cualquier caso, la mayoría del Tribunal considera que la legislación peruana respalda esta conclusión. Dado que el Artículo 28 del Código Tributario Peruano, cuyo título es Componentes de la Deuda Tributaria, describe expresamente que una deuda tributaria está “constituida por el tributo, las multas y los intereses”, el argumento de Scotiabank de que el cobro por parte de Perú de intereses moratorios sobre la Obligación por IGV de Scotiabank no es una “medida tributaria” es, en opinión de la mayoría del Tribunal,

manifiestamente insostenible en virtud de la interpretación autónoma de ese término en el Artículo 2203 del TLC.

263. De hecho, en opinión de la mayoría del Tribunal, podría decirse que el Artículo 28 del Código Tributario Peruano, al agregar multas e intereses al tributo pertinente como “Componentes de la Deuda Tributaria”, ilustra que el concepto de “medida tributaria” o régimen tributario debe ser más amplio que el tributo en sentido estricto. Así lo ha entendido el tribunal en el caso *EnCana c. Ecuador* al determinar que “una medida será una medida tributaria si es parte del régimen de aplicación de un impuesto.”²³⁰ En este sentido, el Tribunal considera relevante que el Tribunal Constitucional de Perú en el caso *Medina de Baca*, a pesar de haber reconocido que los intereses moratorios de las deudas tributarias no constituyen un tributo en sentido estricto, haya determinado que los intereses moratorios de las deudas tributarias, así como el tributo propiamente dicho, no pueden ser de naturaleza confiscatoria bajo el derecho peruano, aparentemente analizando los intereses moratorios en el contexto del régimen tributario peruano más amplio.
264. Asimismo, posiblemente sea relevante en este contexto que, en su Solicitud de Arbitraje, Scotiabank haya alegado que una de sus reclamaciones en la Demanda de Amparo por Intereses Moratorios fuera por el incumplimiento de su derecho constitucional de “propiedad privada y la prohibición contra **tributos confiscatorios**, resultantes del cómputo ilegal de intereses moratorios entre 1999 y 2013 y la capitalización ilegal de esos intereses moratorios.”²³¹ En opinión de la mayoría del Tribunal, es difícil no concluir que Scotiabank, al menos respecto de su Demanda de Amparo por Intereses Moratorios, consideraba que el interés moratorio es un componente de “tributos confiscatorios”.
265. En este punto, el Tribunal advierte la descripción que hace Scotiabank de las cuestiones controvertidas relativas al Artículo 28 del Código Tributario Peruano y otras leyes peruanas bajo análisis en el arbitraje *Freeport-McMoRan c. Perú*, sin que Perú haya presentado una objeción en virtud de la Regla 41 sobre la base de la excepción de “medida tributaria”

²³⁰ *EnCana*, párr. 142.

²³¹ Solicitud de Arbitraje, párr. 33(iii) (énfasis agregado) [Traducción del Tribunal].

incluida en el TLC. No obstante, el Tribunal no puede concluir que la elección de Perú de no interponer una excepción en virtud de la Regla 41 en un determinado caso le impida hacerlo en este arbitraje, o que ello en sí mismo socave el mérito de su Solicitud de Aplicación de la Regla 41 en este caso.

266. Para concluir, incluso dados los extensos y complejos argumentos de las Partes sobre la correcta interpretación de “medida tributaria” en el Artículo 2203 del TLC, a la mayoría del Tribunal, en función del estándar establecido en *Trans-Global c. Jordania*, no le ha resultado difícil decidir que el Reclamo de TJE de Scotiabank, cuyo fundamento es la Sentencia de Tribunal Constitucional de 2021 como una supuesta “medida tributaria” en virtud del TLC, carece manifiestamente de mérito jurídico a los fines de la Regla 41. La mayoría del Tribunal considera que, tomando las palabras del tribunal en *AHG c. Iraq*, una vez que los complejos argumentos de las Partes han sido analizados detenidamente, “resulta que la Demandante no tiene un argumento defendible”.
267. El Tribunal, por mayoría de los árbitros Reed y Douglas, admite la Solicitud de Perú de desestimar el Reclamo de TJE de Scotiabank de conformidad con la Regla 41.

268. Por supuesto, este no es el final del arbitraje. En adelante, Scotiabank podrá desarrollar su Reclamo de Trato Nacional, y Perú podrá plantear excepciones jurisdiccionales preliminares en virtud de la Regla 43 de las Reglas de Arbitraje y, en caso de que se establezca la jurisdicción, argumentar sus defensas sobre el fondo. Resta determinar si resultará necesario reunir pruebas periciales sobre la legislación peruana y recurrir a los trabajos preparatorios del TLC.

IX. COSTOS

269. A la luz de la decisión del Tribunal de rechazar parcialmente la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por Perú, continuándose el arbitraje respecto del Reclamo de Trato Nacional de Scotiabank, el Tribunal abordará únicamente la cuestión de los costos relativos

al procedimiento en virtud de la Regla 41. Tanto Perú como Scotiabank solicitan el reintegro de la totalidad de sus costos en relación con la Solicitud de Aplicación de la Regla 41.

270. En su Declaración sobre Costos, Perú solicita el monto total de USD 911.720,12 en concepto de costos del procedimiento en virtud de la Regla 41, de conformidad con el siguiente desglose: (a) honorarios de asesores legales en relación con la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 y la audiencia, USD 907.488,60; y (b) desembolsos por USD 4.231,52.
271. En su Declaración sobre Costos, Scotiabank solicita el monto total de USD 312.744,61 en concepto de costos del procedimiento en virtud de la Regla 41, de conformidad con el siguiente desglose: (a) honorarios de asesores legales en relación con la Solicitud de Aplicación de la Regla 41, USD 219.485,94; (b) honorarios de asesores legales en relación con la audiencia relativa a la Solicitud de Aplicación de la Regla 41, USD 82.606,45; y (c) desembolsos por USD 10.652,22.
272. Dado que tanto Perú como Scotiabank han prevalecido con respecto a algunas de sus pretensiones en relación con la Solicitud de Aplicación de la Regla 41, el Tribunal ha determinado que cada Parte soporte la totalidad de los honorarios de sus propios asesores legales y demás gastos. El Tribunal ha decidido reservar su decisión sobre la distribución de sus honorarios y otros costos administrativos para una fase posterior del procedimiento.

X. DECISIÓN

273. Por los motivos expuestos precedentemente, el Tribunal **decide** lo siguiente:
- a) El Tribunal, por mayoría de los árbitros Reed y Douglas, **admite** la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por la Demandada sobre la base de los fundamentos siguientes: (i) El Reclamo por Expropiación de la Demandante carece manifiestamente de mérito jurídico porque el presunto objeto de la expropiación (el Pago de Intereses Moratorios de 2013) no constituye una inversión en virtud del Artículo 847 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú, y (ii) el Reclamo de TJE de la Demandante carece manifiestamente de mérito jurídico porque se refiere a medidas

tributarias excluidas de la protección de conformidad con el Artículo 2203 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú;

- b) Como consecuencia de la decisión de admitir la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por la Demandada sobre dichos fundamentos, el Tribunal **desestima** los Reclamos por Expropiación y TJE formulados por la Demandante por considerar que carecen manifiestamente de mérito jurídico en virtud del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú;
- c) La Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por la Demandada es **rechazada** en todos los aspectos restantes;
- d) Las Partes deberán soportar cada una la totalidad de los honorarios de sus propios asesores legales y demás gastos derivados de la Solicitud de Aplicación de la Regla 41;
- e) El Tribunal reserva su decisión sobre sus costos y otros costos administrativos para una fase posterior del procedimiento; y
- f) Las Partes deberán consultar entre sí respecto del calendario procesal para el Reclamo de Trato Nacional presentado por la Demandante y presentarlo al Tribunal, ya sea en forma conjunta o separada si fuera necesario a más tardar el 21 de junio de 2024.

[Firma]

[Firma]

Prof. Zachary Douglas
Árbitro

Prof. Dr. Kaj Hobér
Árbitro
(Disintiendo en parte)

[Firma]

Sra. Lucy Reed
Presidenta