



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN N° 002-2023	Reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima.....	1
-----------------------------	--	---

DICTAMEN N° 002-2023

Reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima

Lima, 30 de enero de 2023

I. SUMILLA. -

- [1] El señor Miguel Alexis Franco Villavicencio, representante legal de Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA, en adelante la “Reclamante”, presenta ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, en adelante “SGCAN”, reclamo contra la República del Perú: Poder Judicial, Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, en adelante la “Reclamada”, por supuesto incumplimiento del ordenamiento jurídico andino.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) (Codificado en la Decisión 472), la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento) y la Decisión 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCAN).

II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES). -

- [3] Mediante carta de 10 de octubre de 2022, recibida por la SGCAN el día 11 de octubre de 2022, el señor Miguel Alexis Franco Villavicencio, representante legal de la empresa Zinc Industrias Nacionales S.A. “ZINSA”, presentó ante la SGCAN el reclamo por incumplimiento contra la República del Perú: Poder Judicial, Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- [4] A través de la comunicación SG/E/SJ/1448/2022 de 17 de octubre de 2022, la SGCAN notificó a Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA el análisis de admisibilidad del reclamo y le solicitó cumplir con la subsanación de los requisitos siguientes:



- Aclare si el abogado Gonzáles Cucho José Carlos, cuya papeleta de habilitación profesional fue anexada al reclamo, también actuará en representación de Zinc Industrias Nacionales S.A. en el presente reclamo.
 - Presentar la tarjeta profesional del abogado Luis José Diez Canseco Núñez, quien firma como abogado el reclamo.
- [5] Con carta de 17 de octubre de 2022, ZINSA contestó a la SGCAN la comunicación SG/E/SJ/1448/2022 de 17 de octubre de 2022 remitiendo la papeleta de habilitación profesional como abogado de Luis José Diez Canseco Núñez, emitida por el Colegio de Abogados de Lima y precisó que Luis José Diez Canseco Núñez es el único abogado patrocinante de ZINSA en la acción de reclamo de incumplimiento.
- [6] Mediante comunicación SG/E/SJ/1465/2022 de 19 de octubre de 2022, luego de la evaluación pertinente y corroborando que la documentación presentada por la reclamante se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 623, la SGCAN admitió a trámite el reclamo por incumplimiento y dispuso su traslado al gobierno de la República del Perú para su contestación y a los demás Países Miembros de la Comunidad Andina para que presenten los elementos de información que estimen del caso.
- [7] Con comunicación SG/E/SJ/1466/2022 de 19 de octubre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la República del Perú de la admisión del reclamo interpuesto por el señor Miguel Alexis Franco Villavicencio, representante legal de Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Lima.
- [8] A través de la comunicación SG/E/SJ/1467/2022 de 19 de octubre de 2022, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la admisión del reclamo interpuesto por el señor Miguel Alexis Franco Villavicencio, representante legal de Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Lima.
- [9] Por medio de carta de fecha 11 de noviembre de 2022, recibida por la SGCAN el 14 de noviembre de 2022, la reclamante presenta medios probatorios complementarios.
- [10] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1650/2022 de 16 de noviembre de 2022, la SGCAN acusó recibo de la carta presentada por ZINSA sobre los medios probatorios complementarios.
- [11] Con comunicación SG/E/SJ/1653/2022 de 16 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la República del Perú de la información presentada por ZINSA como medios probatorios complementarios.
- [12] Con comunicación SG/E/SJ/1654/2022 de 16 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a los Países Miembros de la información presentada por ZINSA como medios probatorios complementarios.



- [13] Con correo de 29 de noviembre de 2022, ZINSA solicitó a la SGCAN extender la convocatoria de la reunión informativa, prevista dentro del proceso FP/04/2022, a fin de que la sesión también se celebre respecto al expediente FP/05/2022.
- [14] Mediante comunicación SG/E/SJ/1740/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN acusó recibo de la solicitud de ZINSA de incluir el expediente FP/05/2022 en la reunión informativa del FP/04/2022.
- [15] Con comunicación SG/E/SJ/1741/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la República del Perú de la solicitud de ZINSA de incluir el Expediente FP/05/2022 en la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.
- [16] A través de la comunicación SG/E/SJ/1742/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la solicitud de ZINSA de incluir el Expediente FP/05/2022 en la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.
- [17] Con Oficio 019-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 1 de diciembre de 2022, la República del Perú indica:
- Las medidas reclamadas por las empresas IEQSA y ZINSA en los Expedientes FP/03/2022 y FP/04/2022 son distintas, y por ende se trata de diferentes procesos y sujetos, y solicita a la SGCAN programar la reunión informativa para el FP/05/2022 en una fecha distinta.
 - Solicita que la reunión informativa convocada se desarrolle en formato virtual debido a que, según información del Ministerio de Salud, el Perú se encuentra en la quinta ola del COVID-19 por el incremento de casos.
- [18] Con comunicaciones SG/E/SJ/1752/2022 de 5 de diciembre de 2022, la SGCAN convocó a las partes para las reuniones informativas dentro de los procesos FP/03/2022, FP/04/2022 y FP/05/2022 previstas para el día 7 de diciembre de 2022, de manera virtual.
- [19] Con Oficio 020-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 2 de diciembre de 2022, la República del Perú solicitó a la SGCAN se sirva dejar sin efecto la convocatoria a la reunión informativa en el Expediente FP/05/2022 y reprogramarla para una nueva fecha, a efectos de cautelar el debido proceso y el principio de legalidad que debe regir la actuación de la SGCAN en la tramitación de los procedimientos administrativos a su cargo.
- [20] Mediante comunicación SG/E/SJ/1758/2022 de 2 de diciembre de 2022, la SGCAN reiteró a la República del Perú la celebración de las reuniones informativas previstas para el día 7 de diciembre de 2022.
- [21] A través del correo electrónico de 6 de diciembre de 2022, la reclamada remitió una lista de los funcionarios acreditados para participar en la reunión informativa prevista para el 7 de diciembre de 2022, dentro del proceso FP/05/2022.
- [22] El día 7 de diciembre de 2022, se realizó de manera virtual la reunión informativa dentro del proceso FP/05/2022.



- [23] Con Oficio N°028-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de 16 de diciembre de 2022, la República del Perú presentó su contestación al reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. -ZINSA.
- [24] Por medio de la comunicación SG/E/SJ/010/2023 de 16 de enero de 2023, la SGCAN acusó recibo de la contestación al reclamo presentada por la reclamada mediante Oficio N°028-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de 16 de diciembre de 2022.
- [25] Mediante comunicación SG/E/SJ/011/2023 de 16 de enero de 2023, la SGCAN corrió traslado a Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA de la contestación al reclamo presentada por la reclamada a través del Oficio N°028-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de 16 de diciembre de 2022.
- [26] A través de la comunicación SG/E/SJ/012/2023 de 16 de enero de 2023, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la contestación al reclamo presentado por la reclamada mediante Oficio N°028-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de 16 de diciembre de 2022.

III. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO. -

- [27] Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA en su escrito de reclamo interpuesto contra la República del Perú expone que la medida del Poder Judicial del Perú, exteriorizada a través de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, que es objeto de este cumplimiento es la Resolución Dieciocho emitida el 28 de septiembre de 2022, recaída en el expediente 05694-2021-0-1801-JR-CA-21; mediante la cual resolvió revocar la Resolución Nueve del Vigésimo Primer Juzgado Contencioso Administrativo y declarar fundada la demanda interpuesta por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), y como consecuencia de ello declaró nula la Resolución del Tribuna Fiscal 04036-A-202, que revocó la Resolución de División 118-3S7100/2019-667 de la SUNAT. Mediante la referida Resolución de División de la SUNAT, se denegó a ZINSA diversas solicitudes de acogimiento al régimen del *drawback*, presentadas en febrero de 2018.¹

IV. REUNIÓN INFORMATIVA

- [28] Respecto a las reuniones informativas, la Secretaría General de la Comunidad Andina ha preponderado la igualdad de trato a las partes, garantizando el derecho de todos los interesados y el conocer la verdad sobre los procedimientos y formalidades.
- [29] Las facultades de la SGCAN para solicitar información en el marco de un procedimiento administrativo se encuentran dispuestas en el Acuerdo de Cartagena:

“Artículo 39.- En el caso de procedimientos que deban culminar en la adopción de una Resolución o Dictamen, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros, deberán colaborar con las investigaciones que realice la Secretaría General en el desarrollo de sus funciones y en tal sentido deberán suministrar la información que al efecto ésta les solicite.

¹ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p2



La Secretaría General guardará la confidencialidad de los documentos e informaciones que le sean suministrados, de conformidad con las normas que al respecto se establezcan.”

- [30] Dichas facultades, en el caso específico de la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, se encuentran además establecidas en los artículos 2, 7 y 18 de la Decisión 623:

“Artículo 2.- En ejercicio de sus funciones otorgadas por los artículos 30 y 39 del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General podrá solicitar informaciones o mantener reuniones informativas dirigidas a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y lo previsto en el presente reglamento.

Las autoridades de los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas colaborarán en las investigaciones, solicitudes de información o convocatorias que realice la Secretaría General en desarrollo del presente reglamento.”

- [31] Bajo este contexto, cabe recordar que los artículos 30 y 39 del Acuerdo de Cartagena, son aquellos que establecen como función de la SGCAN, velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como disponen que en las investigaciones que realice la Secretaría General, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros deberán colaborar.
- [32] Cabe señalar que, la facultad de solicitar información a la que se hace referencia en el artículo 2 de la Decisión 623 citada supra, está ubicada en la parte general de dicha norma, y no es una disposición especial que se circunscriba sólo a alguna de las etapas del procedimiento de oficio o de parte de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Así tenemos que el referido artículo no restringe la facultad de la Secretaría General a un estadio procedimental específico, siendo que esta facultad se encuentra circunscrita de manera transversal a todo el procedimiento.
- [33] Ahora bien, el ejercicio de tal atribución no puede entenderse como que la SGCAN esté avocándose las cargas probatorias que recaen sobre una de las Partes en un procedimiento. En este sentido, cabe indicar que la determinación del cumplimiento sobre las cargas probatorias se realiza de manera primigenia en el análisis de admisibilidad, en el que la Secretaría General determina si el solicitante ha aportado los elementos de juicio requeridos para iniciar el procedimiento, conforme lo estipulado por el artículo 14 de la Decisión 623. Ello, no se contradice con que, en el curso del procedimiento administrativo, la SGCAN pueda realizar las actuaciones probatorias que le permitan obtener los mejores elementos de juicio, sobre el presunto incumplimiento.
- [34] En este sentido, en el presente caso la SGCAN ha requerido información, con la finalidad de tener los mayores elementos que permitan comprender mejor y evaluar si las medidas objeto de cuestionamiento son o no contrarias al ordenamiento jurídico andino, conforme lo alegado por la Reclamante.
- [35] Conforme a lo indicado, valga también señalar que la Decisión 425, que rige de manera supletoria en los procedimientos administrativos en fase prejudicial, dispone que la



Secretaría General se pronunciará conforme la mejor información disponible y eso es precisamente lo que se realiza en este procedimiento comunitario. Además, la misma Decisión 425 establece en su art. 5 los principios del procedimiento ante la SGCAN y estipula que *“en virtud del principio de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, la Secretaría General deberá asegurarse de que las exigencias normativas en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma razonable y usadas sólo como instrumentos para alcanzar los objetivos de la norma.”*

- [36] Es de indicar que, en los procedimientos de acción de incumplimiento, ha sido y es práctica de la Secretaría General, recibir y aceptar la información que proporcionen las Partes con la finalidad, como se ha mencionado anteriormente, de contar con los mayores elementos de juicio que permitan emitir un debido pronunciamiento.
- [37] Sumado a lo anterior, cabe traer a colación el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 02-AN-2015, en el cual, citando a la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha expresado sobre el tema probatorio lo siguiente:

“La Corte ha señalado anteriormente que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos. En ese sentido ha sostenido, en su jurisprudencia constante, que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites dados por el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.”

“Con respecto a las formalidades requeridas en la demanda y contestación de la demanda en relación con el ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. (...)”

- [38] Siendo ello así, se tiene que además de las amplias facultades dadas a la SGCAN en materia de recolección y valoración probatoria, en la misma línea del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es dable aplicar criterios flexibles en la recepción de la prueba en algunos casos particulares, siempre y cuando se respete la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes, como en el presente caso.
- [39] Otro aspecto importante de señalar tiene que ver con el principio de verdad material que en última instancia debe buscar toda autoridad administrativa. Al respecto Morón Urbina ha indicado que:

“Por el principio de verdad material o verdad jurídica objetiva, las autoridades instructoras de los procedimientos tienen la obligación de agotar de oficio los medios de prueba a su alcance para investigar la existencia real de los hechos que son hipótesis de las normas que debe ejecutar y resolver conforme a ellas, para aplicar la respectiva consecuencia prevista en la norma



(...) El principio se sustenta en que en los procedimientos administrativos no se trata de resolver conflictos intersubjetivos como en los procedimientos arbitrales o judiciales, sino de decidir directamente asuntos de interés público por su contenido en los que la aplicación de la norma a los casos concretos no puede depender de la voluntad del particular de no aportar el material probatorio pertinente.”

- [40] Sobre el particular, cabe indicar que ya el TJCAN ha reconocido dentro del ámbito comunitario tanto el principio de verdad material en la etapa probatoria, así como el principio de primacía de la realidad (este último específicamente en materia de propiedad industrial). Dicho Tribunal ha destacado que conforme el principio de primacía de la realidad *“la autoridad debe tomar en cuenta las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. Esto es, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que formalmente aparezca de los documentos y actos jurídicos”*.
- [41] Dicho Tribunal ha indicado además que: *“Lo importante es conocer la verdad. Los principios de primacía de la realidad y de verdad material son parte de un gran principio, aplicable a todos los procesos judiciales modernos, que es el principio de la justicia material. Sobre la base de la justicia material, lo importantes es saber la verdad. Es inadmisibles que, por meros formalismos, la autoridad administrativa se niegue a reconocer la verdad de los hechos o la preexistencia de actos o actuaciones jurídicas que sirven de sustento a una pretensión o configuran la base del ejercicio de un derecho, como en el caso de la oposición andina. (...) Los principios de primacía de la realidad, verdad material y justicia material apuntan no solo a privilegiar la verdad y la justicia como elementos axiológicos que irradian todo proceso judicial, sino que, al mismo tiempo, coadyuvan con el fortalecimiento del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.”*² Sobre el particular, corresponde señalar que la prueba tiene como finalidad formar la convicción de la autoridad administrativa y jurisdiccional en el momento de decidir, pero también está destinada a moldear el convencimiento de las partes sobre sus alegaciones.

V. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. -

5.1. Argumentos de la Reclamante

- [42] La reclamante en su escrito ha presentado los siguientes argumentos:

5.1.1 Información acerca de la conducta de la Sexta Sala al expedir la Resolución Dieciocho de fecha 28 de septiembre de 2022, mediante la cual dispuso la nulidad de la Decisión del Tribunal Fiscal que revocó la Resolución de División 118-3S7100/2019-667 de la SUNAT:

- [43] La reclamante manifiesta que ZINSA, junto con la compañía peruana Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA), son las dos únicas productoras de esa mercancía dentro del ámbito de los Países Miembros de la Comunidad Andina y, además, ambas empresas representan el 100% de la producción nacional de los productos antes mencionados en la República del Perú. Con el propósito de destinar los ánodos de zinc en forma de bolas, medias bolas y domes de zinc al régimen de exportación definitiva, dichos productos se clasifican en la subpartida nacional 7907.00.90.00 (subpartida NANDINA 7907.00.90). Lo

² TJCA, Proceso 76-IP-2020, publicado en la N°GOAC 4005 de 18 de junio de 2020



anterior, de conformidad con el debido análisis merceológico de las mercancías en comento y la correcta aplicación de las Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria.³

- [44] En su argumento la reclamante señala que desde 1998 la SUNAT había aceptado pacíficamente la clasificación arancelaria de las mercancías en la subpartida nacional 7907.00.90.00 (subpartida NANDINA 7907.00.90), desde la expedición de la Resolución 002131 del 10 de diciembre 1998 hasta fines del 2017, año en el que esa entidad cuestionó la clasificación arancelaria de los ánodos de zinc en los regímenes de exportación a los que se acogía ZINSA. Ello, con la única finalidad de desconocer el derecho a acogerse al régimen de restitución simplificada de derechos arancelarios (*drawback*).
- [45] Indica la reclamante que por medio de la Resolución de División 118-3S7100/2019-667, la SUNAT rechazó la solicitud de restitución N°118-2018-13-004743 cuestionando la asignación de la subpartida 7907.00.90.00 a las mercancías exportadas por ZINSA mediante DAMs No. 118-2018-40- 013463, 118-2018-40-013464 y 118-2018-40-013466 con fecha 8 de febrero de 2018 para clasificarlas en la subpartida nacional 7901.12.00.00 y posteriormente en la 7901.12.00.00 (las mismas que se encuentran dentro de la Lista de Partidas Arancelarias excluidas de la restitución de derechos arancelarios) sustentada en argumentos ilegales e incluso contrarios a su propio criterio de clasificación vigente a la fecha de exportación de las mercancías (RIN2131-1998). Del mismo modo, en sus últimas actuaciones ante el Tribunal Fiscal y ante el Poder Judicial de la República del Perú, ha reclamado la aplicación retroactiva del Criterio Vinculante contenido en la Resolución 2272 de la SGCAN con la finalidad de convalidar su actuación. Estas actuaciones de la SUNAT ocasionan un perjuicio económico importante a la reclamante como consecuencia de que se pone en tela de juicio el cobro del beneficio *drawback* que ZINSA percibió en su momento en atención a la Resolución 04036-A-202 del Tribunal Fiscal que se pronunció a su favor. *“Como es sabido, el citado régimen de restitución permite obtener la devolución de un porcentaje del valor FOB de las mercancías exportadas y, en la medida que se elimine dicho drawback, se afectan visiblemente los costos de producción y le resta competitividad a la actividad productiva de ZINSA”*⁴
- [46] A decir de la reclamante, a pesar de las actuaciones arbitrarias de la SUNAT (en su calidad de primera instancia administrativa en materia aduanera); ZINSA había obtenido consistentemente pronunciamientos favorables en la segunda y última instancia administrativa (mediante resoluciones emitidas por la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal), así como ante el Poder Judicial de la República del Perú (resoluciones de diversos juzgados especializados en lo contencioso administrativo con subespecialidad en temas tributarios y aduaneros, así como en segunda instancia ante la Séptima Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima). Esto último en el marco de los procesos contencioso administrativos impulsados por la SUNAT contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal a favor de ZINSA. En todos ellos y de manera uniforme y consistente, el Poder Judicial, había ratificado y mantenido incólumes las Resoluciones del Tribunal Fiscal que avalaban la posición de ZINSA en el sentido que la clasificación arancelaria correcta para sus productos es la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 (NANDINA

³ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5.

⁴ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,6



7907.00.90) y no mediante la subpartida arancelaria 7901.11.00.00 o 7901.12.00.00 (NANDINA 7901.11.00 o 7901.12.00), que incorrectamente pretendía aplicar la SUNAT.

- [47] Agrega la reclamante que, después de que la SUNAT lograra la expedición de la Resolución 2272 de 2022 a través de la SGCAN (la cual fue demandada en vía de Acción de Nulidad por ZINSA e IEQSA ante el TJCA el 30 de septiembre de 2022), la Sexta Sala emitió la Resolución Dieciocho del 28 de septiembre de 2022 por medio de la cual resolvió revocar la Resolución Nueve emitida en primera instancia judicial por el Vigésimo Primer Juzgado Contencioso Administrativo y, reformándola, declaró FUNDADA la demanda interpuesta por la SUNAT contra el Tribunal Fiscal y ZINSA. En consecuencia, mediante la citada Resolución Dieciocho, la Sexta Sala declaró la nulidad de la Resolución 04036-A-202 expedida por el Tribunal Fiscal que revocó la Resolución de División 118-3S7100/2019- 667 de la SUNAT y, por consiguiente, otorgó validez a este último acto administrativo, a través del que se estableció que el producto Bolas de Zinc objeto de la Solicitud de Restitución de Derechos Arancelarios presentada por ZINSA se encontraba clasificado en la Subpartida Nacional 7901.11.00.00 y, por lo tanto, a dicha empresa no le correspondía el beneficio de restitución de derechos arancelarios por la referida mercancía.
- [48] Señala la reclamante que la referida decisión fue adoptada por el Poder Judicial considerando entre sus fundamentos a la Resolución 2272 de 20 de junio de 2022 de la SGCAN, como se expresó en la parte considerativa de la Resolución Dieciocho del 28 de septiembre de 2022 emitida por la Sexta Sala, conforme se aprecia en el considerando Décimo de la referida resolución jurisdiccional:

“A mayor abundamiento (...) se advierte la posición asumida por la Secretaría General de la Comunidad Andina en la Resolución N° 2272 (...) cuya copia ha sido adjuntada por la demandante - SUNAT – (...) la empresa codemandada – ZINSA – señaló la reconsideración interpuesta contra la citada resolución, que finalmente concluyó con su desestimación y la plena validez de la NANDINA (...) y en donde se establece como criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común 8 – NANDINA del producto denominado “Bolas de Zinc de 50 mm”, que: Los expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros concluyeron clasificar a la mercancía denominada comercialmente como “BOLAS DE CINCO DE 50mm”, en la subpartida 7901.11.00 con un contenido de cinc superior o igual al 99.99% en peso, , en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6 comprendidas en la Nomenclatura Común – NANDINA.”⁵

- [49] La reclamante pone de relieve que la Resolución Dieciocho de la Sexta Sala emitida el 28 de septiembre de 2022, resulta abiertamente contraria a la decisión de la SGCAN contenida en la Resolución 2292 en la que expresamente se ha señalado que las disposiciones de la Comunidad Andina y, en específico, la Resolución 2272, no tienen carácter retroactivo. Agrega que el Poder Judicial incurre en una evidente vulneración del derecho al debido proceso de ZINSA, así como en un incumplimiento de la norma andina al brindar una aplicación retroactiva a la Resolución 2272 del 20 de junio de 2022 emitida por la SGCAN por cuanto, como también se explicó anteriormente, dicha Resolución puede producir únicamente efectos hacia el futuro después de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que ocurrió el 20 de junio de 2022.

⁵ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,6-8



Adicionalmente agrega la reclamante que no puede haber duda alguna al respecto cuando sus efectos, de manera explícita o implícita, pretenden extenderse por el Poder Judicial a situaciones jurídicas consolidadas (derechos adquiridos) anteriores a la entrada en vigencia de la norma supranacional. *“Todo ello ha sido claramente indicado por la propia SGCA a través de la Resolución 2292 (también demandada parcialmente por ZINSA e IEQSA ante el TJCA vía Acción de Nulidad incoada el 30 de setiembre de 2022), que ha descartado cualquier posibilidad de aplicación retroactiva de la Resolución 2272.”*⁶

- [50] Al respecto, acota la reclamante que las Declaraciones Aduaneras de Mercancía (DAM) de que trata el proceso en el que se pronunció la Sexta Sala corresponden a febrero de 2018. Por ello, no resulta jurídicamente posible que a dichos actos aduaneros y de comercio exterior acontecidos en 2018, se les aplique la Resolución 2272 del 20 de junio de 2022, pues de hacerlo se estará incurriendo en una vedada aplicación retroactiva de dicha disposición comunitaria andina. La reclamante señala que hace referencia a importantes dispositivos que explican el momento determinante en que se configura el despacho aduanero (en los actos recién explicados ello aconteció en 2018), lo que pone en evidencia la imposibilidad de aplicar a los mismos la Resolución 2272, toda vez que de ello ocurrir se estará aplicando ilícitamente de forma retroactiva dicha resolución de la SGCAN.
- [51] Sobre lo acotado, indica la reclamante que conforme al criterio de la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal en las Resoluciones 936-A-99 y 8326-A-2001, el despacho del régimen de exportación definitiva se acredita con el embarque efectivo de las mercancías. En relación con ello, el artículo 1 de la Decisión 574, establece que el Despacho Aduanero es *“El cumplimiento de las formalidades aduaneras necesarias para que las mercancías puedan ser importadas a consumo, exportadas o colocadas al amparo de otro régimen aduanero”*.⁷
- [52] La reclamante trae a colación el informe 251- 2018-SUNAT/340000 que absuelve la siguiente consulta:

*“En el supuesto que una empresa beneficiaria se acogió al Drawback por mercancía exportada bajo la subpartida señalada en una Resolución de Clasificación Arancelaria que es posteriormente modificada por una segunda resolución de clasificación (emitida con posterioridad a la exportación y el acogimiento), que clasifica a la misma mercancía exportada en una subpartida nacional que se encuentra excluida de la restitución simplificada de derechos arancelarios. ¿Le corresponde a la precitada empresa reembolsar al Estado el beneficio devolutivo obtenido, incluido los intereses y la multa?”*⁸

- [53] Informe que, a decir de la reclamante, atiende a la consulta formulada y donde la Intendencia Nacional Jurídico Aduanera concluye que:

*“De conformidad con lo señalado de manera amplia y expresa en la primera parte del artículo 149 de la LGA, **cualquier modificación que se produzca en la clasificación arancelaria de mercancías que cuentan con resolución de clasificación emitida por la Administración Aduanera, no afectará en modo alguno a los despachos efectuados antes de la publicación de la segunda resolución de clasificación**, en la medida que las declaraciones que sustentan*

⁶ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p8

⁷ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p9

⁸ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p9



los mismos, no fueron efectuadas acorde con la clasificación arancelaria otorgada por el órgano competente de la misma Administración mediante una Resolución que durante esas fechas se encontraba plenamente vigente.

En ese sentido, la subpartida determinada para la misma mercancía es una segunda resolución de clasificación arancelaria, no generará el cambio de aquella que en su momento fue correctamente consignada en la declaración aduanera en virtud a un a una resolución de clasificación vigente y que luego resulta modificada por un acto posterior emitido por la Administración Aduanera, el mismo que de acuerdo a lo que se desprende del mencionado en el artículo 149 de la LGA, no puede conllevar estos efectos retroactivos.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el supuesto bajo consulta, la declaración de exportación fue tramitada bajo la vigencia de la Resolución de clasificación arancelaria que le otorga la subpartida "X" la misma que no se encontraba excluida del beneficio de Restitución Simplificada de Derechos Arancelarios, el acogimiento a dicho beneficio bajo la vigencia de dicha Resolución resultará válido, por lo que no existirá por parte del exportador la obligación de devolver el monto del beneficio que ha sido válidamente obtenido." (Los subrayados en negrillas no son del texto)⁹

- [54] En este contexto, la reclamante sostiene que conforme a la expuesto en el Informe 251-2018-SUNAT/340000, se advierte que el *drawback* obtenido por la exportación de mercancías que (al momento del despacho de exportación) contaban con una resolución de clasificación arancelaria cuya modificación fue publicada con posterioridad al despacho de exportación, no puede verse afectado por el nuevo criterio de clasificación, toda vez que ello implicaría la aplicación retroactiva del nuevo criterio de clasificación arancelaria. Por lo que es importante señalar que, la aplicación retroactiva de las normas se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no resulta posible que se efectúe una aplicación retroactiva de un nuevo criterio de clasificación arancelaria a las mercancías que fueron despachadas durante la vigencia de la RIN 2131-1998.¹⁰
- [55] Señala de reclamante que, hasta ahora resulta evidente que con las medidas objeto de este reclamo, el Poder Judicial vulnera objetiva y flagrantemente el principio de irretroactividad del artículo 3 del Tratado del TJCA y la Resolución 2272, y que además, el Poder Judicial interpretó arbitraria, unilateralmente y de forma incorrecta la forma de aplicar en el tiempo normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino sin ser el órgano competente para ello, pues dicha función es privativa del TJCA y de la Comisión; y, que estas medidas afectan gravemente los intereses legítimos y los derechos subjetivos de ZINSA, puesto que dicha decisión tiene la virtualidad de repetirse en casos similares que se encuentran en curso ante el Poder Judicial (especialmente ante el Vigésimo Juzgado), así como de utilizarse por SUNAT como respaldo para denegar los pedidos de ZINSA para acogimiento al régimen del *drawback*.¹¹
- [56] La reclamante concluye que por lo expresado, con la Medida objeto de esta acción de incumplimiento, el Poder Judicial, al aplicar retroactivamente el Criterio Vinculante de la Resolución 2272, incurrió en incumplimiento objetivo del artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA y de la propia Resolución 2272 que establecen que esta última tiene efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo cual

⁹ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p9-10

¹⁰ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,10

¹¹ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,10-11



ocurrió el 20 de junio de 2022, tal como además ha sido ratificado recientemente por la propia SGCAN a través de la Resolución 2292. En adición a la problemática de la incorrecta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 en que ha incurrido la Sexta Sala y que ha sido detalladamente explicado anteriormente; al emitir la Resolución Dieciocho, parte de cuyos fundamentos se sustentó en normas correspondientes al ordenamiento jurídico comunitario andino (caso de la Decisión 812 así como la ya mencionada Resolución 2272); dicho órgano jurisdiccional incurrió en una grave e insalvable omisión: No cumplió con su obligación de consultar previamente al TJCA a fin de que expida una Interpretación Prejudicial acerca de la forma correcta en que deben entenderse y aplicarse dichos dispositivos de la CAN y que, en efecto, las Salas jurisdiccionales que constituyen órganos de segunda instancia judicial y que son responsables de pronunciarse acerca de los recursos ordinarios que se interponen en los procesos a su cargo, se encuentran obligadas a solicitar consulta al TJCA antes de emitir sus respectivas resoluciones, siempre que como parte de su análisis se encuentren comprendidas normas que correspondan a la Comunidad Andina. Ese deber ha sido señalado en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el Tratado de Creación del TJCA), así como en el artículo 123 de la Decisión 500; además de que dicha obligación ha sido ratificada, como no puede ser de otra manera, por la jurisprudencia del propio TJCA.

- [57] Agrega la reclamante que, al haber omitido la Sexta Sala su obligación de formular la consulta obligatoria al TJCA, lo cual además le fue solicitado expresamente por ZINSA con anterioridad a que emita la Resolución Dieciocho; el referido colegiado del Poder Judicial de la República del Perú ha incurrido también en otra vulneración insalvable al ordenamiento jurídico de la CAN, lo que aunado a la indebida aplicación retroactiva de la Resolución 2272, motiva la necesidad de que se admita el presente reclamo de incumplimiento.¹²

5.1.2. Identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina objeto de incumplimiento:

- [58] En su escrito de reclamo, Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA señala que el Poder Judicial, a través de la Sexta Sala, incurrió en incumplimiento de las siguientes normas del ordenamiento jurídico andino. A saber, los artículos 3 y 33 del Tratado de Creación del TJCA, los artículos 4 y 123 de la Decisión 500, el artículo 2 de la Resolución 2272 y el artículo 2 de la Resolución 2292 de la SGCA¹³

5.1.3. Razones que fundamentan el Incumplimiento Objetivo de los artículos 3 y 33 del Tratado de Creación del TJCA, del artículo 2 de la Resolución 2272 de la SGCAN y de los artículos 4 y 123 de la Decisión 500 por parte de la Sexta Sala:

- [59] Zinc Industrias Nacionales S.A. -ZINSA expone como fundamento a su reclamo las razones siguientes:

5.1.3.1 El Poder Judicial, a través de la Sexta Sala, al aplicar la Resolución 2272 de 2022 otorgándole efectos retroactivos, incurre en incumplimiento flagrante y objetivo del artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, del artículo 2 de la Propia Resolución 2272 y del artículo 2 de la Resolución 2292.

- [60] La reclamante manifiesta que el Poder Judicial, a través de la Sexta Sala que adoptó la **Resolución Dieciocho del 28 de septiembre de 2022, que es la medida objeto de**

¹² Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,11-12

¹³ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,12

este reclamo, al otorgarle efectos retroactivos a la Resolución 2272, ha incurrido en incumplimiento flagrante y objetivo del artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA que establece que las resoluciones adoptadas por la SGCAN solo surten efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, y ha incurrido en incumplimiento del artículo 2 de la propia Resolución que expresamente señala que tendrá efectos hacia el futuro a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, la cual se materializó el 20 de junio de 2022, lo cual además fue precisado en la Resolución 2292 emitida por la SGCAN el 15 de septiembre de 2022 (es decir, dos semanas antes que se expida la resolución judicial constitutiva de la medida materia del presente reclamo de incumplimiento) y publicada en esa misma fecha en la Gaceta Oficial de la CAN.¹⁴

5.1.3.2 El principio de irretroactividad consagrado en los artículos 3 del Tratado de Creación del TJCA, y en la Resolución 2272 de 2022, unido al principio de aplicación favorable de la norma arancelaria garantizan un escenario de seguridad jurídica, confianza legítima y respeto de las situaciones jurídicas consolidadas (derechos adquiridos) de los destinatarios de los efectos de la Resolución 2272, el cual ha sido incumplido de manera objetiva y flagrante por la República de Perú a través de la Sexta Sala

[61] Sobre este punto, la reclamante hace referencia a fallos del Poder Judicial de la República del Perú y que, a decir de la reclamante:

“lamentablemente fueron ignorados por la Sexta Sala a través de esta ilegal interpretación que genera el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, y por lo mismo, la responsabilidad internacional del Estado peruano:

- **EL DÉCIMO NOVENO (19) JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SUB ESPECIALIDAD EN TEMAS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS CONFIRMÓ QUE LA RESOLUCIÓN No. 2272 SE TRATA DE UNA NORMA Y NO DE UN HECHO NUEVO DEL CASO**

Dicho juzgado ha señalado:

“Conforme señalamos en los párrafos precedentes, la Resolución 2272 no se configura bajo ningún concepto como un hecho nuevo del caso, al contrario, se trata de una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.”

Este razonamiento ha sido ratificado por el 19 Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con SubEspecialidad en temas Tributarios y Aduaneros mediante la Resolución 08, del 20 de julio de 2022, recaída en el Expediente 05823-2021 y la Resolución 09 del 16 de agosto de 2022, recaída en el Expediente 05668-2021, en los siguientes términos:

“Tercero: Conforme lo previsto en el artículo 188° del Código Procesal Civil: **“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza respecto de los puntos controvertidos y coadyuva al juzgador a fundamentar sus decisiones”**

¹⁴ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,16-17



*En efecto, la finalidad de la prueba más que alcanzar la verdad o la indagación de la realidad de la que versa una litis, es formar al juzgador convicción sobre las alegaciones que las parten afirman son situaciones ciertas y concretas; de ahí que **el juzgador al momento de valorar las pruebas tiene que verificar que aquellas son necesarias y pertinentes para el caso que le ocupa.***

Cuarto: *Con relación a los Medios Probatorios, el artículo 29° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, establece que: “En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios”.*

Respecto de los medios probatorios extemporáneos, el segundo párrafo del artículo 30° del acotado Código, señala: “Se admitirán excepcionalmente medios probatorios extemporáneos, cuando estén referidos a hechos ocurridos o conocidos con posterioridad al inicio del proceso, vinculados directamente a las pretensiones postuladas.”

Quinto: *Examinado el caso de autos, se aprecia que la demandante postula como pretensión principal, se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 03878-A-2021 en cuanto revoca la Resolución Jefatural de División N°(...), y como pretensión accesorias, se declare que las “Bolas de Zinc 50 mm” objeto de la Solicitud de Restitución de Derechos Arancelarios, materia del presente proceso, se encuentran clasificadas en la SPN 7901.11.00.00 (...)*

Sexto: *En ese contexto, la demandante ofrece como medio probatorio extemporáneo la Resolución N° 2272, emitida el 20 de junio de 2022, POR el Comité Andino de Asuntos Aduaneros, respecto a la aplicación obligatoria para los países de la Comunidad Andina; señala que, los fundamentos de la clasificación de la CAN son similares a los expuestos tanto en la vía administrativa como en el presente proceso, concluyendo ambos en que el producto bolas de zinc se clasifica en la SP 7901.11.00.*

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la referida resolución si bien establece un Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”, no obstante no constituye un medio probatorio referido a un hecho.

Asimismo, la referida resolución del Comité Andino de Asuntos Aduaneros tendrá vigencia, según lo señalado en su Artículo 2°, a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, esto es el 20 de junio de 2022, no resultando de aplicación retroactiva; por lo tanto, las conclusiones que la Secretaría General de la Comunidad Andina sobre la clasificación arancelaria del producto no es



vinculante retroactivamente, teniendo en cuenta que el caso de autos es de fecha anterior a la publicación de la resolución; máxime si uno de los aspectos objeto de controversia consiste en determinar la correcta clasificación arancelaria de las Declaraciones Aduaneras de Mercancías presentadas por Zinc Industrias Nacionales S.A. bajo la vigencia de la clasificación establecida por la Resolución de Intendencia Nacional N° 0002131.

En atención a lo expuesto, se colige que la documentación presentada por la demandante no resulta pertinente para la dilucidación de la presente litis; razón por la cual, se resuelve: Declarar IMPROCEDENTE la referida resolución como medio probatorio extemporáneo.”

(Los subrayados en negrillas no son del texto)

- **EL DÉCIMO OCTAVO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SUB-ESPECIALIDAD EN TEMAS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS CONFIRMÓ QUE LA RESOLUCIÓN No. 2272 SE TRATA DE UNA NORMA Y NO PUEDE SER APLICADA RETROACTIVAMENTE**

Mediante las Sentencias del Décimo Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros recaídas en los expedientes 5877- 2021, 5822-2021 y 5738-2021, dicho juzgado señaló que la Resolución 2272 consiste en una norma y que la misma no puede ser aplicada retroactivamente.

Así pues, en las referidas Sentencias el 18 Juzgado sostuvo uniformemente lo siguiente:

“4.5 Respecto al medio probatorio extemporáneo

4.5.1 Que mediante escrito de fecha 4 de julio de 2022, la demandante Sunat presentó el medio probatorio extemporáneo denominado “Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XXXIX – Número 4491 de fecha 20 de junio de 2022 – que publicó la Resolución N° 2272 – emitida por la Secretaría General de NANDINA” como criterio vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura común.

4.5.2 De acuerdo al Artículo 55 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, en ese sentido, la Comunidad Andina forma parte del derecho nacional, teniendo en cuenta además que el CAN es el Ordenamiento Jurídico Comunitario, de carácter supranacional, obligatorio cumplimiento y vigencia en los cuatro países que integran la CAN: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

4.5.3 Que de acuerdo con la **Decisión 409**, el “Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina”, precisa que le corresponde a la Secretaría citada lo siguiente: “a) Velar por la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (...)” (sic), en ese sentido, en base a esa

facultad se emite la Resolución N° 2272 de fecha 20 de junio de 2022 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina estableciendo el Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común-NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”.

4.5.4 Al respecto cabe precisar sobre la aplicación del criterio vinculante en el presente proceso, es necesario tener en cuenta la aplicación de normas jurídicas en el tiempo en el derecho nacional.

4.5.5 El artículo 103° de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. **La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos;** salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.” Concordado con el artículo 109° de la norma cita que precisa lo siguiente: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”

4.5.6 En concordancia con las normas glosadas, el artículo X del Título Preliminar del Código Tributario establece que: “**Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte**”.

4.5.7 Es así como, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigencia y carecen de efectos retroactivos. Dicha afirmación tiene respaldo en diversas sentencias emitidas por el propio Tribunal Constitucional, tal como sucede en la sentencia recaída en el Expediente No. 0002-2006- PI/TC, la cual señala en su Fundamento Jurídico 12 lo siguiente: “(...) nuestro ordenamiento **adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes**” (STC 0606-2004-AA/TCM FJ2). Por tanto, para aplicar una norma tributaria en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas.”

4.5.8 Con esa misma lógica se ha establecido en la CASACIÓN N° 3473-2002-CALLAO publicada el 31 de agosto de 2004 que señala lo siguiente: “(...) Segundo.- Que la sentencia de primera instancia, cuyo fundamento ha sido recogidos por el Ad quem en la recurrida conforme a la regla prevista en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; estableció como conclusiones fácticas de su fallo que en el presente caso los derechos en disputa son de naturaleza idéntica, tratándose de litis de oposición de derechos reales sobre



el mismo inmueble debiendo regir el derecho específico contemplado en los artículos 593 y 595 del Código de Comercio, los que gozan de plena vigencia, deviniendo en inaplicable la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena sobre Privilegios Marítimos toda vez que su dación fue posterior a la interposición de la demanda de la que deriva la medida cautelar cuya desafectación se solicita, por lo que su aplicación a la materia controvertida atentaría contra el principio de irretroactividad consagrado en el artículo 103 de la Constitución.

Tercero.- Que a ese respecto, debe precisarse que el artículo 103 de la Constitución Política del Estado recoge la garantía constitucional de irretroactividad de la Ley sustantiva, estableciendo que ninguna ley tiene efecto retroactivo salvo en material penal cuando favorece el reo; de otro lado; el principio de aplicación de la ley en el tiempo contenido en el artículo III del Título Preliminar el Código Civil establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, razón por la cual el artículo 2121 del Código citado, contempla la teoría de los hechos cumplidos la cual propugna la aplicación inmediata de las normas, desechando su aplicación retroactiva o ultractiva.” (sic)

4.5.9 Teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, se observa de autos que el 8 de febrero de 2018 la empresa demandada a través de su Agencia de Aduanas, solicitó la exportación definitiva de mercancías denominadas comercialmente “Bolas de Zinc 40 y 50 mm”, asignando a éstas la subpartida nacional (SPN) 7907.00.90.00, acogiéndose a la restitución de derechos arancelarios del D.S. 104- 95-EF/DRAWBACK.

4.5.10 Como se puede advertir los hechos materia de la presente litis se ha dado en el año 2008 y el precedente vinculante de la Comunidad Andina se ha dado recién el 20 de junio de 2022 consecuentemente, dicho criterio vinculante es desde la fecha citada para adelante y no en forma retroactiva en el tiempo de acuerdo a la normativa citada precedentemente.”

(Los subrayados en negrillas no son del texto)

Por su parte, la seguridad jurídica y el reconocimiento de los derechos adquiridos se materializan en el marco del derecho arancelario por medio del principio de favorabilidad, como lo ha señalado el Consejo de Estado colombiano en los siguientes términos:

“La aplicación del principio de favorabilidad constituye una manifestación del derecho al debido proceso a que tiene derecho cualquier persona y que por mandato constitucional se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales (artículo 29 [1] de la Constitución Política).

Cabe anotar que aun cuando la demandante no solicitó la aplicación del principio de favorabilidad, de conformidad con el artículo 520 del Decreto 2685 de 1999 dicha aplicación es



procedente de oficio tanto por la Administración como por la Jurisdicción, pues esta debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa. **Y en este caso, el derecho al debido proceso de la demandante implicaba la aplicación de la norma más favorable**⁶.

(Los subrayados en negrilla no son del texto)

También resulta del caso poner de relieve que la seguridad jurídica, fundamentada en el principio de irretroactividad de las normas jurídicas andinas como la Resolución 2272, ha sido definida por el TJCA como un elemento primordial del proceso de integración, así como un factor clave para mantener la confianza que los Países Miembros y sus habitantes depositan en el SAI como “medio eficaz para su desarrollo y complejo desenvolvimiento”⁷. Particularmente, en la decisión expedida dentro del proceso 10-IP-2010 señaló que:

“El Tribunal en sus pronunciamientos ha garantizado la seguridad jurídica, y en los casos de tránsito legislativo ha diferenciado los aspectos de carácter sustancial de aquellos de naturaleza procedimental contenidos en las normas, señalando de manera reiterada que la norma comunitaria de carácter sustancial no es retroactiva, por lo que no afectará derechos consolidados en época anterior a su entrada en vigor. Así pues, la norma sustantiva no tiene efecto retroactivo, a menos que por excepción se le haya conferido tal calidad; este principio constituye una garantía de estabilidad de los derechos adquiridos”.

(Los subrayados en negrilla no son del texto)

De igual forma, el Consejo de Estado de Colombia se ha pronunciado con respecto a la seguridad jurídica y el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas:

“En virtud del principio de seguridad jurídica se deben respetar los derechos particulares que nacieron, quedaron en firme y se ejecutaron en vigencia de la norma que posteriormente se anula, lo mismo ocurre con las obligaciones de los particulares y el derecho correlativo de la Administración. No es posible revivir situaciones definidas judicialmente ni aquellas en las que no fueron interpuestos los recursos administrativos o judiciales y por tanto la situación jurídica quedó consolidada”.

(Los subrayados en negrilla no son del texto)¹⁵

[62] La reclamante complementa que los principios de irretroactividad y de aplicación favorable de la norma arancelaria se instituyen como fundamentos esenciales para la correcta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario por parte de las autoridades de los Países Miembros, los cuales están encaminados a brindar seguridad jurídica a los destinatarios de la norma andina en lo que se refiere a las normas llamadas a regular su situación jurídica, así como a garantizar el respeto de sus derechos legítimamente adquiridos, proscribiendo la posibilidad de que las autoridades aduaneras nacionales lleven a cabo una aplicación arbitraria de las disposiciones comunitarias en función de su conveniencia, lo que en este caso se evidencia, además, con la aplicación retroactiva de

¹⁵ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,24-25

la Resolución 2272, por lo que resulta claro que la Resolución 2272 entró en vigor a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

- [63] Además, explica la reclamante, considerando que ésta solo consta de disposiciones de orden sustantivo, en ninguna circunstancia es jurídicamente posible su aplicación sustantiva. Esto significa que, el momento relevante para la aplicación de la Resolución 2272, impugnada mediante recurso de reconsideración interpuesto el 3 de agosto de 2022, es cuando se produce el despacho de las mercancías (tanto de exportación como de importación) que se realicen a partir del 20 de junio de 2022 hacia adelante y no de ninguna manera al dilucidar la clasificación arancelaria de las mercancías en un procedimiento administrativo o judicial en que se evalúan despachos ocurridos en períodos previos.¹⁶
- [64] Concluye la reclamante, el Poder Judicial, a través de la Sexta Sala, que emitió la Resolución Dieciocho del 28 de septiembre de 2022, medida objeto de este reclamo, al otorgarle efectos retroactivos a la Resolución 2272 (por aplicarla a hechos ocurridos en 2018, es decir 4 años antes de la vigencia del mencionado dispositivo comunitario), afecta gravemente los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas a favor de ZINSA, en particular su derecho al *drawback* que cubre al producto “BOLAS DE CINCO DE 50 mm” desde 1998.
- [65] De otra parte, menciona la reclamante que ZINSA advirtió oportunamente de la irretroactividad de los dispositivos de la CAN a la Sexta Sala a través de su escrito de absolución de traslado del recurso de apelación presentado ante dicho órgano jurisdiccional el 16 de agosto de 2022, en el que se indicó expresamente lo siguiente:

“En el improbable y negado caso que vuestra Sala considere que la Resolución 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina reúne los requisitos para ser considerada una prueba extemporánea, solicitamos se tenga en cuenta que la citada norma no tiene fuerza ni efectos retroactivos.

En efecto, el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone lo siguiente:

*“Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”
(Énfasis agregado)*

A mayor abundamiento, el artículo 15 de la Decisión 425 (antes citada) señala que:

“Las Resoluciones de la Secretaría General entrarán en vigencia y producirán sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que la propia Resolución señale una fecha distinta”

Esto es corroborado por el propio texto de la Resolución 2272, la misma que señala literalmente lo siguiente:

¹⁶ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,16-17

“Artículo 2.- La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.” (Énfasis agregado)

Sobre el particular, la Resolución No. 2272 fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el día 20 de junio de 2022, con lo cual, los efectos que de ésta se pueden desprender serían vinculantes – en todo caso – para las clasificaciones arancelarias de los productos bolas de zinc exportados de la referida fecha en adelante, mas no hacia atrás.

En ese sentido, no puede tener efectos retroactivos ni puede ser empleada para determinar la correcta clasificación arancelaria de los productos exportados previamente a su publicación como es el caso de las exportaciones materia del presente proceso.”¹⁷

- [66] Al respecto, la reclamante enfatiza que la Sexta Sala ha incurrido en incumplimiento flagrante y objetivo del artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA que establece que las resoluciones adoptadas por la SGCAN solo surten efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, y en incumplimiento flagrante del artículo 2 de la propia Resolución.

5.1.3.3 Incumplimiento flagrante y objetivo del ordenamiento jurídico andino por parte de la República de Perú a través de la Sexta Sala, al no haberse decretado previamente la Interpretación Prejudicial

- [67] La reclamante señala que el TJCA también se ha ocupado de esclarecer que la interpretación prejudicial es obligatoria cuando no procedan recursos ordinarios contra la decisión que deba adoptarse, puesto que pretender subsanar la falta de trámite de la interpretación prejudicial excusándose en la posibilidad que tienen las partes de acudir a un recurso extraordinario, y por lo tanto excepcional; truncaría la consecución de los objetivos que persigue la interpretación prejudicial.

- [68] Sobre este punto, la reclamante expone lo siguiente:
“En sentencia 57-IP-2012, el Tribunal comunitario sentó su posición en los siguientes términos:

*“Por esta razón y salvaguardando la validez y eficacia del orden jurídico andino, **el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria**; el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque éste concreta definitivamente la litis en la gran mayoría de asuntos. **Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales**”. (Los subrayados en negrilla no son del texto)*

Sobre el punto referido a la existencia de un recurso extraordinario, en la Resolución emitida el 18 de diciembre de 2017 por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación 1116-2017-Lima), se explica la naturaleza extraordinaria y excepcional con que la Corte Suprema conoce de casos en el Perú a través del denominado recurso de casación.

¹⁷ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,25-26



En dicho pronunciamiento, la referida Corte Suprema deja en claro que la casación (que habilita su intervención) **NO** es un recurso ordinario, por lo que en concordancia con lo previsto en la sentencia 57-IP-2012 expedida por el TJCA, **la última instancia jurisdiccional peruana y por tanto la obligada a solicitar una Interpretación Prejudicial de forma obligatoria, es la Corte Superior de Justicia (ya que ella SÍ conoce los recursos ordinarios que se formulan en los procesos Contencioso Administrativos en la República del Perú).**

Los efectos de la omisión del trámite de la interpretación prejudicial también han sido determinados por el TJCA, pues en sentencia emitida para dar fin al proceso 03-AI-2010, se afirmó que no tramitar la interpretación prejudicial **constituye un incumplimiento flagrante** al ordenamiento jurídico andino que da lugar a la nulidad de la decisión del juez nacional:

*“(…) en el caso de la consulta obligatoria, la inobservancia del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, **debería acarrear la nulidad de la sentencia.***

*En ese sentido, **la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia** toda vez que él “no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias. **Este “requisito previo” debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo, pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los Países Miembros de esta Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso**”.*

(Los subrayados en negrilla no son del texto)”¹⁸

- [69] Esgrime la reclamante que, tan clara es la obligación que tiene el juez de única o última instancia de tramitar la interpretación prejudicial ante el TJCA que, en el trámite de apelación de una de las decisiones que declaró fundada la demanda interpuesta por la SUNAT contra las Resoluciones del Tribunal Fiscal que sostiene que el producto denominado “**BOLAS DE ZINC – ÁNODO DE ZINC**”, se clasifica en la Subpartida Nacional 7907.00.90.00 y no en la Subpartida 7901.11.00.00 (como lo sostiene la Superintendencia), la Séptima Sala en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad Tributaria y Aduanera profirió la Resolución N°11 del 3 de agosto de 2022 en la cual se resuelve iniciar el trámite de interpretación prejudicial. Dicha sala fue explícita en reconocer el deber ineludible de órganos jurisdiccionales de ese nivel de formular consulta obligatoria ante el TJCA. Esto significa que las Salas del Poder Judicial de la República del Perú integrantes de la Corte Superior de Justicia de Lima, están obligadas a recurrir al TJCA y, en consecuencia, solicitar que éste se pronuncie vía Interpretación Prejudicial sobre los dispositivos normativos de la CAN.¹⁹
- [70] Se igual manera, indica la reclamante, en la Resolución 16 emitida el 16 de septiembre de 2022 por la Séptima Sala (Expediente N°05753-2021) se estableció lo siguiente:

“PRIMERO.- El artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, refiere que: “Los jueces nacionales que conozcan de un

¹⁸ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,30-31

¹⁹ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,30-31



proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiera recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.” Por tanto, de acuerdo a lo establecido en la norma citada, **cuando alguna norma del derecho comunitario se encuentre en controversia**, el juez nacional de primera instancia que conoce el proceso puede facultativamente solicitar la interpretación prejudicial de dicha norma al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina antes de emitir sentencia; **sin embargo, cuando el proceso se encuentra en segunda instancia, es obligatorio pedir tal interpretación, para lo cual se deberá suspender el proceso.**

SEGUNDO. - En el caso de autos tenemos que la Sunat, con escrito de fecha 7 de julio de 2022, presentó la Resolución 2272, emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, a través de la cual se establecía un Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado comercialmente “Bolas de Cinc de 50 mm”, concluyendo que el mismo se debería clasificar en la subpartida NANDINA 7901.11.00; posteriormente, el 26 de agosto de 2022, la empresa demandada presentó la Resolución N° 2284 que había resuelto suspender los efectos de la Resolución N° 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina; por tal razón, actuando este órgano jurisdiccional en segunda instancia, se solicita opinión prejudicial a efectos de que se pronuncie sobre lo siguiente: - Cuáles son los efectos y consecuencias del criterio vinculante establecido en la Resolución N° 2272 emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina, y su suspensión establecida en la Resolución N° 2284, con relación al trámite y solución del proceso judicial seguido en este expediente.

TERCERO. - Por las razones que anteceden, RESOLVIERON: SUSPENDER el proceso; y, en consecuencia, DISPUSIERON solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la opinión prejudicial sobre los efectos y consecuencias de las resoluciones 2272 y 2284 emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina (...).” (Resaltado y negrillas agregados)²⁰

- [71] En el mismo contexto, señala la reclamante, que mediante escrito cursado a la Sexta Sala con fecha 26 de septiembre de 2022 (con anterioridad a la expedición de la Resolución número Dieciocho), ZINSA expresamente le solicitó lo siguiente:

“TERCER OTROSÍ DIGO: Que, en el supuesto negado que vuestra Sala considere que la presente controversia no debe ser resuelta por aplicación expresa de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley General de Aduanas, teniendo en cuenta que el asunto se trata de la clasificación arancelaria de las mercancías, es decir, en la aplicación de una norma comunitaria (La Decisión 812 y normas aplicables al momento del despacho de exportación) SOLICITAMOS que en aplicación del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones inicie el procedimiento de interpretación prejudicial correspondiente.

²⁰ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,32-33



Caso contrario, teniendo en cuenta que la SÉTIMA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ya ha informado del inicio del procedimiento de interpretación prejudicial, por economía procesal (teniendo en cuenta que se trata de las mismas partes y misma controversia) y en aplicación del segundo párrafo del artículo 33 del Tratado antes citado, solicitamos suspenda el proceso hasta que se resuelva dicha interpretación prejudicial”.

(Subrayado y negrillas agregados)²¹

- [72] La reclamante comenta que queda palpable que ZINSA solicitó expresamente a la Sexta Sala que cumpla con formular la Consulta obligatoria del TJCA a fin que este emita interpretación prejudicial sobre la aplicación de la normativa comunitaria andina, pese a lo cual dicho órgano jurisdiccional omitió cumplir con su deber ineludible y, por el contrario 2 días después de presentado el mencionado escrito de ZINSA, la Sexta Sala emitió la Resolución número Dieciocho en que vulneró el ordenamiento de la CAN al aplicar ilegalmente de forma retroactiva la Resolución 2272 de la SGCAN.
- [73] **Expone la reclamante que, la Sexta Sala se encontraba obligada a tramitar la interpretación prejudicial de la Decisión 812 (la cual aplicó dicho órgano colegiado para resolver asuntos en controversia sin previamente haber consultado al TJCA, así como también la Resolución 2272 de la SGCAN.** Indicando que esta última fue objeto de interpretación mediante Resolución 2292 de 15 de septiembre de 2022, en la cual la propia SGCAN dejó en claro que la misma no puede ser aplicada de manera retroactiva.²²
- [74] Agrega la reclamante que, sobre este punto, son dos los incumplimientos insalvables en que ha incurrido la Sexta Sala:
- “1. Haber aplicado la Resolución 2272 de la SGCA, de forma retroactiva, sin haber consultado previamente al TJCA para que defina su correcta aplicación en el tiempo; y*
- 2. Haber adoptado decisiones de fondo sobre asuntos de naturaleza arancelaria, aplicando la Decisión 812 de la CAN sin haber consultado previamente al TJCA.”*
- [75] Sostiene la reclamante que, en ambos supuestos, la Sexta Sala incurrió en incumplimiento objetivo y flagrante al haber aplicado dos normas de la CAN sin haber solicitado previamente al TJCA interpretación prejudicial. Omisiones que dan lugar a *“un evidente incumplimiento objetivo y flagrante de la República de Perú a través de su Poder Judicial”*.²³

5.1.4. Afectación de los derechos de ZINSA como consecuencia de la adopción de la medida objeto de denuncia por incumplimiento:

- [76] A decir de la reclamante, la conducta del Poder Judicial vulnera los derechos de ZINSA, toda vez que sobre la base de una ilegal aplicación retroactiva de la Resolución 2272, así como por la ilícita aplicación de esa resolución de la SGCAN y también de la Decisión 812 al emitir la Resolución Dieciocho sin haber cumplido con la previa obligación de consultar al TJCA acerca del modo correcto en que corresponde entender ambos dispositivos comunitarios andinos para obtener la respuesta respectiva a través del

²¹ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,32-33

²² Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,33-34

²³ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,35



mecanismo de la Interpretación Prejudicial, se termina otorgando argumentos que conceden la razón a SUNAT y a su postura de denegar indebidamente diversos pedidos de acogimiento al régimen de *drawback*, lo que además podría servir de sustento a SUNAT para efectuar nuevas fiscalizaciones a ZINSA sobre la base de lo incorrectamente resuelto por el Poder Judicial. La afectación de los derechos de ZINSA se consolida por cuanto, al brindarle a la Resolución 2272 de la SGCAN (por decisión arbitraria e ilegal, al carecer de competencia para ello, de una autoridad pública peruana) efectos retroactivos en incumplimiento objetivo del ordenamiento jurídico comunitario, se incurre en una grave afectación al restringirse incorrectamente a nuestra empresa el acogimiento al régimen del *drawback*.²⁴

5.1.5. Los hechos denunciados en el presente reclamo tienen virtualidad de replicarse en otros procesos ante el Poder Judicial:

- [77] De otra parte, la reclamante manifiesta que, la grave afectación de los derechos de ZINSA no solamente se materializó con la Medida del Poder Judicial, adoptadas por la Sexta Sala, la cual avaló la Resolución de División 118-3S7100/2019-667 de la SUNAT, que denegó ilegalmente a ZINSA el acogimiento al régimen del *drawback*, sino que la misma Sexta Sala se podría pronunciar de la misma e ilegal manera en otros procesos bajo su competencia.
- [78] Colige la reclamante que, la SUNAT indujo a error al MINCETUR, y con ello a la SGCAN, para que propusiera la modificación de la clasificación arancelaria del producto “*ÁNODOS de CINCO en forma de BOLAS de 50mm*” con el único objetivo de lograr la devolución del beneficio del *drawback* en los años 2014 y posteriores; decisiones que venían siendo consideradas como nulas por el Tribunal Fiscal y por el propio Poder Judicial de manera consistente, hasta la expedición de la Resolución número Dieciocho del 28 de septiembre de 2022 por parte de la Sexta Sala.²⁵
- [79] Concluye la reclamante que, lo decidido en la resolución objeto del presente reclamo de incumplimiento, genera un ilegal sustento para que la SUNAT alegue indebidamente, pero con el visto bueno del Poder Judicial, en diversos procesos administrativos de fiscalización así como en aquellos que cursan actualmente controversia ante los Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros y ante la propia Sexta Sala, que a ZINSA no la asistía el derecho al acogimiento al régimen de *drawback*, lo cual resulta perjudicial para la empresa. Por lo que se impone la necesidad de que la SGCAN, en el dictamen de incumplimiento que deba emitir, exhorte al Poder Judicial de abstenerse de brindar aplicación retroactiva al Criterio Vinculante contenido en la Resolución 2272, en concordancia con lo determinado mediante la Resolución 2292.²⁶

5.1.6. Solicitud de suspensión de los efectos de la medida del Poder Judicial mientras que se adelanta el procedimiento administrativo de incumplimiento para evitar que se continúe causando un perjuicio irreparable o de difícil reparación para ZINSA:

- [80] La reclamante indica que si bien el artículo 28 del TCTJCA confiere la facultad de suspender provisionalmente los efectos de las medidas acusadas por incumplimiento mientras se adelanta el proceso judicial, ante la falta de regulación expresa de la misma facultad en cabeza de la SGCAN por parte de la Decisión 623, resulta aplicable aquélla

²⁴ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,35-36

²⁵ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,35-36

²⁶ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,36-37



norma por estar relacionada directamente con la acción de incumplimiento, lo que incluye también la fase administrativa ante la SGCAN, precisamente porque su objeto principal es evitar que la medida demandada cause o pueda causar a ZINSA perjuicios irreparables o de difícil reparación, toda vez que es evidente que se cumplen los requisitos de procedencia de dicha medida de suspensión provisional de los efectos de la Resolución Dieciocho del Poder Judicial, que es la medida objeto del presente Reclamo, mientras que se adelanta el procedimiento administrativo de incumplimiento por parte de la SGCAN. Lo que sustenta en el hecho que el Poder Judicial, a través de la Sexta Sala hace suyo con efectos retroactivos el Criterio Vinculante de la Resolución 2272.²⁷

[81] Añade la reclamante que, para el otorgamiento de la medida de suspensión de los efectos de la Resolución Dieciocho del Poder Judicial, procede a demostrar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La existencia de elementos de prueba que le permitan a la SGCAN considerar como verosímil y probable la existencia del derecho que se invoca (*fumus boni iuris*).
- La existencia del riesgo a que queda expuesta la efectividad de la suspensión de la Resolución 2272, y de su aplicación retroactiva que afecta directamente situaciones jurídicas consolidadas, esto es derechos adquiridos por ZINSA antes de la entrada en vigencia de la citada Resolución 2272, (*periculum in mora*), al no decretarse la medida cautelar de suspensión de los efectos de la Resolución Dieciocho del Poder Judicial.

[82] Al respecto y en este contexto, la reclamante solicitó a la SGCAN que se dictamine el incumplimiento de la República del Perú por la adopción de la Resolución número Dieciocho de fecha 28 de septiembre de 2022 emitida por el Poder Judicial, Sexta Sala en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, y le exhorte a que adopte las medidas encaminadas a subsanar el incumplimiento. Esto es, que se deje sin efecto la Resolución objeto del presente Reclamo y se abstengan en los sucesivo de pretender darle una aplicación retroactiva a la Resolución 2272 de la SGCAN. Además, antes de expedir en los sucesivos pronunciamientos que involucren dispositivos comunitarios andinos (como es el caso de la Resolución 2272 de la SGCAN), el citado órgano jurisdiccional deberá formular consulta obligatoria ante el TJCA a fin de que dicho tribunal emita Interpretación Prejudicial sobre cuál es la forma correcta de aplicar la normativa comunitaria²⁸.

[83] De otra parte, mediante carta de 11 de noviembre de 2022, recibida por la SGCAN el 14 de noviembre de 2022, la reclamante presentó como medios probatorios complementarios al reclamo las Resoluciones de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima números Diecinueve (Expediente 5702-2021), Diecinueve (Expediente 5747-2021) y Catorce (Expediente 8882-2021) de 21 de octubre de 2022; y solicita a la SGCAN se tengan en cuenta estos tres pronunciamientos adicionales de la Sexta Sala (emitidos con posterioridad a la Resolución materia de la presente Acción de Incumplimiento) mediante los cuales se declara la nulidad de una serie de resoluciones del Tribunal Fiscal. Indica la reclamante que, en “dichas

²⁷ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,37

²⁸ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p5,48



resoluciones, la Sexta Sala persiste en aplicar retroactivamente la Resolución 2272 de la SGCA, contraviniendo de forma notoria el ordenamiento jurídico comunitario andino.”²⁹

5.2. Argumentos de la Reclamada

[84] El 16 de diciembre de 2022, a través del Oficio N°028-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI, la reclamada remitió a la SGCAN su contestación al reclamo, contenida en dos partes: cuestión previa y argumentos de fondo:

5.2.1 Cuestión Previa

[85] En su contestación, la reclamada antes de exponer sus argumentos de fondo, de manera previa presenta los siguientes cuestionamientos de admisibilidad al escrito del reclamo interpuesto por la reclamante contra el Gobierno Peruano:

5.2.1.1 Falta de Interés para obrar de la reclamante por encontrarse en trámite un proceso pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto:

[86] La reclamada indica que las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrá acudir a la SGCAN y al TJCA, reclamos que de conformidad con el artículo 14 de la Decisión 623 deberán contener la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional; y, que por su parte, el artículo 25 del TCTJCA que la interposición de una Acción de Incumplimiento ante el TJCA excluye la posibilidad de acudir paralelamente ante los tribunales nacionales competentes³⁰. Advierte que, “*las normas comunitarias antes citadas contemplan un requisito a fin de interponer una Acción de Incumplimiento ante el TJCAN: que **no exista un proceso pendiente entre las mismas partes y el mismo asunto (misma causa)**. Dicho requisito es trasladable supletoriamente a los procedimientos incoados ante la SGCAN; y, su incumplimiento debe conllevar al archivo del procedimiento.*”

[87] Indica la reclamada que, la norma comunitaria faculta, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas (vías paralelas alternativas, pero excluyentes); esto es, la jurisdicción comunitaria de la SGCAN y el TJCA; o, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el Artículo 31 de la misma norma.

[88] la reclamada señala que **las pretensiones de la acción de incumplimiento presentada ante la SGCAN, y aquellas materia del Recurso de Casación interpuesto, son las mismas. En ese sentido, en ambas acciones se pretende la nulidad de las citada Resolución N°18 del 28 de septiembre de 2022 y se fundamentan en la aplicación retroactiva del Criterio Vinculante de Clasificación de Mercancías (en adelante, CVCM), aprobado por Resolución 2272 de la SGCAN.**

[89] En este contexto, la reclamada expone:

*“El argumento principal, esgrimido por ZINSA, ampliamente desarrollado en los escritos presentados paralelamente, tanto ante la Corte Suprema, como ante la **SGCAN (Recurso de Casación y reclamo por incumplimiento, respectivamente)**, es el referido a la **supuesta aplicación retroactiva** de la Resolución 2272 de la SGCAN por parte de la Sexta Sala, para lo cual se alude a*

²⁹ Carta de ZINSA de 11 de noviembre de 2022, medios probatorios complementarios

³⁰ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p6



la normativa comunitaria andina y se destaca que el CVCM no tiene efectos retroactivos.

Particularmente, en el caso concreto, se identifican las mismas partes y la misma causa (mismo asunto) en los procesos en trámite a nivel interno y comunitario. A tal efecto, se ha elaborado el siguiente cuadro para fines ilustrativos:

Materia	Recurso de Casación	Acción de Incumplimiento
Reclamante	ZINSA	ZINSA
Autoridad judicial reclamada	Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima	Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima
Asunto (Causa)	Supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN	Supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN
Actos administrativos Cuestionado	Resolución 18 del 28 de septiembre de 2022	Resolución 18 del 28 de septiembre de 2022

Como consecuencia de lo antes indicado, se verifica claramente la litispendencia en el presente caso, por existir **procesos internos en trámite paralelos al presente procedimiento** incoado por la empresa ZINSA ante la SGCAN, sobre los mismos hechos, lo cual debe conllevar automáticamente al archivo definitivo del reclamo por incumplimiento, mediante la vía de una excepción o **cuestión previa** relativa a la existencia de un **proceso pendiente entre las mismas partes y por la misma causa** (mismo asunto).³¹

- [90] En este punto, concluye la reclamada que la supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN no puede ser controvertida en este procedimiento comunitario, puesto que se ha acudido paralelamente ante los tribunales nacionales, lo que contraviene al artículo 14 de la Decisión 623; y, que en este contexto “**resulta absolutamente claro que la reclamante ha incumplido el requisito de admisibilidad referido a la inexistencia de procesos pendientes entre las mismas partes y la misma causa** (mismo asunto) entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, establecido en el artículo 61, numeral 7, de la Decisión 500. **Por consiguiente, corresponde que la SGCAN ordene el archivo definitivo del presente procedimiento por la existencia de un proceso pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto**”³².

5.2.2 Argumentos de Fondo

- [91] La reclamada ha presentado como argumentos de fondo los siguientes:

³¹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p9-10

³² Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p9-11



5.2.2.1 Aspectos preliminares:

i. Los efectos declarativos de la clasificación arancelaria

- [92] Al respecto, la reclamada expone que la sentencia (Resolución N°18) objeto del presente reclamo *“tiene como sustento el Arancel de Aduanas aprobado por Decreto Supremo N°342-2016-EF y las Notas Explicativas del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, uno de los elementos auxiliares relativos a la interpretación y aplicación uniforme de los textos de partida y subpartida, Notas de Sección, Capítulos y subpartidas del Sistema Armonizado, y en el Capítulo 79 que contiene al cinc y sus manufacturas. Según las Notas Explicativas de la partida 79.01, esta comprende al zinc en bruto con sus diferentes grados de pureza, en masas, en lingotes, placas, palanquilla o formas similares. La Sentencia (Resolución N° 18) objeto del presente reclamo tienen como sustento el Decreto Supremo N° 342-2016-EF, Capítulo 79, donde se detalla la clasificación arancelaria; la cual, según las Notas Explicativas de la partida 79.01, comprende el zinc en bruto con sus diferentes grados de pureza, en masas, en lingotes, placas, palanquilla o formas similares”*³³.
- [93] La reclamada expone que, el texto de la partida 79.07 comprende a las demás manufacturas, siendo una partida residual que contiene a las manufacturas que no se clasifican en las partidas precedentes (de la 79.01 a la 79.05), en los capítulos 82 y 83 o en otra parte de la nomenclatura (conforme a la Nota 1 de la Sección XV). Por otro lado, las Notas Explicativas correspondientes a la partida 79.07, señalan que, en esta partida, se incluyen todas las manufacturas de zinc, excepto aquellas comprendidas en las partidas 79.01 y 79.05, en los capítulos 82 y 83 del Decreto Supremo N°342-2016-EF o en otra parte de la nomenclatura (conforme a la Nota 1 de la Sección XV).
- [94] En este contexto, añade la reclamada:

“las Notas Explicativas de la partida 79.07, señalan que se clasifican en esta partida las demás manufacturas de zinc y que para el caso de ánodos de cinc utilizados en galvanoplastia, se debe considerar el apartado “A” de las Notas Explicativas de la partida 75.08, el cual describe las características que deben cumplir los ánodos de níquel refinado que se utilizan para el niquelado vía electrolítica. Dichos ánodos se pueden obtener por colada, laminado, estirado, extrusión o a partir de cátodos y otras formas de electrodeposición de la partida 75.02, y se presentan en formas de estrellas, anillos o perfiles especiales con una superficie anódica máxima adecuada para los fines que pretenden alcanzarse; en el caso de ánodos en barra, en la longitud que se utilizan los ánodos; o, en placas (planas o abombadas), tiras, hojas, discos (planos u ondulados), semiesferas o bolas. En ese contexto, la clasificación arancelaria de las mercancías bolas de zinc y medias bolas de zinc, indicada en las Notas Explicativas de la partida 79.07, señalan que las manufacturas de zinc se clasifican en esta partida y que, para el caso de ánodos de galvanoplastia, se debe considerar el apartado “A” de las Notas Explicativas de la partida 75.08, el cual agrupa a los ánodos de níquel refinado que se utilizan para el niquelado vía electrolítica. Dichos ánodos se pueden obtener por colada, laminado, estirado, extrusión o a partir de cátodos y otras formas de electrodeposición de la partida 75.02, y se presentan en formas de estrellas, anillos o perfiles especiales con una superficie anódica máxima adecuada para los fines que pretenden alcanzarse; en el caso de ánodos en

³³ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p9-11



*barra, en la longitud que se utilizan los ánodos; o, en placas (planas o abombadas), tiras, hojas, discos (planos u ondulados), semiesferas o bolas.*³⁴

- [95] Al respecto, sostiene la reclamada que conforme al marco jurídico aplicable, para que las mercancías sean clasificadas en la partida 79.07, los ánodos de níquel deben estar provistos de ganchos para colgarlos en el baño de níquelado; o, roscados, taladrados, entre otros, a fin de colocarle los ganchos; situación que no acontece en el presente caso. En ese mismo orden de ideas, la mercancía objeto de la Sentencia (Resolución N°18) cuestionada no puede ser clasificada en la partida 79.07, toda vez que no reúne las características indicadas en el punto 2 del apartado “A” de las Notas Explicativas correspondientes a la Partida 75.08. Agrega que, de conformidad al análisis de autos efectuado por la Sexta Sala, las referidas mercancías constituyen zinc en bruto y no manufacturas de zinc, toda vez que han sido sometidas a un proceso de fusión, colada y tamboreo, procesos que sí son aceptados en la partida 79.01 y que solo mejoran la apariencia y que no producen una alteración del zinc en forma bruta que permita clasificarlos en la partida “*las demás*” (79.07), que agrupa a las demás manufacturas de zinc, de acuerdo al principio de progresividad. En consecuencia, la mercancía denominada “*Bolas de Zinc*” y “*Medias Bolas de Zinc*” debe clasificarse en la subpartida 7901.00, al tratarse de zinc en bruto obtenido por procesos admitidos en la partida 79.01 (incluso el prensado y tamboreo aplicados solo para mejorar su apariencia) y tener un contenido superior al 99.99% de pureza en proporción al peso. Por consiguiente, corresponde ser clasificada en la subpartida nacional 7901.11.00.00 del Arancel de Aduanas, aprobado por Decreto Supremo N°342-2016-EF.
- [96] Esgrime la reclamada que, la reclamante cuestiona el criterio adoptado por la Sexta Sala, justificando su pretensión en la presunta vulneración del ordenamiento jurídico comunitario andino, alegando que dicho órgano del Poder Judicial aplicó en forma retroactiva el criterio vinculante contenido en la Resolución 2272 de la SGCAN. Sin embargo, es preciso mencionar que, en el desarrollo del proceso judicial, la Sexta Sala cumplió con sustentar debidamente sus decisiones en la normativa nacional vigente, siendo éstas totalmente claras, precisas y congruentes con las pretensiones deducidas, así como con la aplicación e interpretación del derecho interno, ajustándose a las reglas de la lógica y la razón, basados en la convicción y sana crítica de los magistrados, al amparo del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.
- [97] La reclamada recalca que, **“la reclamante ha interpuesto Recurso de Casación contra la cuestionada Sentencia (Resolución 18) de la Sexta Sala, al no estar de acuerdo con los criterios que las fundamentan, aduciendo que supuestamente agravan sus intereses, al amparo de los recursos impugnatorios que la ley le otorga dentro del proceso judicial. Siendo que, como se ha manifestado anteriormente, dicho recurso se encuentra pendiente de pronunciamiento por parte de los jueces superiores”**³⁵
- [98] Sobre la Resolución 2272, la reclamada señala:
- “Por otra parte, no es materia discutida que la Resolución 2272 de la SGCAN, como norma legal comunitaria, se aplicará a los actos aduaneros que se originen a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Sin*

³⁴ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p9-12

³⁵ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p13

embargo, es importante enfatizar que, si bien la norma comunitaria es irretroactiva, el acto de clasificación arancelaria a que se refiere la Resolución 2272 de la SGCAN tiene **naturaleza declarativa**.

Se debe enfatizar que el acto de clasificación; y, por consiguiente, la asignación correcta de una subpartida nacional, debe aplicarse desde el nacimiento de la obligación tributaria aduanera, siendo que, en el caso del régimen aduanero de importación para el consumo, ésta nace con la numeración de la declaración aduanera. Asimismo, teniendo en cuenta que la determinación del pago de tributos está en función de la correcta asignación de la subpartida nacional, y ésta también se produce con la numeración de la declaración aduanera, el acto de clasificación arancelaria se retrotrae hasta dicho momento.

Es preciso destacar que no existe aún ninguna interpretación comunitaria respecto de los efectos –declarativos o constitutivos– de los **CVCM (Sección 3 de la Resolución 2183 de la SGCAN)** recogidos y consensuados por los Expertos NANDINA, donde no se efectúa ninguna modificación, sino que más bien **se establece el carácter vinculante de un criterio recogido de la práctica o normativa de los Países Miembros**, como en el presente caso. Supuesto diferente a los casos de **Revisión de los CVCM (Sección 4 de la Resolución 2183 de la SGCAN)**, donde evidentemente sí se produce una modificación de un CVCM.

A modo ilustrativo, resulta pertinente exponer el siguiente cuadro a efectos de una mejor comprensión de la diferencia entre un **CVCM** (que no implica la modificación de un CVCM anterior) y una **Revisión de CVCM** (que supone la modificación de un CVCM):

Naturaleza del criterio	CVCM	Revisión de CVCM
	<i>Declarativa</i>	<i>Constitutiva</i>
Sección de la Resolución 2183 de la SGCAN	3	4
Efectos de la Resolución de la SGCAN	<i>Emitir CVCM</i>	<i>Adoptar nuevo CVCM</i>
Justificación	<i>"Justificación técnica y legal de la clasificación" (artículo 19 literal f) de la Resolución 2183)</i>	<i>"Justificación de la solicitud de revisión (artículo 21 literal d) de la Resolución 2183)</i>

En relación con la inexistencia de interpretación comunitaria alguna respecto de los efectos –declarativos o constitutivos– de los CVCM, resulta oportuno mencionar que el TJCAN –como intérprete máximo de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario– no ha emitido ninguna interpretación al respecto.³⁶

[99] La reclamada precisa que el criterio de clasificación arancelaria recogido y corroborado por la SGCAN al emitir el CVCM contenido en la Resolución 2272 de la SGCAN, es de

³⁶ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p13-14



naturaleza eminentemente declarativa. En cambio, el carácter vinculante del CVCM para todos los Países Miembros de la Comunidad Andina, a partir de la entrada en vigencia de la resolución de la SGCAN, tiene evidentemente naturaleza constitutiva. Por consiguiente, si bien la norma comunitaria en sí no es retroactiva, el acto de clasificación contenido en ella tiene naturaleza declarativa. En consecuencia, la Sentencia (Resolución N°18) emitida por la Sexta Sala no vulnera el ordenamiento jurídico andino, pues no aplica de manera retroactiva la Resolución 2272 de la SGCAN, sino que aplica el criterio declarativo recogido de la Administración Aduanera y finalmente corroborado en dicho órgano comunitario.

- [100] Manifiesta la reclamada que en este caso, cabe indicar que, **a partir de la publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, del CVCM adoptado mediante la Resolución 2272 de la SGCAN, el 20 de junio de 2022, el criterio de clasificación arancelaria acordado es constitutivo, y, por ende, vinculante para todos los Países Miembros a partir de dicha fecha. No obstante, debe tenerse presente que, en el caso peruano, la Administración Aduanera venía aplicando con antelación su propio criterio, el cual finalmente fue corroborado por el CVCM adoptado por la Resolución 2272 de la SGCAN.**
- [101] La reclamada señala que, en el presente caso **no se vulnera el principio de “no retroactividad de la ley” al tomar en consideración el criterio de clasificación arancelaria recogido en la Resolución 2272 de la SGCAN en los procedimientos internos en trámite, toda vez que no se afectan derechos adquiridos ni hechos cumplidos antes de la vigencia de la Resolución 2272 de la SGCAN, por cuanto ninguno de los procesos judiciales referidos por la empresa reclamante cuentan con sentencia firme y definitiva.**
- [102] Con la finalidad de evaluar si la Sexta Sala habría aplicado retroactivamente la Resolución 2272 de la SGCAN en la Sentencia (Resolución N°18), la reclamada realiza el análisis siguiente:
- “En primer lugar, es preciso indicar que la Resolución N° 18 de la Sexta Sala, objeto del presente reclamo, realiza un análisis exhaustivo de la clasificación arancelaria que corresponde a la mercancía “Bolas de zinc”. De esta manera, en el Considerando Primero recoge el petitorio de la empresa reclamante, mientras que en el Considerando Segundo recopila los principales antecedentes administrativos del caso. En el Considerando Tercero, identifica la materia controvertida; y, en el Considerando Cuarto, hace referencia al marco normativo aplicable, principalmente, al Decreto Supremo N.° 342-2016-EF que aprobó el Arancel de Aduanas 2017 basado en la Nomenclatura Común de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA), aclarando que, a su vez, se basa en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, contiene las partidas y sub partidas para la clasificación arancelaria de las mercancías, así como señala las reglas generales que deberán seguirse para la interpretación de la nomenclatura.*
- A continuación, en el Considerando Quinto, realiza el análisis correspondiente, a efectos de arribar a la siguiente conclusión contenida en el Considerando Sexto:*
- 60. “En este orden de ideas, para la clasificación arancelaria de la mercancía que consiste en “Bolas de Zinc”, corresponde la aplicación de la Primera Regla General contenida en el Arancel de Aduanas,**



aprobado por Decreto Supremo N° 342-2016-EF, que señala que: “la clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo”, y al advertirse que dentro de la Sección XV, Capítulo 79, Partida 7901, se encuentra comprendido el Cinc en Bruto, y dentro de la Partida 79.07, se encuentra las demás manufacturas de cinc (...).”

(Énfasis agregado).

Posteriormente, en el Considerando Séptimo, se explica de manera contundente lo siguiente:

“Respecto a los productos y manufacturas del Capítulo 79, se advierte de la normatividad expuesta, que las mismas se someten frecuentemente a trabajos diversos para mejorar las propiedades y el aspecto del metal, trabajos que son los generalmente descritos en las Consideraciones Generales del Capítulo 72 de las Notas Explicativas del Sistema Armonizado, como son el torneado, fresado, amolado, taladrado, plegado, calibrado, descascarillado final, etc., los cuales no afectan la clasificación de los artículos en sus partidas respectivas.”

(Énfasis agregado).

De esta manera, en los siguientes Considerando, la Sexta Sala continúa realizando un análisis sobre la base de las Notas Explicativas, así como de la Sexta Regla General para la Interpretación de la Nomenclatura, llegando, en el Considerando Décimo, en virtud de su propio análisis, a coincidir con el criterio corroborado mediante la adopción de la Resolución 2272 de la SGCAN.

(...)

De igual forma, en el Considerando Undécimo, se evalúan argumentos y medios probatorios actuados en el procedimiento administrativo, específicamente, la aplicación de una Resolución de Intendencia Nacional del año 1998 y los informes emitidos por dos universidades del Perú, la Universidad Nacional de Ingeniería y la Pontificia Universidad Católica del Perú, señalando que éstos no vinculan a la Sala ni modifican la conclusión a la que arribó.³⁷

- [103] En este contexto, la reclamada señala que la sentencia (Resolución N°18) no aplica la Resolución 2272, sino que la menciona a título ilustrativo o referencial, tomando como principal asidero para su sustentación y posterior decisión, el Decreto Supremo N°342-2016-EF, las Notas Explicativas y Reglas Generales para la aplicación de la Nomenclatura, igualmente empleadas por la Administración Aduanera para la fundamentación de sus resoluciones.
- [104] Sobre este punto, concluye la reclamada que, de la revisión judicial impugnada, podrá observarse que la Sexta Sala evalúa lo actuado en el procedimiento administrativo, la normativa aduanera aplicable e invoca la Resolución 2272 a efectos de corroborar la posición de la SUNAT, concluyendo que corresponde a las mercancías exportadas clasificarse en la subpartida arancelaria 7901.11.00.00. En tal sentido, **la Sexta Sala invoca la Resolución 2272 de la SGCAN, no para sustentar su decisión, sino para demostrar que la posición de la SUNAT ha sido corroborada a través del CVCM emitido por la SGCAN. Por consiguiente, no se trata de una invocación para**

³⁷ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p15-16



sustentar su decisión, sino para resaltar que el análisis y conclusión de la Resolución 2272 es congruente con la posición sostenida por la Administración Aduanera del Perú desde el año 2018, cuando observó y modificó la clasificación arancelaria consignada por ZINSA en las Declaraciones Aduaneras de Mercancías objeto de los presentes procesos judiciales. La Sexta Sala hizo su propia evaluación, de lo actuado en el procedimiento, del producto, de la normativa aduanera, arribando a una conclusión, que las mercancías exportadas se encuentran clasificadas en la subpartida nacional 7901.11.00.00. En ese sentido, queda claro que, en la Sentencia cuestionada (Resolución N°18), objeto del presente reclamo, la Resolución 2272 de la SGCAN no ha sido aplicada ni directa ni retroactivamente, como erradamente arguye ZINSA. La reclamada concluye que, en el caso de autos, no ha prescrito aún la facultad de la Administración Aduanera nacional para determinar la obligación tributaria, ni para imponer sanciones o multas. **“Por consiguiente, en el presente caso, no nos encontramos ante derechos adquiridos o hechos cumplidos”**³⁸.

[105] Enfatiza la reclamada que, la Resolución 2272 de la SGCAN no hace sino corroborar el criterio que ha venido aplicando la Administración Aduanera en Perú.

ii. La invariabilidad del criterio de clasificación arancelaria preestablecido

[106] La reclamada argumenta que al no aplicarse retroactivamente la Resolución 2272 de la SGCAN como norma comunitaria de alcance general, no se está vulnerando el artículo 2 de dicha Resolución, ni el artículo 3 del TCTJCA; asimismo, es preciso diferenciar entre aquellos actos que modifican criterios previamente establecidos, de aquellos que simplemente corroboran – o aclaran – lo establecido por la Autoridad Aduanera Nacional, los cuales son de naturaleza eminentemente declarativa. Al respecto, es importante resaltar que un CVCM (Sección 3 de la Resolución 2183 de la SGCAN) no supone una modificación de criterios preestablecidos, a diferencia de una Revisión de CVCM (Sección 4 de la Resolución 2183 de la SGCAN). En consecuencia, **“el CVCM adoptado mediante la Resolución 2272 de la SGCAN no modifica ningún criterio de clasificación arancelaria preexistente vis-à-vis el Estado peruano, sino que únicamente corrobora el criterio sostenido desde siempre por la Administración Aduanera Nacional(sic). Así, es posible concluir que el CVCM sobre la mercancía denominada “BOLAS DE ZINC DE 50 mm”, no hace sino ratificar el criterio mantenido sistemáticamente por la Administración Aduanera peruana; sin modificar ningún criterio preestablecido, por lo que no es posible aducir que ha sido aplicado de manera retroactiva.”**³⁹

5.2.2.2 Inexistencia de un supuesto incumplimiento por parte de la República del Perú:

[107] Ante el argumento de ZINSA respecto a la aplicación retroactiva de la Resolución 2272, generando afectación a su derecho de defensa, la reclamada replica que en todo el proceso ZINSA pudo ejercer su derecho de defensa, presentando pruebas, absolviendo el pedido de la SUNAT de la incorporación de la nueva prueba, rindiendo informes orales, impugnando toda resolución judicial que considera adversa a sus intereses; e, incluso presentando Recurso de Casación.

[108] La reclamada indica que:

³⁸ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p17-18

³⁹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p17-18



“(…) la Autoridad Aduanera Nacional(sic) evaluó la información recabada y los informes emitidos por las unidades orgánicas pertinentes, así como en el Arancel de Aduanas aprobado por Decreto Supremo N° 342-2016-EF, su Capítulo 79 y las Notas Explicativas de la partida 79.01, concluyendo con base en ellos en que los productos exportados tenían una clasificación arancelaria distinta de la asignada en las Declaraciones Aduaneras de Mercancías de Exportación. En tal sentido, lo que correspondió a continuación, fue aplicar la normativa nacional aplicable, determinando que, con la correcta clasificación determinada por la SUNAT, los productos exportados no podían beneficiarse de la restitución de derechos arancelarios.

Por lo expuesto anteriormente, es importante destacar que, en el presente caso, **el Gobierno peruano no ha incumplido ninguna obligación prevista por el ordenamiento jurídico comunitario.** En efecto, la Administración Aduanera nacional ha determinado, en base al marco aplicable, que la mercancía denominada “BOLAS DE ZINC DE 50 MM” corresponde ser clasificada en la subpartida nacional 7901.11.00.00, **situación jurídica que ha sido recientemente corroborada por el criterio vinculante contenido en la Resolución 2272 emitida por la SGCAN, la misma que forma parte del ordenamiento jurídico nacional.**⁴⁰

- [109] Argumenta la reclamada que, es preciso tener en consideración que la Sexta Sala no constituye la última instancia judicial, sino más bien la Corte Suprema; instancia en la que actualmente se encuentra en trámite el presente proceso. Por lo cual, no se ha incumplido la obligación de solicitar interpretación prejudicial obligatoria, toda vez que los artículos 33 del TC-TJCAN y 123 del Estatuto del TJCAN establecen que la consulta obligatoria al TJCAN procede únicamente cuando se trate de “un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno”; situación que no acontece en el presente caso, por cuanto el Recurso de Casación interpuesto por ZINSA ha sido elevado al correspondiente superior jerárquico (Corte Suprema).
- [110] Agrega la reclamada que, respecto de dicho extremo, también se incurre en litispendencia, pues en su recurso de casación presentado en el proceso judicial donde la Sexta Sala dictó la Resolución N°18, la reclamante ha señalado como una de las infracciones a ser evaluadas por la Corte Suprema en la supuesta omisión de solicitar la Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

VI. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. –

6.1. Respecto a las cuestiones de procedimiento

6.1.1 Acerca de la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

- [111] De la revisión y análisis de los argumentos presentados por las partes, encuentra este órgano comunitario, la necesidad de precisar la naturaleza de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento y las facultades que en dicho marco le son dadas a la SGCAN.

⁴⁰ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 16 de diciembre de 2022, numeral III p19



[112] El Acuerdo de Cartagena le otorgó a la SGCAN la función de velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁴¹. En este mismo sentido, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se estableció, a nivel de derecho primario, la potestad de la SGCAN para que se pronuncie ante los presuntos incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, quedando así establecido como requisito de procedibilidad, que se deberá agotar una etapa prejudicial ante dicha SGCAN antes de acudir ante el Alto Tribunal de la Comunidad Andina⁴².

[113] La acción de Incumplimiento tiene como función garantizar que los Países Miembros se conduzcan de conformidad con los compromisos que han adquirido en el ámbito comunitario, y más que un propósito retributivo o sancionatorio, busca que los Países Miembros que se encuentren en una situación de incumplimiento, tomen las medidas pertinentes y necesarias para adecuar su actuar al ordenamiento comunitario. En esta misma línea, el TJCAN sobre este tema ha indicado lo siguiente:

“La Acción de Incumplimiento, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituye un instrumento básico y fundamental en el fortalecimiento del proceso andino de integración, ya que mediante su ejecución se controla la eficacia del Ordenamiento Jurídico Comunitario y, por lo tanto, se propende al logro cabal de las finalidades del Acuerdo de Cartagena.”⁴³ (Énfasis agregado)

“No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCAN a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los Países Miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.”⁴⁴ (Énfasis agregado)

[114] A respecto, el TJCAN contiene basta jurisprudencia que persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros.

[115] En este marco jurídico comunitario, esta finalidad se encuentra presente también en la fase prejudicial que administra la SGCAN, cuya naturaleza quedó develada por el TJCAN al indicar lo siguiente:

“Antes de acudir al procedimiento judicial ante el Tribunal, es indispensable que se adelante en la Secretaría General de la Comunidad Andina, un procedimiento pre contencioso, el cual, viene a constituir un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción. Este trámite prejudicial, se materializa en el desarrollo de una fase administrativa previa, en la que se abre el diálogo e investigación entre dicho Órgano Comunitario y el País miembro presuntamente infractor, con el objeto de buscar una solución al asunto controvertido en dicha etapa. (...).”⁴⁵ (Énfasis agregado)

⁴¹ Acuerdo de Cartagena, Artículo 30 literal a)

⁴² TCTJCA, Sección Segunda del Capítulo III

⁴³ TJCA, proceso 01-AI-2013 publicado en la GOAC No. 2556 del 7 de agosto de 2015

⁴⁴ TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

⁴⁵ TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

- [116] La fase prejudicial que adelanta la SGCAN tiene la naturaleza jurídica de un procedimiento administrativo de carácter pre contencioso que busca la adecuación del País Miembro cuestionado, al ordenamiento jurídico comunitario, regulado mediante la Decisión 623 “Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento” y supletoriamente por algunas disposiciones de la Decisión 425 “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”.
- [117] Conforme el marco legal señalado, se le ha otorgado facultades a la SGCAN para actuar de oficio o a solicitud de parte, para solicitar información, realizar reuniones informativas y facilitadoras, emitir un dictamen, aclararlo, entre otras, para garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario a través de la verificación del cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros⁴⁶.

6.1.2 Competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina para conocer del presente asunto

- [118] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 13 de la Decisión 623, la SGCAN es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro y para resolver cuestiones reguladas en el ordenamiento jurídico andino.
- [119] El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN) también ha señalado lo siguiente:

“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.

Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.”⁴⁷ (Énfasis agregado)

⁴⁶ TJCA, procesos acumulados 01 y 02 AI-2016, publicados en la GOAC No. 3439 del 12 de noviembre 2018

⁴⁷ TJCA, proceso 06-IP-1993 publicado en la GOAC N°150 del 25 de marzo de 1994



- [120] La Secretaría General de la Comunidad Andina entiende que, si bien un País Miembro tiene soberanía legislativa y regulatoria, las medidas que adopte tienen que estar en armonía con los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina, no pudiendo contraponerse a éstos⁴⁸.
- [121] Asimismo, sobre las conductas que pueden ser objeto de cuestionamiento por parte de un País Miembro, el mismo Tribunal ha indicado:
- “El recurso de incumplimiento es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario y mediante el cual se ejerce el control del comportamiento de los Estados. El sistema andino de integración presupone la existencia de un orden de derecho, un ordenamiento normativo comunitario frente al cual los Países Miembros que forman parte integrante del mismo tienen dos órdenes de obligaciones: las **de hacer** o sea adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y las **de no hacer**, o sea el no adoptar ni emplear medidas contrarias a su aplicación o que de algún modo las obstaculicen(...).”⁴⁹*
- [122] Siendo ello así, la SGCAN a la hora de verificar el cumplimiento del ordenamiento comunitario en la fase prejudicial, podrá examinar si el País Miembro cuestionado ha configurado una inconducta producto de:
- La expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino.
 - La no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento.
 - La realización de cualesquier acto u omisión opuestos al ordenamiento jurídico andino que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.
- [123] En el presente caso, la reclamante ha señalado como objeto de su reclamo por incumplimiento a la medida del Poder Judicial del Perú, exteriorizada a través de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima “la Sexta Sala”, que es objeto de este incumplimiento es la Resolución Dieciocho emitida el 28 de septiembre de 2022 recaída en el expediente 05694-2021-0-1801-JR-CA-21; mediante la cual resolvió revocar la Resolución Nueve del Vigésimo Primer Juzgado Contencioso Administrativo y declarar fundada la demanda interpuesta por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria “SUNAT”, y como consecuencia de ello declaró nula la Resolución del Tribunal Fiscal 04036-A-202, que revocó la Resolución de División 118-3S7100/2019-667 de la SUNAT. Resolución de División de la SUNAT que denegó a ZINSA diversas solicitudes de acogimiento al régimen del *drawback* presentadas en febrero de 2018⁵⁰.
- [124] Del documento Resolución Número Dieciocho (Expediente 5694-2021) de 28 de septiembre de 2022 de la Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, presentado por la reclamante y la reclamada como anexo a sus respectivos escritos, se tiene que la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria –

⁴⁸ Dictamen 003-2019

⁴⁹ TJCA, proceso 02-AI-1997 publicado en la GOAC N°391 del 11 de diciembre de 1998

⁵⁰ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p2



SUNAT presentó ante la Corte Superior una demanda de nulidad contra el Tribunal Fiscal y Zinc Industrias Nacionales S.A., cuyo petitorio incluye como pretensión principal que se declare la nulidad total de la Resolución del Tribunal Fiscal N°4036-A-2021 de fecha 10 de mayo de 2021, que revocó la Resolución de División N°118-3D7100/2019-667, por haber inaplicado sin fundamento la norma legal (Arancel de Aduanas y Notas Explicativas) que regula la clasificación arancelaria de los productos “*Bolas de Zinc 40mm*” y “*Bolas de Zinc 50mm*”, y como pretensión accesorias, se declare que las “*Bolas de Zinc 40mm*” y “*Bolas de Zinc 50mm*”, objeto de la solicitud de restitución de derechos arancelarios, materia del presente proceso, se encuentran clasificadas en la SPN 7901.11.00.00 y por tanto, no resulta aplicable a Zinc Industrias Nacionales S.A., el beneficio de restitución de derechos arancelarios al ser una subpartida nacional excluida de dicho beneficio.⁵¹

- [125] Respecto a este punto se debe indicar que de la revisión y análisis realizado al documento Resolución Número Dieciocho (Expediente 5694-2021) de 28 de septiembre de 2022 de la Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, presentado como medida objeto del presente reclamo, no se ha podido evidenciar como asunto o causa de esta acción judicial la aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN. De la Resolución Número Dieciocho de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros se desprende como marco normativo el Decreto Supremo N°342-2016-EF que aprobó el Arancel de Aduanas 2017 basado en la Nomenclatura Común de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA) que, a su vez, se basa en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.⁵²
- [126] De otra parte, en su análisis la referida Resolución Número Dieciocho señala que la discusión respecto a la pretensión principal de la demanda, se centra en la Subpartida Nacional Arancelaria que corresponde al producto denominado “*BOLAS DE ZINC 50MM*” y “*BOLAS DE ZINC 40MM*”. Con el fin de determinar la Subpartida que le corresponde a las mercancías observadas, deberá analizarse su composición y su proceso de producción. Del mismo modo, en el Considerando Sexto de la citada Resolución se indica que, en ese orden de ideas, para la clasificación arancelaria de la mercancía que consiste en “*Bolas de Zinc*”, corresponde la aplicación de la Primera Regla General contenida en el Arancel de Aduanas, aprobado por Decreto Supremo N°342-2016-EF.⁵³ A tal efecto, el asunto materia de esta Resolución de la Sexta Sala no es la Resolución 2272, ni la aplicación retroactiva de la misma.
- [127] Sobre los medios probatorios complementarios, remitidos por la reclamante en su carta de 11 de noviembre de 2022, se tiene que las Resoluciones de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, respecto a la Resolución 2272 indican:

Resolución número diecinueve (Expediente No. 5702-2021 (EJE)):

⁵¹ Resolución Número Dieciocho, de 28 de septiembre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p2-3

⁵² Resolución Número Dieciocho, de 28 de septiembre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p4

⁵³ Resolución Número Dieciocho, de 28 de septiembre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p5-7



*(...) **DÉCIMO**.- Que, sobre el particular, cabe tener en cuenta la posición asumida por la Secretaría General de la Comunidad Andina en la Resolución número 2272, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Número 4491 de fecha veinte de junio del dos mil veintidós, según la cual se establece como criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado “Bolas de Zinc de 50 mm”, que los expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros concluyeron clasificar a la mercancía denominada comercialmente como: “Bolas de Cinc de 50 mm”, en la **subpartida 7901.11.00 “- - Con un contenido de cinc superior o igual al 99,99 % en peso”**, en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6, comprendidas en la Nomenclatura Común – NANDINA, criterio que corrobora lo que se tiene desarrollado en relación con la clasificación arancelaria de la mercancía objeto de análisis en el caso sub-judice; empero, y sin soslayar el hecho de que por Resolución número 2284 de la misma Secretaría General de la Comunidad Andina, de fecha veinticinco de agosto último, se dispuso suspender los efectos de la citada Resolución número 2272, en tanto se emita la resolución definitiva que resuelva el recurso de reconsideración presentado contra esta última, esta Sala Superior estima pertinente dejar explicitado que la invocación de la Resolución número 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina es a título ilustrativo, no constituyendo parte de la motivación que sustente la decisión adoptada a través de esta sentencia, la cual se apoya en los fundamentos jurídicos concretos desarrollados con antelación (...)*⁵⁴

Resolución número diecinueve (Expediente No. 5747-2021 (EJE)):

*(...) **DÉCIMO**.- Que, sobre el particular, cabe tener en cuenta la posición asumida por la Secretaría General de la Comunidad Andina en la Resolución número 2272, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Número 4491 de fecha veinte de junio del dos mil veintidós, según la cual se establece como criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado “Bolas de Zinc de 50 mm”, que los expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros concluyeron clasificar a la mercancía denominada comercialmente como: “Bolas de Cinc de 50 mm”, en la **subpartida 7901.11.00 “- - Con un contenido de cinc superior o igual al 99,99 % en peso”**, en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6, comprendidas en la Nomenclatura Común – NANDINA, criterio que corrobora lo que se tiene desarrollado en relación con la clasificación arancelaria de la mercancía objeto de análisis en el caso sub-judice; empero, y sin soslayar el hecho de que por Resolución número 2284 de la misma Secretaría General de la Comunidad Andina, de fecha veinticinco de agosto último, se dispuso suspender los efectos de la citada Resolución número 2272, en tanto se emita la resolución definitiva que resuelva el recurso de reconsideración presentado contra esta última, esta Sala Superior estima pertinente dejar explicitado que la invocación de la Resolución número 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina es a título ilustrativo, no constituyendo parte de la motivación que sustente la decisión adoptada a través de esta sentencia, la cual se apoya en los fundamentos jurídicos concretos desarrollados con antelación (...)*⁵⁵

Resolución número diecinueve (Expediente No. 8882-2021):

⁵⁴ Resolución número diecinueve (Expediente 5702-2021), de 21 de octubre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p13-14

⁵⁵ Resolución número diecinueve (Expediente 5747-2021), de 21 de octubre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p13-14



“EXPRESION DE AGRAVIOS. - *Mediante escrito de apelación corriente de fojas 596 a 620 del EJE, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, apela la sentencia, formulando los siguientes agravios:*

(...)

6. *La apelada ha evaluado erradamente el medio probatorio extemporáneo, Resolución N° 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.*

(...)⁵⁶

“DÉCIMO. - *A mayor abundamiento, y sin perjuicio de los argumentos expuestos al analizar la materia controvertida en los fundamentos que anteceden, se advierte la posición asumida por la Secretaría General de la Comunidad Andina en la Resolución N° 2272, que ha sido publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XXXIX – Número 4491 de fecha 20 de junio de 2022, corriente de fojas 508 a 513 del EJE, en donde se establece como criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado “Bolas de Zinc de 50 mm”, que: “Los expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros concluyeron clasificar a la mercancía denominada comercialmente como: “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”, en la subpartida 7901.11.00 “- - Con un contenido de cinc superior o igual al 99,99 % en peso”, en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6, comprendidas en la Nomenclatura Común - NANDINA.”*

(...)⁵⁷

- [128] De las Resoluciones de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Lima, presentadas por la reclamante como medios probatorios complementarios, no se evidencia lo esgrimido por ZINSA respecto a la persistencia de la Sexta Sala en aplicar retroactivamente la Resolución 2272 de la SGCAN.
- [129] Durante la reunión informativa, la reclamante expuso que la Sexta Sala, órgano de segunda instancia del Poder Judicial, emitió la Resolución Dieciocho del 28 de septiembre de 2022 mediante la cual resolvió revocar la Resolución Nueve del Vigésimo Primer Juzgado Contencioso Administrativo y declarar fundada la demanda interpuesta por SUNAT; indica que ZINSA no es sujeto activo, que no está demandando ante el poder judicial, sino quien está demandando ante el poder judicial es la propia SUNAT, y como consecuencia de ello, la Sexta Sala declaró nula la Resolución del Tribunal Fiscal 04036-A-202, que a su vez había revocado la Resolución de División 118-3S7100/2019-667 de la SUNAT; y que la Sexta Sala, en esta Resolución del 28 de septiembre, le da aplicación con efectos retroactivos a la Resolución 2272, una vez que la SUNAT la incorporó al expediente y solicitó tenerla como prueba para efectos de que se declarara la nulidad en las Resoluciones del Tribunal Fiscal. La reclamante, durante la reunión, solicitó a la SGCAN se analicen la negativa de la Sexta Sala a recurrir a la interpretación prejudicial cuando ZINSA lo ha solicitado expresamente en todos estos casos, y que fue negado consistentemente.

⁵⁶ Resolución Número Catorce (Expediente 8882-2021), de 21 de octubre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p32-33

⁵⁷ Resolución Número Catorce (Expediente 8882-2021), de 21 de octubre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p43

[130] Sobre este punto, resulta importante citar los Considerandos Décimo y Duodécimo de la Resolución Dieciocho de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Lima que señalan:

“DÉCIMO.- A mayor abundamiento, y **sin perjuicio de los argumentos expuestos al analizar la materia controvertida en los fundamentos que anteceden, se advierte la posición asumida por la Secretaría General de la Comunidad Andina en la Resolución N°2272, que ha sido publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XXXIX – Número 4491 de fecha 20 de junio de 2022 (...), y en donde se establece como criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado “Bolas de Zinc de 50mm”,** que: “Los expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros concluyeron clasificar a la mercancía denominada comercialmente como: “BOLAS DE CINC DE 50mm”, en la subpartida 7901.11.00”—Con un contenido de cinc superior o igual al 99,99% en peso”, en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6, comprendidas en la Nomenclatura Común – NANDINA.”⁵⁸(Énfasis fuera de texto)

(...)

“DUODÉCIMO.- En este orden de ideas, habiéndose establecido que la mercancía “Bolas de zinc 50mm” y “Bolas de zinc 40mm”, se encuentra comprendida dentro de la Subpartida Nacional 7901.11.00.00: “Con un contenido de cinc superior o igual al 99.99% en peso”, resultaba acorde a derecho la clasificación efectuada por la Administración Tributaria que sirvió de sustento para la declaración de improcedencia de la solicitud de restitución – drawback, presentada por la empresa Zinc Industrias Nacionales S.A., habiendo el Tribunal Fiscal, a través de la Resolución N°04036-A-2021, realizado una(sic) interpretación errónea de los textos de las partidas y subpartidas aplicadas al caso de autos, así como de las Notas Explicativas, obviando que éstas son elementos auxiliares de uso obligatorio para la correcta aplicación del Arancel de Aduanas, incurriendo por tanto, en causal de nulidad, establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley 27444; por tanto, la pretendida nulidad de la resolución en cuestión resulta amparable, así como su pretensión accesoria, en aplicación del artículo 87° del Código Procesal Civil, declarándose que la mercancía “Bolas de Zinc 40mm” y las “Bolas de Zinc 50mm” objeto de la Solicitud de Restitución de Derechos Arancelarios, materia del presente proceso, se encuentran clasificadas en la SPN 7901.11.00.00 y, por tanto, no resulta aplicable a Zinc Industrias Nacionales S.A. el beneficio de restitución de derechos arancelarios al ser una subpartida nacional excluida de dicho beneficio: por lo que debe estimarse los agravios expuestos por la actora correspondiendo revocar la sentencia impugnada en todos sus extremos.

Por estos fundamentos, la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduanero de la Corte Superior de Justicia de Lima:

1. **REVOCAN** la Resolución Número Nueve, conteniendo la sentencia de fecha 8 de junio de 2022, obrante de fojas 689 a 707 del expediente judicial electrónico (EJE), que declara infundada en todos sus extremos la demanda; la que

⁵⁸ Resolución Número Dieciocho, de 28 de septiembre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p12



2. **REFORMÁNDOLA, declararon fundada la demanda en todos sus extremos, en consecuencia, se dispone la Nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N°04036-A-202 que revocó la Resolución de División N° 118-3S7100/2019-667; declarándose que las mercancías “Bolas de Zinc 40mm” y “Bolas de Zinc 50mm”, objeto de la Solicitud de Restitución de Derechos Arancelarios, se encuentran clasificadas en la Subpartida Nacional 7901.11.00.00 y, por tanto, no resulta aplicable a la demandada Zinc Industrias Nacionales S.A., el beneficio de restitución de derechos arancelarios. En los seguidos por SUNAT, contra Zinc Industrias Nacionales S.A., y el Tribunal Fiscal, sobre Nulidad de Resolución Administrativa. Notificándose.**⁵⁹(Énfasis agregado)

- [131] Si bien, en el Considerando DÉCIMO se advierte la posición asumida por la SGCAN en la Resolución 2272, ni ese Considerando, ni el Considerando DUODÉCIMO (que declara fundada la demanda de nulidad, modificando la Resolución de División N°118-3S7100/2019-667) hacen mención a la aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN. Es decir, la Resolución Dieciocho emitida el 28 de septiembre de 2022 recaída en el expediente 05694-2021-0-1801-JR-CA-21 no versa, ni hace mención a la aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN, por consiguiente no sería posible que la SGCAN se pronuncie sobre el fondo de la referida sentencia de la Sexta Sala.
- [132] Durante la reunión informativa, la reclamada expuso que, en su reclamo presentado el 11 de octubre de 2022, la empresa ZINSA indica que goza de su derecho de presentar el recurso de casación en contra de la Resolución emitida el 28 de septiembre, sin que ello signifique que esté incurriendo en la prohibición de acudir simultáneamente a la jurisdicción Andina y a la Jurisdicción peruana, así mismo señala, que a la fecha no existiría recurso de casación interpuesto. Sobre esto, la reclamada indica que este reclamo es del 11 de octubre, **el día 18 de octubre la empresa interpuso el recurso de casación respectivo a la Corte Suprema**, de esta forma a la fecha se configura una incompatibilidad por cuanto este reclamo no puede ser conocido por la SGCAN, dado que las mismas partes, debido a las mismas materias, respecto a la misma medida reclamada, que es la resolución de la Sexta Sala, están siendo objeto de controversia en el poder judicial peruano.
- [133] De la revisión del documento Resolución Nro.19 (Expediente N°05694-2021-0-1801-JR-CA-21) de 19 de octubre de 2022 de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, se tiene que, mediante Documento N°18885-2022 (Expediente 05694-2021-0-1801-JR-CA-21) de 18 de octubre de 2022 de la Corte Superior de Lima, **Zinc Industrias Nacionales S.A. interpuso un Recurso de Casación contra la Resolución N°18 de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Materia Tributaria y Aduanera de la Corte Superior de Lima**. Sobre su Pedido Casatorio, el documento, como pretensión subordinada indica lo siguiente:
“PRETENSIÓN SUBORDINADA: En caso de no ampararse la pretensión impugnatoria principal, solicitamos que se **REVOQUE** la Sentencia de Vista; y se

⁵⁹ Resolución Número Dieciocho, de 28 de septiembre de 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, p13-14

confirme la Resolución No.9 emitida por el Juzgado, por haber incurrido en las siguientes infracciones normativas:

(...)

- Quinta infracción normativa: inaplicación del artículo 103 del Código Tributario y del artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el "TJCA") **que prohíben la aplicación retroactiva de las normas y que señala que las Decisiones de la Secretaría General serán aplicables a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, toda vez que la Sala Superior aplicó la Resolución No. 2272 emitida por esta última de forma retroactiva**, pese a que el artículo de esta resolución establecía que resultaba aplicable a partir de la referida publicación.⁶⁰ (Énfasis fuera de texto)

[134] Con relación a este punto corresponde indicar que, en el escrito del reclamo presentado por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA el 11 de octubre de 2022, la reclamante declaró *“De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Decisión 632, respetuosamente manifiesto bajo la gravedad del juramento que he sido informado que ZINC INDUSTRIAS NACIONALES S.A. no ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional con el objeto de presentar un Reclamo contra el Poder Judicial de Perú- Sexta Sala en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima.”*⁶¹ Mediante comunicación SG/E/SJ/1465/2022, remitida a ZINSA el 19 de octubre de 2022, la SGCAN admitió a trámite el reclamo por incumplimiento, es decir que, el presente reclamo fue admitido a trámite por la SGCAN sin tener conocimiento de la interposición del recurso de casación ante el Poder Judicial de la República del Perú.

[135] En virtud de lo prescrito en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina - TCTJCA, las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con el derecho interno, por incumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario por parte de los Países Miembros, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento. Disposición que previamente está recogida en el artículo 25 del TCTJCA, no obstante, mediante este cuerpo normativo se excluye la posibilidad de acudir simultáneamente ante los tribunales nacionales por la misma causa:

“Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa” (Énfasis fuera de texto).

[136] En línea con lo anterior, dentro del Proceso 01-AI-2019, el TJCA ha señalado:

⁶⁰ Recurso de Casación incluido en el Documento N°18885-2022 (Expediente 05694-2021-0-1801-JR-CA-21) de 18 de octubre de 2022 de la Corte Superior de Lima, Zinc Industrias Nacionales S.A. interpuso un Recurso de Casación contra la Resolución N°18 de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Materia Tributaria y Aduanera de la Corte Superior de Lima, p2-3

⁶¹ Escrito de Reclamo de fecha 10 de octubre de 2022, p46

*“De esta manera, la normativa comunitaria faculta, para el caso de los particulares, dos posibilidades **de acción no simultáneas (vías paralelas alternativas, pero excluyentes)**; esto es, la jurisdicción comunitaria de la SGCA y el TJCA conforme a primer párrafo del art.25 del Tratado de Creación del TJCA; o, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el art. 31 de la misma norma.”⁶² (Énfasis fuera de texto)*

- [137] A este punto, es pertinente recalcar que aunque las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro pueden acudir ante la SGCAN para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento; y, también se encuentren facultadas para acudir ante los tribunales nacionales competentes, estas alternativas son excluyentes una de la otra, es decir que no pueden coexistir ambas vías respecto a una misma cuestión.
- [138] Respecto a la acción de incumplimiento promovida a petición de personas naturales o jurídicas, el TJCA se ha pronunciado en varios Autos indicando:

“Conforme a lo previsto en los artículos 25 y 31 del Tratado de Creación del TJCA, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido al incumplimiento de un país miembro se encuentran facultadas a:

- i) Acudir ante la SGCA y el TJCA con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA precitado.*
- ii) Acudir ante los tribunales nacionales competentes conforme al derecho interno cuando resulten afectados por el incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA.*

De esta manera, la normativa faculta a las personas naturales o jurídicas para que puedan elegir reclamar la vulneración de sus derechos quebrantados debido al incumplimiento de un país miembro ante la jurisdicción comunitaria (SGCA y TJCA); o, ante el tribunal nacional competente correspondiente.

Con relación a ello, el segundo párrafo del artículo 25 precitado establece que la presentación de la Acción de Incumplimiento ante el TJCA excluye la posibilidad de acudir simultáneamente ante los tribunales nacionales competentes.

*En ese sentido, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido a un incumplimiento de un país miembro pueden acudir, **de manera alternativa pero excluyente**, ante la jurisdicción comunitaria del TJCA o ante los tribunales nacionales competentes.*

*D esta manera, la normativa comunitaria prevé, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas; esto es, la vía comunitaria de la SGCA y el TJCA conforme al primer párrafo del artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA; y, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el artículo 31 de la misma norma.
(...)⁶³*

⁶² TJCA, Proceso 01-AI-2019, publicado en la GOAC N°4442 de 22 de marzo de 2022

⁶³ TJCA, Proceso 01-AI-2017, publicado en la GOAC N°3654 de 4 de junio de 2019



- [139] En virtud de esta disposición, si bien las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento, esta acción excluye la posibilidad de acudir de manera simultánea por la misma causa ante la SGCAN.
- [140] En ese mismo orden de ideas, cabe precisar que en la Sentencia recaída en el Proceso 01-AI-2017, el TJCA precisó:

“106. La acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen, la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.

107. No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuirlos o sancionarlos, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.

108. La acción de incumplimiento bajo ningún concepto se convierte en una segunda ni tercera instancia ante la cual el País Miembro o un particular que se sienta afectado pueda solicitar a este Tribunal modificar el pronunciamiento de la autoridad nacional interna, lo que este Organismo realiza es velar por el cumplimiento de la norma comunitaria más no resolver un proceso interno.”⁶⁴

- [141] En concordancia con lo precitado, el TJCA en su sentencia recaída en el Proceso 01 y 02-AI-2016 (acumulados) sobre la naturaleza, alcance y finalidad de la acción de incumplimiento determina:

“No debe confundirse la Acción de Incumplimiento con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Siendo bastante enfáticos, corresponde precisar que la Acción de Incumplimiento a cargo del TJCA no constituye un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Por tanto, en vía de Acción de Incumplimiento el TJCA no puede anular o revocar actos administrativos, como tampoco puede otorgar derechos o declararlos, ni restablecer situaciones jurídicas de particulares vulneradas.

Por la Acción de Incumplimiento el TJCA tiene la competencia para verificar, y de ser el caso declarar, el incumplimiento de un País Miembro al derecho comunitario andino. Será este país, en ejecución de sentencie, el que tomará las medidas necesarias para lograr el cese del incumplimiento.

Por tanto, la Acción de Incumplimiento no es un mecanismo que faculte al TJCA a declarar la existencia de derechos particulares, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.

⁶⁴ TJCA, Proceso 01-AI-2017 publicado en la GOAC N°3654 de 4 de junio de 2019

(...)⁶⁵

- [142] En el presente caso se ha acudido a las dos vías: se ha presentado el reclamo por incumplimiento tanto a la SGCAN como el recurso de casación ante el Poder Judicial de la República del Perú por la misma medida, la Resolución N°18 de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Materia Tributaria y Aduanera de la Corte Superior de Lima.
- [143] Sin perjuicio de lo previamente señalado, con relación a lo mencionado por la reclamante sobre la obligación que tiene el juez de única o última instancia de tramitar la interpretación prejudicial ante el TJCA, puntualizando que la Sexta Sala se encontraba obligada a tramitar la interpretación prejudicial de la Decisión 812 y la Resolución 2272 de la SGCAN, corresponde indicar que la interpretación prejudicial tiene por finalidad asegurar que las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino sean aplicadas de manera uniforme en el territorio de todos los Países Miembros, cuya consulta resulta obligatoria para los órganos jurisdiccionales nacionales en los procesos con sentencias de única o última instancia.
- [144] Con relación a este punto, el artículo 33 del TCTJCA dispone:
“Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.”
- [145] De otra parte, la Decisión 500 “Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” señala que la interpretación prejudicial se la realizará mediante consulta facultativa u obligatoria. Así, en el marco de los artículos 123 y 124 de esta Decisión, cuando un juez nacional conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el cual deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, de oficio o a petición de parte, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación prejudicial del Tribunal. En estos casos, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.
- [146] Al respecto, el TJCA en su pronunciamiento dentro del Proceso 06-IP-99 ha concluido lo siguiente:

“1. La facultad de interpretar prejudicialmente normas del ordenamiento jurídico andino, es una competencia reconocida a este Tribunal por su Tratado de Creación. Dicha interpretación no constituye una prueba, sino un presupuesto procesal de la sentencia, requisito sine qua non que debe observar el juez nacional, antes de dictar sentencia coadyuvando en la finalidad de lograr se

⁶⁵ TJCA, Proceso 01 y 02-AI-2016 publicado en la GOAC N°3439 de 12 de noviembre de 2018



aplique uniformemente el derecho comunitario en el territorio de los Países Miembros con miras a crear una doctrina armónica y estable en favor del proceso de integración.

2. La consulta de interpretación prejudicial es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia que deban conocer sobre la aplicación de algunas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y, deberán suspender el procedimiento mientras el Tribunal Comunitario precise el contenido y alcance de las normas interpretadas.”⁶⁶

- [147] La Interpretación prejudicial no tiene carácter probatorio, constituye un incidente procesal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuya consulta puede presentarse en cualquier momento antes de dictar sentencia, laudo o acto administrativo que pone fin a la instancia, según corresponda.
- [148] En este sentido, el TJCA en sus pronunciamientos ha señalado que otro elemento a tener en cuenta, es el momento procesal en el cual se debe solicitar la interpretación prejudicial. Para ello, se debe distinguir la etapa de decisión del laudo, de la etapa de ejecución del mismo, como también, el momento en que se decide el derecho del de ejecutar el derecho. Ya que los árbitros, al igual que los jueces, tienen el “*iudicium*” o sea la facultad de juzgar, de decidir el derecho, pero para ejecutarlo se debe recurrir a los jueces ordinarios, quienes son los únicos depositarios del “*imperium*”. De lo anterior, si en la ejecución del mismo, el juez encuentra que debe aplicar normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, debe solicitar la interpretación prejudicial al único organismo con competencia para hacerlo.⁶⁷
- [149] Sobre la obligatoriedad de la consulta de interpretación prejudicial por parte de los jueces nacionales, en virtud de lo que dispone tanto la Decisión 500 como el “*Reglamento que regula los aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales*”⁶⁸ del TJCA, la consulta obligatoria es la interpretación solicitada por órganos jurisdiccionales de única o última instancia. En ese sentido, cuando la sentencia o laudo no fuere susceptible de impugnación, el órgano jurisdiccional debe suspender el proceso y solicitar al TJCA la interpretación de la norma comunitaria andina materia de la controversia.
- [150] En el marco de lo señalado, es importante revisar el análisis y conclusión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia dentro del Proceso 106-IP-2009:
“En el caso de la consulta obligatoria, cuando no cabe un recurso ulterior, el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo 1, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.

(...)

En consecuencia, en la primera instancia judicial, la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, estaba habilitada para solicitar una interpretación prejudicial de carácter facultativo; sin

⁶⁶TJCA, Proceso 06-IP-1999, publicado en la GOAC N°468 de 12 de agosto de 1999

⁶⁷ TJCA, Proceso 03-AI-2010, publicado en la GOAC N°1985 de 11 de octubre de 2011

⁶⁸ Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales, publicado en la GOAC N°3146 de 29 de noviembre de 2017



embargo, cuando la demandante Pfizer Inc. interpuso recurso de apelación ante la segunda instancia, es decir, ante la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, ésta se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial respectiva ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; ya que el recurso de casación es un recurso extraordinario y no una instancia adicional.

Es pertinente advertir que, por regla general, el recurso de casación no puede ser considerado como una nueva instancia, por lo que no se pueden introducir hechos nuevos en el debate ni tampoco discutir los problemas fácticos de la sentencia.

Al respecto, este Tribunal estima necesario aclarar que el artículo 123 del Estatuto del Tribunal debe entenderse referido en todo momento al ámbito judicial ORDINARIO, donde el Juez Nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia ordinaria, que no fuere susceptible de recursos ordinarios en derecho interno, salvo para el recurso extraordinario de casación que podría anularla cuando no se haya cumplido con dicha obligación y devolverla a esa instancia, a fin de que cumpla con solicitar dicha interpretación y emitir un nuevo fallo.

En el presente caso, cabe precisar que este Tribunal no ha interpretado el artículo 135 literales b) y c) de la Decisión 486, solicitado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ya que dicha interpretación debió ser solicitada por el juez de primera instancia o el juez de última instancia ordinaria.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

CONCLUYE:

La consulta de interpretación prejudicial es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia ordinaria que deban conocer sobre la aplicación de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina y, deberán suspender el procedimiento mientras el Tribunal Comunitario precise el contenido y alcance de las normas interpretadas.

Por lo tanto, en el presente caso, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial respectiva ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, y no la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

*(...)*⁶⁹

[151] Del mismo modo, el TJCA ha señalado:

“(...)

También es muy importante tener en cuenta que el juez extraordinario debe consultar al Tribunal, tanto por las normas comunitarias que se refieren a la interpretación prejudicial obligatoria, como por las normas comunitarias alegadas por el recurrente. Esto porque si el juez extraordinario llegare a verificar que sí se realizó la consulta prejudicial, su acción consecuente sería la de resolver el asunto, interpretando las normas comunitarias esgrimidas por el recurrente. Con

⁶⁹ TJCA, Proceso 106-IP-2009, publicado en la GOAC N°1853 de 13 de julio de 2010



*esto se cerraría de manera adecuada el sistema de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario.
(...)*⁷⁰

- [152] Sobre lo señalado por el TJCA, la consulta de interpretación prejudicial es facultativa para el juez nacional ordinario de primera instancia y obligatoria para el juez nacional ordinario de única o última instancia; ahora bien, todos los jueces nacionales sean estos ordinarios o extraordinarios tienen la obligación de hacer primar el ordenamiento comunitario andino respecto a que se realice la consulta de interpretación prejudicial ante el TJCA cuando la controversia esté relacionada con una norma andina, con la finalidad de asegurar su aplicación de manera uniforme.
- [153] En el presente caso, de la información proporcionada por las partes, la SGCAN concluye que se ha acudido de manera simultánea tanto a la justicia ordinaria como a la SGCAN, alternativas que no pueden coexistir, siendo excluyentes una de la otra y en tal virtud la Secretaría General de la Comunidad Andina no se pronunciará sobre los otros puntos del reclamo.

VII. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

- [154] Con base en las consideraciones expresadas en el punto VI del presente Dictamen, no corresponde el análisis de fondo en el presente caso.
- [155] Se declara improcedente el reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima por haberse acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional.

Jorge Hernando Pedraza
Secretario General

⁷⁰ TJCA, Proceso 168-IP-2013, publicado en la GOAC N°2277 de 13 de diciembre de 2013