



### SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

<b>DICTAMEN N° 001-2023</b>	Reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros.....	1
-----------------------------	--	---

#### DICTAMEN N° 001-2023

**Reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros**

Lima, 20 de enero de 2023

#### I. SUMILLA. -

- [1] El señor Luis José Diez Canseco Núñez en nombre y representación 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, Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, en adelante la “Reclamada”, por supuesto incumplimiento del artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, artículo 2 de la Resolución 2272 y artículo 4 de la Decisión 500.
- [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 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 20 de septiembre de 2022, recibida por la SGCAN el día 27 de septiembre de 2022, el señor Luis José Diez Canseco Núñez, en nombre y representación de Zinc Industrias Nacionales S.A. -ZINSA presentó ante la SGCAN el reclamo por supuesto incumplimiento contra la República del Perú: Poder Judicial, Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima en la Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros.
- [4] Con comunicación SG/E/SJ/1367/2022 de 3 de octubre de 2022, la SGCAN notificó a Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA el análisis de admisibilidad del reclamo y se solicitó cumplir con la subsanación de los requisitos siguientes:



- Acreditación de la reclamante y la afectación de sus derechos, se requirió a la reclamante incluir los documentos formales que acreditan la representación como apoderado para actuar en el presente proceso del Señor Luis José Diez Canseco Núñez.
- Identificación completa de la reclamante, se requirió que se adjunte el poder otorgado por el representante legal de Zinc Industrias Nacionales S.A., la copia de la cédula de ciudadanía y tarjeta profesional del apoderado.
- Representación y mandato legal, se requirió la presentación el poder debidamente otorgado por la autoridad notarial pertinente, debiendo estar constituido con los requisitos necesarios como la fecha y otro que así se considere.

[5] A través de carta de 4 de octubre de 2022, la reclamante contestó a la SGCAN la comunicación SG/E/SJ/1367/2022 de 3 de octubre de 2022 y remitió la documentación siguiente:

- Cédula de identidad del señor Luis José Diez Canseco Núñez.
- Papeleta de habilitación profesional del Colegio de Abogados de Lima del abogado Luis José Diez Canseco Núñez.
- Poder otorgado el 15 de septiembre de 2022 por ZINSA, con firma legalizada ante Notaría Pública de la República del Perú.

[6] Con comunicación SG/E/SJ/1411/2022 de 11 de octubre de 2022, la SGCAN 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, 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] Por medio de la comunicación SG/E/SJ/1412/2022 de 11 de octubre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la República del Perú de la admisión del reclamo interpuesto por el señor Luis José Diez Canseco Núñez en nombre y representación de Zinc Industrias Nacionales S.A.-ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros por supuesto incumplimiento del artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, artículo 2 de la Resolución 2272 y artículo 4 de la Decisión 500.

[8] Con comunicación SG/E/SJ/1413/2022 de 11 de octubre de 2022, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la admisión del reclamo interpuesto por el señor Luis José Diez Canseco Núñez en nombre y representación de Zinc Industrias Nacionales S.A.-ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros por supuesto incumplimiento del artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, artículo 2 de la Resolución 2272 y artículo 4 de la Decisión 500.

[9] Mediante comunicación SG/E/SJ/1708/2022 de 25 de noviembre de 2022, la SGCAN convocó a la reclamante a reunión informativa prevista para el 2 de diciembre de 2022, con la finalidad de recabar mayor información complementaria.



- 
- [10] Con comunicación SG/E/SJ/1709/2022 de 25 de noviembre de 2022, la SGCAN convocó a la reclamada a la reunión informativa prevista para el 2 de diciembre de 2022.
- [11] A través de la comunicación SG/E/SJ/1710/2022 de 25 de noviembre de 2022, la SGCAN convocó a los demás Países Miembros a la reunión informativa prevista para el 2 de diciembre de 2022.
- [12] Con Oficio 018-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 29 de noviembre de 2022, la reclamada solicitó la reprogramación de la reunión informativa para el día 7 de diciembre de 2022.
- [13] Mediante correo de 29 de noviembre de 2022, la empresa Industrias Electro Químicas S.A. – IEQSA solicitó a la SGCAN ser citada a la reunión informativa dentro del Expediente FP/04/2022 por considerar que puede suministrar información complementaria dentro del proceso.
- [14] Con correo de 29 de noviembre de 2022, la reclamante solicitó a la SGCAN extender la convocatoria de la reunión informativa a fin de que la sesión también se celebre respecto al expediente FP/05/2022 y que la reunión se celebre de manera presencial o mixta.
- [15] A través de carta de 30 de noviembre de 2022, recibida por la SGCAN el 1 de diciembre de 2022, la reclamante confirma su aceptación de que se convoque a IEQSA a la reunión informativa, toda vez que considera que la empresa va a poder aportar elementos valiosos al procedimiento.
- [16] Con comunicación SG/E/SJ/1728/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN acusó recibo de la solicitud presentada por la reclamada mediante Oficio 018-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI y reprogramó la reunión informativa para el miércoles 7 de diciembre de 2022.
- [17] Con comunicación SG/E/SJ/1729/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la reclamante de la solicitud de Perú para reprogramar la reunión informativa e indicó la nueva fecha para la reunión informativa.
- [18] Por medio de comunicación SG/E/SJ/1730/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la solicitud de Perú para reprogramar la reunión informativa e indicó la nueva fecha para la reunión informativa.
- [19] Con comunicación SG/E/SJ/1732/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN acusó recibo de la solicitud presentada por IEQSA mediante correo electrónico de 29 de noviembre de 2022, indicando que se correrá traslado de esta a las partes dentro del procedimiento FP/04/2022,
- [20] Por medio de la comunicación SG/E/SJ/1732/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la reclamante de la solicitud de IEQSA para participar en la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.
- [21] A través de la comunicación SG/E/SJ/1733/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la reclamada de la solicitud de IEQSA para participar en la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.



- [22] Con comunicación SG/E/SJ/1734/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la solicitud de IEQSA para participar en la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.
- [23] Mediante comunicación SG/E/SJ/1740/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN acusó recibo de la solicitud de la reclamante de incluir el expediente FP/05/2022 en la reunión informativa del FP/04/2022 y que la misma se realice de forma presencial y virtual, indicando que se correrá traslado de esta a la República de Perú y a los demás Países Miembros.
- [24] Con comunicación SG/E/SJ/1741/2022 de 30 de noviembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la reclamada de la solicitud de la reclamante de incluir el Expediente FP/05/2022 en la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.
- [25] 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 la reclamante de incluir el Expediente FP/05/2022 en la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.
- [26] Con Oficio 019-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 1 de diciembre de 2022, la reclamada indica:
- IEQSA no es parte interesada del Expediente FP/04/2022, por lo que no corresponde tramitar dicho pedido, tampoco resulta procedente que IEQSA presente información complementaria en el Expediente FP/04/2022 por tratarse de pruebas no pertinentes.
  - 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.
- [27] 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.
- [28] Con Oficio 020-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 2 de diciembre de 2022, la reclamada 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.
- [29] Mediante comunicación SG/E/SJ/1758/2022 de 2 de diciembre de 2022, la SGCAN reiteró a la reclamada la celebración de las reuniones informativas previstas para el día 7 de diciembre de 2022.



- [30] 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/04/2022.
- [31] El día 7 de diciembre de 2022, se realizó de manera virtual la reunión informativa dentro del proceso FP/04/2022.
- [32] Por medio del OFICIO N°021-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 7 de diciembre de 2022, la reclamada remite a la SGCAN su contestación al reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. - ZINSA por supuesto incumplimiento contra la República del Perú: Poder Judicial, Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima en la Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros.
- [33] Mediante comunicación SG/E/SJ/1781/2022 de 12 de diciembre de 2022, la SGCAN acusó recibo de la contestación al reclamo presentado por la reclamada mediante Oficio N°021-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 7 de diciembre de 2022.
- [34] Con comunicación SG/E/SJ/1782/2022 de 12 de diciembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a la reclamante de la contestación al reclamo presentado por la reclamada mediante Oficio N°021-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 7 de diciembre de 2022.
- [35] Mediante comunicación SG/E/SJ/1783/2022 de 12 de diciembre de 2022, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la contestación al reclamo presentado por la reclamada mediante Oficio N°021-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 7 de diciembre de 2022.
- [36] A través de carta de fecha 16 de diciembre de 2022, la reclamante presentó la absolución de requerimiento formulado en reuniones informativas realizadas el 7 de diciembre de 2022.

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

- [37] La reclamante en su escrito de reclamo interpuesto contra la República del Perú señala que las medidas del Poder Judicial del Perú, manifestadas a través del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, que son objeto de este incumplimiento son las Resoluciones número Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022, recaídas en los expedientes 05700-2021-0-1801-JR-CA-20, 05876-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05817-2021-0-1801-JR-CA-20 respectivamente; mediante las cuales resolvió declarar nulas las Resoluciones del Tribunal Fiscal 04093-A-2011, 03873-A-2011 y 04030-A-2021 que revocaron las Resoluciones Jefaturales de División 11 8 3D7100/2019-000690, 118 3D7100/2019-000666 y 11 8 3D7100/2019-000659 de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria – SUNAT, resoluciones mediante las cuales la División de la SUNAT denegó a ZINSA diversas solicitudes de acogimiento del *drawback*.<sup>1</sup>

### **IV. REUNIÓN INFORMATIVA**

<sup>1</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p2.



- [38] 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.
- [39] 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.*

*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.”*

- [40] 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.”*

- [41] 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.
- [42] 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.
- [43] 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.

- [44] 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.
- [45] 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.”*
- [46] 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.
- [47] 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. (...)”*



- [48] 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.
- [49] 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.”*

- [50] 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”*.
- [51] 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.”*<sup>2</sup> 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**

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





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

5.1.1 Información acerca de la conducta del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros al expedir las Resoluciones Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022, mediante las cuales anuló las Decisiones del Tribunal Fiscal que revocaron las Resoluciones Jefaturales de División N°11 8 3D7100/2019-000690, 118 3D7100/2019-000666 Y 11 8 3D7100/2019-000659 DE LA SUNAT:

[53] La reclamante señala 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 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.<sup>3</sup>

[54] Sobre este punto, argumenta la reclamante 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*). En el año 2018, la SUNAT inició una serie de procedimientos de fiscalización arbitrarios respecto del acogimiento de ZINSA al régimen de drawback por los periodos no prescritos, que comprendían el periodo correspondiente al año 2014 en adelante. Dentro de estos procesos, la SUNAT ha requerido a ZINSA y a los otros productores y comercializadores peruanos la devolución del beneficio obtenido durante los periodos no prescritos y les ha impuesto sanciones y exigidos intereses.

[55] Agrega la reclamante que, la SUNAT ha cuestionado, por medio de las Resoluciones Jefaturales de División 11 8 3D7100/2019-000690, 118 3D7100/2019-000666 y 11 8 3D7100/2019-000659 la asignación de la subpartida 7907.00.90.00 a las mercancías exportadas por ZINSA para clasificarlas en la subpartida nacional 7901.11.00.00 o 7901.12.00.00 (la que se encuentra dentro de la Lista de Partidas Arancelarias excluidas de la restitución de derechos arancelarios). Del mismo modo, en sus últimas actuaciones ante el Tribunal Fiscal y ante el Poder Judicial ha reclamado la aplicación retroactiva del Criterio Vinculante contenido en la Resolución 2272 de la SGCA, y que las actuaciones de la SUNAT le han ocasionado un perjuicio económico, ya que en la medida que se elimine el referido drawback, se afectan visiblemente los costos de producción y se le resta competitividad a su actividad productiva.<sup>4</sup>

[56] 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 logrado

<sup>3</sup> Escrito de Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p6.

<sup>4</sup> Escrito de Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p7.



consistentemente obtener pronunciamientos favorables en la segunda y última instancia administrativa, así como ante el Poder Judicial de la República de Perú (en el marco de los procesos contenciosos 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 habían mantenido incólumes las Resoluciones del Tribunal Fiscal que avalan la posición de ZINSA en el sentido de que la clasificación arancelaria correcta para sus productos es a través de la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 y no mediante la subpartida arancelaria 7901.11.00.00 o 7901.12.00.00, que incorrectamente pretendía aplicar la SUNAT. Después de que la SUNAT lograra la expedición de la Resolución 2272 de 2022 por parte de la SGCA, el Poder Judicial emitió las Resoluciones número Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022 por medio de las cuales resolvió *declarar “FUNDADA la demanda interpuesta por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA mediante su Procuraduría Pública, contra el TRIBUNAL FISCAL y la empresa ZINC INDUSTRIAS NACIONALES S.A”*. En consecuencia, declaró la nulidad de las Resoluciones 04093-A-2011 de 12 de mayo de 2021, 03873-A-2011 de 5 de mayo de 2021 y 04030-A-2021 de 10 de mayo de 2021 expedidas por el Tribunal Fiscal.<sup>5</sup>

- [57] Sostiene la reclamante que dichas decisiones fueron adoptadas por el Poder Judicial con fundamento en la Resolución 2272 de la SGCAN de 20 de junio de 2022, como se expresó en las Resoluciones Diez, Once y Trece del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros:

*“5.16 Como se observa, **en su artículo 1° el criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común - NANDINA del producto denominado comercialmente “Bolas de Cinc de 50 mm” con un contenido de Cinc superior o igual al 99.99% en peso, en la subpartida NANDINA 7901.11.00, ello en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6 comprendidas en la Nomenclatura Común – NANDINA.***

*5.17 Así mismo, **en el artículo 2° de la citada Resolución N° 2272 se establece que regirá a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (20 junio 2022) y en su artículo 3° dispone su aplicación obligatoria en los países miembros de la CAN.***

*5.18 En tal sentido hallándose los presentes autos en la etapa de decisión, deviene en perfectamente aplicable al presente caso dada su naturaleza vinculante; **tanto más que este criterio es congruente con la posición de la Administración Tributaria cuya validez se ha verificado en los fundamentos 5.1) a 5.12) supra por estar acorde al ordenamiento jurídico aduanero**”<sup>6</sup>*

- [58] De lo citado, la reclamante esgrime que difiere del sentido en que se han pronunciado los otros Juzgados Contenciosos en el Perú (Décimo Octavo y Décimo Noveno) que, cuando conocieron de los pedidos de la SUNAT para que se aplique la Resolución 2272 respecto de actos aduaneros ocurridos en anterioridad a su vigencia, desestimaron dichos pedidos por cuanto la referida disposición de la SGCAN no puede ser aplicada retroactivamente. Agrega la reclamante que las Declaraciones Aduaneras de Mercancías de que tratan los procesos en los que se pronunció el Vigésimo Juzgado Contencioso corresponden a diversos meses del año 2018. Por ello, no resulta jurídicamente posible que a dichos

<sup>5</sup> Escrito de Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p7-8

<sup>6</sup> Escrito de Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p8-9



actos aduaneros y de comercio exterior se les aplique la Resolución 2272, pues se estaría incurriendo en una vedada aplicación retroactiva de dicha disposición comunitaria.<sup>7</sup>

- [59] Sobre este punto, la reclamante indica que el Informe 251- 2018-SUNAT/340000 de 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 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.”<sup>8</sup>*

- [60] Al respecto, la reclamante indica que conforme a lo expuesto en el referido informe, se advierte que el *drawback* obtenido por la exportación de mercancías que (al momento del despacho de exportación) contaba 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.<sup>9</sup>

- [61] La reclamante señala que en los procesos que dieron origen a las Resoluciones Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022 (expedientes 05700-2021-0-1801-JR-CA-20, 05876-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05817-2021-0-1801-JR-CA-20, respectivamente), la SUNAT discute la legalidad de las decisiones del Tribunal Fiscal que revocaron sus Resoluciones Jefaturales de División 11 8 3D7100/2019-000690, 118 3D7100/2019-000666 y 11 8 3D7100/2019-000659; mediante las cuales modificó arbitrariamente la clasificación arancelaria de la mercancía “*Bolas de Cinc de 50mm*”; y, que por su parte, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, también apelaron las Resoluciones del Vigésimo Juzgado Especializado

<sup>7</sup> Escrito de Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p9-10

<sup>8</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p11.

<sup>9</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p12.



Contencioso Administrativo de Lima con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, por no encontrarlas acordes con la ley.

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

- [62] La reclamante indica que el Poder Judicial, a través del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, incurrió en incumplimiento de las siguientes normas del ordenamiento jurídico andino: Artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, artículo 2 de la Resolución 2272 de la SGCA, y artículo 4 de la Decisión 500.<sup>10</sup>

5.1.3. Razones que fundamentan el Incumplimiento Objetivo del Artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, del Artículo 2 de la Resolución 2272 de la SGCA y del Artículo 4 de la Decisión 500 por parte del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros:

- [63] La reclamante argumenta en su escrito que el Poder Judicial, a través del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros que adoptó las Resoluciones Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022, medidas objeto de este reclamo, al otorgarle efectos retroactivos a la Resolución 2272, ha incurrido en incumplimiento objetivo del artículo 3 del TCTJCA y del artículo 2 de la Resolución 2272.<sup>11</sup>
- [64] La reclamante señala que el principio de irretroactividad ha sido incumplido por la República de Perú a través del Poder Judicial – Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, además ha ignorado los fallos del Poder Judicial de la República de Perú como el Décimo Noveno Juzgado Especializado Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros que 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.” Razonamiento que ha sido ratificado por el referido Juzgado 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”.**

(...)

**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,**

<sup>10</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p15.

<sup>11</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p18.



**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.”*

- [65] La reclamante agrega que, el Décimo Octavo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, mediante sus sentencias recaídas en los expediente 5877-2021, 5822-2021 y 5738-2021 señaló que la Resolución 2272 se trata de una norma y no puede ser aplicada retroactivamente, sosteniendo 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 CINC 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, acogándose 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 208 (sic) 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.**<sup>12</sup>

- [66] Al respecto, concluye la reclamante que el Poder Judicial, a través del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, quien emitió las Resoluciones Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022, al otorgarle efectos retroactivos a la Resolución 2272, afecta gravemente los derechos adquiridos a 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.<sup>13</sup>
- [67] De otra parte, la reclamante manifiesta en su escrito que el Poder Judicial, a través del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, quien por medio de las Resoluciones Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022, hizo una interpretación unilateral y arbitraria de la Resolución 2272 en cuanto su aplicación en el tiempo, al decidir aplicarla a procesos en los que se discuten actos aduaneros correspondientes a periodos anteriores (diversos meses del año 2018) notoriamente anteriores a la aprobación del Criterio Vinculante (20 de junio de 2022) para otorgarle efectos retroactivos, incurrió en incumplimiento objetivo del artículo 4 de la Decisión 500, por cuanto las únicas autoridades con dicha facultad interpretativa del ordenamiento normativo andino y de su aplicación en el tiempo son el TJCA y la SGCAN.<sup>14</sup>

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

- [68] Añade la reclamante que, 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, 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.<sup>15</sup>

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

- [69] Del mismo modo, la reclamante señala que la grave afectación de los derechos de ZINSA no solamente se materializó con las medidas del Poder Judicial, adoptadas por el Vigésimo Juzgado especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad

<sup>12</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p19-23

<sup>13</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p27

<sup>14</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p28-29

<sup>15</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p29



en Temas Tributarios y Aduaneros, las cuales avalaron las Resoluciones Jefatural de División 11 8 3D7100/2019- 000690, 118 3D7100/2019-000666 y 11 8 3D7100/2019-000659 de la SUNAT, que denegaron ilegalmente a ZINSA el acogimiento al régimen del *drawback*, sino que el mismo Vigésimo Juzgado se podría pronunciar de la misma e ilegal manera en otros procesos que se ventilan en el mismo órgano jurisdiccional; y, que en efecto la SUNAT indujo a error al MINCETUR, y con ello a la SGCAN, para que propusiera la modificación de la clasificación arancelaria del producto denominado “ÁNODOS de CINC 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 las Resoluciones Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022 por parte del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros.<sup>16</sup>

- [70] Agrega la reclamante que, lo decidido en las tres Resoluciones 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 Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, que ZINSA no la asistía el derecho al acogimiento al régimen de *drawback*, por lo que impone la necesidad de que la SGCAN 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.<sup>17</sup>

5.1.6. Solicitud de suspensión de los efectos de las medidas 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:

- [71] 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 aquella 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 las Resoluciones Diez, Once y Trece del Poder Judicial, que son las medidas objeto del presente Reclamo, mientras que se adelanta el procedimiento administrativo de incumplimiento por parte de la SGCAN.
- [72] En este contexto, la reclamante solicitó que la suspensión que dicte la SGCAN se haga extensiva a las instancias judiciales superiores al Vigésimo Juzgado dentro de la República del Perú, en caso dichas cortes jurisdiccionales llegasen a confirmar las resoluciones jurisdiccionales que constituyen las Medidas en el presente reclamo de incumplimiento. Esto se sustenta en el hecho que el Poder Judicial, a través del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas

<sup>16</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p29

<sup>17</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p29-30



Tributarios y Aduaneros que adoptó las Medidas objeto de este Reclamo, hace suyo el Criterio Vinculante de la Resolución 2272 con efectos retroactivos.

- [73] De otra parte, la reclamante solicitó que la SGCAN suspenda inmediatamente los efectos de las Resoluciones Diez, Once y Trece del Poder Judicial y de cualquier resolución confirmatoria de las mismas que expidan órganos jurisdiccionales de la República del Perú superiores al Vigésimo Juzgado. Dicha suspensión debe verificarse mientras que se adelanta el procedimiento administrativo por incumplimiento objetivo del ordenamiento jurídico andino antes explicado, toda vez que la aplicación con efectos retroactivos de la Resolución 2272 por el Poder Judicial, está produciendo a ZINSA perjuicios irreparables o de difícil reparación.<sup>18</sup>
- [74] La reclamante con fundamento en el artículo 18 de la Decisión 623, solicitó a la SGCAN convocar a una audiencia informativa, con el propósito de explicar en detalle los argumentos técnicos y jurídicos que fundamentan este reclamo por incumplimiento.<sup>19</sup>

## **5.2. Argumentos de la Reclamada**

- [75] Mediante Oficio N°021-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI de 7 de diciembre de 2022, la reclamada presentó a la SGCAN su contestación al reclamo, cuyos argumentos han sido desarrollados en dos partes, como cuestiones previas y argumentos de fondo:
- 5.2.1 Cuestiones Previas
- [76] La reclamada presenta en su escrito de contestación los siguientes cuestionamientos de admisibilidad al escrito de reclamo, a efectos de que el mismo sea rechazado y se ordene el archivo del presente procedimiento: falta de legitimidad activa de la reclamante para interponer su reclamo, y falta de interés para obrar por la existencia de procesos pendientes entre las mismas partes y por el mismo asunto.<sup>20</sup>

### 5.2.1.1 Falta de legitimidad de la reclamante:

- [77] La reclamada expone que el artículo 25 de TCTJCA, las normas comunitarias (artículos 24 y 25 del TCTJCA, artículos 13 y 14 de la Decisión 623) *“contemplan un requisito de admisibilidad para que una persona jurídica se encuentre legitimada a interponer un reclamo en etapa prejudicial de Acción de Incumplimiento ante la SGCAN: **probar la afectación de sus derechos por el supuesto incumplimiento del País Miembro.**”<sup>21</sup>*
- [78] Agrega la reclamada que se debe tener presente lo establecido en el último párrafo del artículo 14 de la Decisión respecto a que en el caso de que un particular desee interponer un reclamo por incumplimiento de un País Miembro de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la reclamante deberá acreditar la condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, y que no existe ninguna afectación inmediata, real, concreta y directa a un derecho subjetivo o interés legítimo en ninguno de los procesos recaídos en los Expedientes judiciales N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20, N°05876-2021-0-1801-JR-CA-20 y N°05817-2021-0-1801-JR-CA-20. Reitera que el Vigésimo Primer Juzgado Especializado Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros ha concedido la

<sup>18</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p30-31

<sup>19</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p41

<sup>20</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p7

<sup>21</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p8



Apelación con efectos suspensivos de las Resoluciones N°10 y N°11 del 26 de julio de 2022, recaídas en los Expedientes N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20 y N°05876-2021-0-1801-JR-CA-20, respectivamente. *“En ese sentido, si bien la reclamante alega sin mayor asidero encontrarse afectada por la supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN, por lo que, en su opinión, resulta legitimada para accionar en la vía comunitaria andina. Sin embargo, como podrá apreciarse de lo expuesto anteriormente, **se ha concedido la Apelación con efectos suspensivos en todos los casos, por lo que no existe ninguna afectación inmediata, real, concreta y directa a un derecho subjetivo o interés legítimo.**”<sup>22</sup>*

[79] Señala la reclamada que la reclamante *“no se encuentra legitimada para interponer un reclamo ante la SGCAN, puesto que no es titular de un derecho subjetivo que pudiera verse afectado por las medidas reclamadas. En otras palabras, **la suspensión de los efectos de las precitadas Resoluciones N°10, N°11 y N°13 del Vigésimo Juzgado en virtud de la concesión de los Recursos de Apelación con efectos suspensivos, conlleva a la inexistencia de una afectación directa, real y actual de la reclamante.**”<sup>23</sup>*

[80] Concluye la reclamada que la reclamante carece de legitimidad activa para incoar el presente procedimiento; y, en consecuencia, corresponde que la SGCAN rechace el presente reclamo y ordene el archivo del expediente.

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

[81] Explica la reclamada que en virtud de lo que dispone el artículo 25 del TCTJCA, *“**la interposición de una Acción de Incumplimiento ante el TJCAN excluye la posibilidad de acudir simultáneamente ante los tribunales nacionales competentes**”, figura jurídica conocida jurisprudencialmente como vías paralelas, a las cuales no es posible recurrir simultáneamente, por la misma causa o asunto, siendo por lo tanto excluyentes entre sí. En la misma línea argumentativa, el artículo 61, numeral 7, de la Decisión 500, prevé la excepción relativa a la existencia de un proceso pendiente entre las mismas partes y el mismo asunto. *“En ese sentido, y sin perjuicio de que el Gobierno peruano es plenamente respetuoso del derecho de las personas naturales y jurídicas a recurrir al sistema andino de solución de controversias, ello no puede traducirse en que las mismas no deban cumplir con los requisitos establecidos para tal efecto.”<sup>24</sup>**

[82] La reclamada indica que ZINSA, al haber interpuesto recursos de apelación contra las medidas reclamadas dictadas por el Vigésimo Juzgado (los cuales, fueron concedidos) ha recurrido a la segunda instancia correspondiente del proceso contencioso administrativo del Poder Judicial peruano, precisamente por los mismos hechos por los cuales se acude ante la SGCAN; y que, a la fecha de presentación del presente escrito de contestación, aún se encuentran en trámite los procesos judiciales N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20 y N°05876-2021-0-1801-JR-CA-20, ante la Séptima Sala Especializada Contencioso Administrativo, con audiencia pendiente de realizar el próximo 27 de diciembre de 2022 y todavía sin sentencia de segunda instancia. En el caso del proceso

<sup>22</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p8

<sup>23</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p9

<sup>24</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p11-12

judicial N°05817- 2021-0-1801-JR-CA-20, la sentencia de segunda instancia de la Sexta Sala Especializada Contencioso Administrativo puede ser recurrida por una de las partes ante la Corte Suprema de Justicia vía recurso de casación.<sup>25</sup>

[83] En su escrito, asevera la reclamada:

*“En la “Declaración” del escrito de reclamación de ZINSA, recibido electrónicamente por la SGCAN el 27 de septiembre de 2022, y que es materia de absolucón con el presente escrito, se declara que “no ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional con el objeto de presentar un Reclamo contra el Poder Judicial del Perú - Vigésimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros”.*

*Sobre el particular debemos hacer notar que, dentro del plazo previsto en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, ZINSA presentó recursos de apelación contra las mencionadas sentencias.*

*La tramitación de tales recursos ha tenido distintas consecuencias. En el proceso judicial N° 05700-2021-0-1801-JR-CA-20 el recurso de apelación ZINSA ha sido aceptado y, continuando con su trámite, ha sido remitido a la Séptima Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima. Esta Sala, actuando en segunda instancia, ha citado a las partes para el 27 de diciembre de 2022 para la vista de la causa.*

*En el proceso judicial recaído en el Expediente N°05817-2021-0-1801-JR-CA-20, el Vigésimo Juzgado ordenó a ZINSA subsane su recurso de apelación presentando la tasa judicial respectiva. Dado que ZINSA incumplió con subsanarla, el recurso fue rechazado. No obstante, la otra parte del proceso, el Tribunal Fiscal también apeló y el expediente fue remitido a la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima. Esta Sala, actuando en segunda instancia, oyó a las partes, la SUNAT y ZINSA, en la audiencia del 23 de noviembre de 2022 y seguidamente, el 25 de noviembre de 2022, ha dictado sentencia confirmando la sentencia dictada por el Vigésimo Juzgado; y, aclarando que la referencia a la Resolución 2272 de la SGCAN, que corrobora el criterio desarrollado en relación con la clasificación arancelaria de la mercancía objeto de análisis en el caso sub-judice, es a título ilustrativo (**ANEXO IX**).*

*En el proceso judicial recaído en el Expediente N°05876-2021-0-1801-JR-CA-20, el Juzgado ordenó a ZINSA subsane su recurso presentando la tasa judicial respectiva. Dado que tampoco cumplió con subsanarla, su recurso de apelación fue rechazado. No obstante, la otra parte del proceso, el Tribunal Fiscal también apeló y el expediente fue remitido a la Séptima Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima. Esta Sala, actuando en segunda instancia, ha citado a las partes para el 27 de diciembre de 2022 para la vista de la causa (**ANEXO VIII**).*

*De lo reseñado se puede verificar, que contra las resoluciones judiciales (sentencias) reclamadas, en la presente acción de incumplimiento, ZINSA sí acudió al Poder Judicial para cuestionarlas, recurrió dentro de los mismos procesos judiciales apelándolas. También se puede notar que esos procesos*

<sup>25</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p14



*judiciales, a la fecha de presentación del presente escrito de contestación, aún se encuentran en trámite.*<sup>26</sup>

- [84] Sostiene la reclamada que el reclamo no debió ser admitido a trámite por la SGCAN en virtud de que la reclamante interpuso recursos de apelación contra las medidas cuestionadas ante el Poder Judicial peruano y, por consiguiente, corresponde se disponga su archivo.
- [85] De otra parte, la reclamada menciona que *“en lo correspondiente al Expediente N°05817-2021-0-1801-JR-CA-20, es preciso indicar que, el 25 de noviembre de 2022, mediante Resolución N°24, la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros dictó Sentencia, confirmando la Sentencia apelada (Resolución N°13 del Vigésimo Juzgado), dejando explicitado que la invocación de la Resolución 2272 de la SGCAN, que corrobora el criterio desarrollado en relación con la clasificación arancelaria de la mercancía objeto de análisis en el caso sub-judice, es a título ilustrativo (ANEXO X)”* y que por consiguiente la medida cuestionada por la reclamante ya ha sido modificada por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros dictó sentencia, sin embargo, dicha sentencia ha sido objeto de la interposición de un recurso extraordinario de Casación por parte del Tribunal Fiscal, por lo que es posible afirmar que el proceso judicial recaído en el Expediente N°05817-2021-0-1801-JR-CA-20 aún se encontraría en trámite.<sup>27</sup>
- [86] La reclamada manifiesta que *“las pretensiones de la acción de incumplimiento presentada ante la SGCAN, y aquellos de las precitadas apelaciones interpuestas en el proceso contencioso administrativo, son las mismas.”*<sup>28</sup> Sostiene que *“en este sentido, en ambas acciones se pretende la nulidad de las citadas Resoluciones N° 10, N° 11 y N° 13 del Vigésimo Juzgado y se fundamentan en la aplicación retroactiva del Criterio Vinculante de Clasificación de Mercancías (en adelante, CVCM), aprobado por Resolución 2272 de la SGCAN.”*<sup>29</sup>
- [87] Al respecto, la reclamada afirma que el argumento principal, presentado simultáneamente, tanto en las apelaciones en el marco de los procesos contenciosos administrativos ante los tribunales nacionales como en el reclamo por incumplimiento ante la SGCAN, es el referido a la supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN por parte del Vigésimo Juzgado, para lo cual se alude a la normativa comunitaria andina y se destaca que el CVCM no tiene efectos retroactivos, sobre lo indicado, la reclamada puntualiza:

*“Particularmente, se identificaron **las mismas partes y los mismos asuntos (misma causa)** en los procesos en trámite –simultáneo– a nivel interno y comunitario. De esta manera, se ha elaborado el siguiente cuadro para fines ilustrativos:*

<sup>26</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p15

<sup>27</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p16-17

<sup>28</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p18

<sup>29</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p18



<b>Materia</b>	<b>Apelación Contencioso Administrativa</b>	<b>Acción de Incumplimiento</b>
<b>Apelante/ Reclamante</b>	ZINSA	ZINSA
<b>Autoridad judicial reclamada</b>	Vigésimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros	Vigésimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros (Poder Judicial – República del Perú)
<b>Asunto (Causa)</b>	Supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN	Supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 de la SGCAN
<b>Actos administrativos cuestionado</b>	Resolución N° 10 (Expediente N° 05700-2021-0-1801-JR-CA-20), Resolución N° 11 (Expediente N° 05876-2021-0-1801-JR-CA-20) y Resolución N° 13 (Expediente N° 05817-2021-0-1801-JR-CA-20) del Vigésimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros	Resolución N° 10 (Expediente N° 05700-2021-0-1801-JR-CA-20), Resolución N° 11 (Expediente N° 05876-2021-0-1801-JR-CA-20) y Resolución N° 13 (Expediente N° 05817-2021-0-1801-JR-CA-20) del Vigésimo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros

Como consecuencia de lo antes indicado, se verifica la litispendencia en el presente caso, por existir **procesos internos en trámite paralelos al presente procedimiento** incoado 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 el mismo asunto** (o misma causa). En efecto, **ambos escritos se fundamentan en la supuesta aplicación retroactiva del CVCM, aprobado por la Resolución 2272 de la SGCAN.**<sup>30</sup>

- [88] Sobre este contexto, la reclamada concluye que resulta absolutamente claro que la reclamante ha incumplido el requisito de admisibilidad referido a la existencia de litispendencia entre las mismas partes y sobre el mismo asunto (misma causa). 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. De esta forma, resulta 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 simultáneamente ante un tribunal nacional, situación que contraviene el artículo 14 de la Decisión 623.

<sup>30</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p18-19

### 5.2.2 Argumentos de Fondo

[89] La reclamada ha presentado los argumentos de fondo siguientes:

#### 5.2.2.1 Aspectos preliminares:

##### i. Los efectos declarativos de la clasificación arancelaria

- [90] Al respecto, la reclamada expone que las Resoluciones cuestionadas N°10, 11 y 13 del 26 de julio de 2022, recaídas en los Expedientes judiciales N°05700- 2021-0-1801-JR-CA-20, 05876-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05817-2021-0-1801-JRCA-20 están referidas a la misma materia de cuestionamiento y presentan relación respecto de las partes procesales intervinientes; más aún, los argumentos de motivación que sirvieron de sustento de dichas resoluciones, reflejan un mismo criterio por parte del Vigésimo Juzgado. De esta manera, las resoluciones objeto del presente reclamo tienen como sustento el Decreto Supremo N°342-2016-EF, Capítulo 79, donde se detalla la clasificación arancelaria; el 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.<sup>31</sup>
- [91] Del mismo modo, señala la reclamada que la aplicación de la normativa nacional como base legal de las resoluciones cuestionadas queda evidenciada en las referencias expresas al referido Decreto Supremo N°342-2016- EF, realizadas en el Cuarto acápite de la Parte Considerativa de las Sentencias dictadas por el Vigésimo Juzgado, mediante Resoluciones N°10, 11 y 13 del 26 de julio de 2022, recaídas en los Expedientes N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20, 05876-2021-0- 1801-JR-CA-20 y 05817-2021-0-1801-JR-CA-20, respectivamente. 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). 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 barra, en la longitud que se utilizan los ánodos; o, en placas (planas o abombadas), tiras, hojas, discos (planos u ondulados), semiesferas o bolas.<sup>32</sup>
- [92] Agrega la reclamada que, de conformidad con el 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 niquelado; o, roscados, taladrados, entre otros, a fin de colocarle los ganchos; situación que no acontece en el presente caso. En ese orden de ideas, la mercancía objeto de las resoluciones cuestionadas no pueden ser clasificadas en la partida 79.07, toda vez que no reúnen las características

<sup>31</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p19

<sup>32</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p19-20



indicadas en el punto 2 del apartado “A” de las Notas Explicativas correspondientes a la Partida 75.08. Conforme al análisis de autos efectuado por el Vigésimo Juzgado, las referidas mercancías constituyen zinc en bruto y no manufacturas zinc, toda vez que han sido sometidas a un proceso de fusión, colada y tamboreo, que no producen una alteración del zinc en forma bruta que permita clasificarlos en la partida “*las demás*” (79.07), que agrupa a las 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 partida 7901.00, al tratarse de zinc en bruto 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.<sup>33</sup>

- [93] Respecto al cuestionamiento de la reclamante sobre el criterio adoptado por el Vigésimo Juzgado, justificando su pretensión en la presunta vulneración del ordenamiento jurídico andino, alegando que dicho órgano del Poder Judicial aplicó en forma retroactiva el criterio vinculante contenido en la Resolución 2272 de la SGCAN, la reclamada señala que es preciso mencionar que, en el desarrollo del proceso judicial, se cumplió con sustentar debidamente sus decisiones en la normativa nacional vigente, por lo que es posible concluir que éstas son 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.<sup>34</sup>
- [94] Del mismo modo, indica la reclamada que **“la reclamante ha interpuesto Recursos de Apelación contra las Resoluciones 10, 11 y 13 del Vigésimo Juzgado, 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. Por lo cual, dichas Apelaciones se encuentran pendientes de pronunciamiento por parte de los jueces superiores.”**<sup>35</sup>
- [95] De otra parte, argumenta la reclamada que “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 embargo, es importante enfatizar que, si bien la norma comunitaria es irretroactiva, el acto de clasificación arancelaria a que se refiere la Resolución 2272 tiene **naturaleza declarativa.**” Agrega que se debe reiterar 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, esta nace con la numeración de la declaración aduanera. Asimismo, teniendo en cuenta que la determinación del pago de tributos está en función a la correcta asignación de la Subpartida Nacional, y ésta también se produce con la numeración de la declaración aduanera, siendo esta la razón fundamental por la que el acto de clasificación arancelaria se retrotrae hasta dicho momento<sup>36</sup>.
- [96] Sobre este punto, la reclamada destaca lo siguiente:

<sup>33</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p20

<sup>34</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p21

<sup>35</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p21

<sup>36</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p21



“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 se produce una modificación de CVCM.<sup>37</sup>

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):

	<b>CVCM</b>	<b>Revisión de CVCM</b>
<b>Naturaleza del criterio</b>	<i>Declarativa</i>	<i>Constitutiva</i>
<b>Sección de la Resolución 2183 de la SGCAN</b>	3	4
<b>Efectos de la Resolución de la SGCAN</b>	<i>Emitir CVCM</i>	<i>Adoptar nuevo CVCM</i>
<b>Justificación</b>	<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.”<sup>38</sup>*

- [97] La reclamada menciona que, al respecto, “cabe señalar que, en el caso de autos, no existía la obligación de solicitar Interpretación Prejudicial al TJCAN, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del TC-TJCAN, en concordancia con los artículos 122 y 123 del Estatuto del TJCAN”. Precisa, la reclamada que el criterio de clasificación arancelaria recogido y corroborado por la SGCAN al emitir el CVCM contenido en la Resolución 2272, es de 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 es irretroactiva, el acto de clasificación contenido en ella tiene naturaleza declarativa. En consecuencia, las Resoluciones N°10, 11 y 13 (Expedientes N°05700-2021-0- 1801-JR-CA-20, 05876-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05817-2021-0-1801-JR-CA-20, respectivamente) emitidas por el Vigésimo Juzgado no vulneran el ordenamiento jurídico andino, pues no aplican de manera retroactiva la Resolución 2272 de la SGCAN, sino que hacen referencia, a título ilustrativo, al criterio declarativo establecido en ésta última.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p21

<sup>38</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p21-22

<sup>39</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p22-23





- [98] En su contestación, la reclamada menciona que en el presente 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; sin embargo, esta tiene efectos declarativos en el territorio peruano. 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 su vigencia. En efecto, no se han afectado derechos adquiridos ni hechos cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución 2272 de la SGCAN, por cuanto ninguno de los procesos judiciales referidos por la empresa reclamante cuenta con sentencia firme y definitiva. El sustento principal está vinculados a la supuesta aplicación retroactiva de la Resolución 2272 en las sentencias dictadas por el Vigésimo Juzgado. A ellos agrega otros vinculados a los procedimientos administrativos atendidos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, por el Tribunal Fiscal y a los procesos judiciales –iniciados por la Administración Aduanera– que se vienen ventilando en diversos órganos judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima<sup>40</sup>.
- [99] La reclamada puntualiza que a fin de evaluar si el Juez Vigésimo Juzgado ha aplicado retroactivamente la Resolución 2272 en las resoluciones judiciales (sentencias) materia del presente reclamo, resulta conveniente evaluar dichas sentencias. En general, las resoluciones judiciales cuestionadas en el presente reclamo tienen una estructura similar. En una primera parte se reseña los fundamentos de la demanda y de la contestación. Y seguidamente, se hace el análisis. La parte de análisis tiene seis consideraciones. Primero, fines y objeto del proceso contencioso administrativo. Segundo, delimitación de la controversia. Tercero, la actuación de las partes en etapa administrativa. Cuarto, el marco normativo aplicable. Quinto, el análisis de la controversia. Sexto, las conclusiones.
- [100] Explica la reclamada que de la revisión de las resoluciones judiciales podrá observarse que el Juez evalúa lo actuado en el procedimiento administrativo, la normativa aduanera aplicable e invoca la Resolución 2272 como un elemento que corrobora la posición de la SUNAT y la conclusión del Juzgado, el cual es que las mercancías exportadas se encuentran clasificadas en la subpartida arancelaria 7901.11.00.00. Nótese que (en los numerales 5.3, 5.4 y 5.5) el Vigésimo Juzgado alude y evalúa el análisis merceológico de las mercancías efectuado por la SUNAT y lo expresado por ZINSA en etapa administrativa; analiza también el proceso productivo para obtener el producto; y, llega a la conclusión de que “No hay cambio químico, sólo cambio físico.” Asimismo, (en los numerales 5.2, 5.6, 5.7, 5.8, 5.9 y 5.10) invoca y evalúa el Arancel de Aduanas del Perú y las Notas Explicativas, las contrasta con los productos exportados; verifica que, al no haber sino más que un cambio físico, el producto está clasificado en la subpartida nacional 7901.11.00.00. Asimismo, aplicando las mismas normas legales, explica las razones por las cuales los productos exportados no pueden estar clasificados en la subpartida nacional 7907.00.90.00. De igual forma, en los cuatro numerales finales de las sentencias, 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

<sup>40</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p23



Nacional de Ingeniería y la Pontificia Universidad Católica del Perú, señalando que estos no vinculan al Juzgado ni modifican la conclusión a la que arribó.

[101] Finalmente, concluye la reclamada:

*“el Vigésimo Juzgado invoca la Resolución 2272, no para sustentar su decisión, sino para demostrar que la posición de la SUNAT y la conclusión del Juzgado, se encuentran corroboradas con el CVCM emitido por la SGCAN.*

*Lo reseñado en el párrafo anterior, en los procesos judiciales N° 05817-2021-0-1801-JRCA-20 y 05876-2021-0-1801-JR-CA-20, se expresa así:*

*“5.11 Lo arribado por esta judicatura guarda armonía con lo resuelto por la reunión de expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) en la Resolución N° 2272, que clasifica a las bolas de zinc de 50 mm, en la subpartida NANDINA 7901.11.00, de aplicación obligatoria por los países miembros.  
(...)”*

***De la Resolución N° 2272 emitida por la Secretaría General de la CAN***

*5.14 Cabe precisar que mediante la resolución número diez de fecha 20 de julio 2022 (fojas 298 EJE) se ha admitido como medio probatorio extemporáneo la Resolución N° 2272 emitida por la Secretaría General de la CAN (fojas 246 a 251 EJE), la misma que surte válidamente sus efectos jurídicos en razón a que establece en su artículo 1° el criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común - NANDINA del producto denominado comercialmente “Bolas de Cinc de 50 mm” con un contenido de Cinc superior o igual al 99.99% en peso, en la subpartida NANDINA 7901.11.00, ello en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6 comprendidas en la Nomenclatura Común – NANDINA.  
5.15 En el artículo 2° de la citada Resolución N° 2272 se establece que regirá a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (20 junio 2022) y en su artículo 3° dispone su aplicación obligatoria en los países miembros de la CAN. En tal sentido hallándose los presentes autos en la etapa de decisión, deviene en perfectamente aplicable al presente caso dada su naturaleza vinculante; tanto más que este criterio es congruente con la posición de la Administración Tributaria cuya validez se ha verificado en los fundamentos 5.1) a 5.12) supra por estar acorde al ordenamiento jurídico aduanero.”*

*Mientras que en el proceso judicial N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20, se expresa así:*

*“5.11 Lo arribado por esta judicatura guarda armonía con lo resuelto por la reunión de expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) en la Resolución N° 2272, que clasifica a las bolas de zinc de 50 mm, en la subpartida NANDINA 7901.11.00, de aplicación obligatoria por los países miembros.  
(...)”*

***De la Resolución N° 2272 emitida por la Secretaría General de la CAN***

*5.14 Cabe precisar que la demandante SUNAT mediante escrito de fecha 17 de mayo 2022 (fojas 573 EJE) solicita tener presente que por la diferencia suscitada en la clasificación arancelaria del producto bolas de Zinc, entre dos países miembros de la Comunidad Andina (para Perú se*



clasifica en la SP 7901.11.00.00 ó 7901.12.00.00 según la pureza del zinc; y, para Colombia, en la SP 7907.00.90.00), nuestro país había solicitado al Grupo de Expertos en NANDINA de la Comunidad Andina analizar dichos pronunciamientos y evaluar la emisión de un criterio de clasificación vinculante.

5.15 Al respecto, se tiene que efectivamente la Comunidad Andina emitió la Resolución N° 2272 emitida por la Secretaría General de la CAN1, la misma que surte válidamente sus efectos jurídicos en razón a que resuelve en su parte resolutive, lo siguiente: “Artículo 1.- Emitir el siguiente Criterio Vinculante de Clasificación de Mercancías en la NANDINA: (...) Conclusión: 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. Artículo 2.- La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Artículo 3.- La presente Resolución será de aplicación obligatoria en los Países Miembros de la Comunidad Andina”.

5.16 Como se observa, en su artículo 1° el criterio vinculante de clasificación arancelaria en la Nomenclatura Común - NANDINA del producto denominado comercialmente “Bolas de Cinc de 50 mm” con un contenido de Cinc superior o igual al 99.99% en peso, en la subpartida NANDINA 7901.11.00, ello en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6 comprendidas en la Nomenclatura Común - NANDINA

5.17 Así mismo, en el artículo 2° de la citada Resolución N° 2272 se establece que regirá a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (20 junio 2022) y en su artículo 3° dispone su aplicación obligatoria en los países miembros de la CAN.

5.18 En tal sentido hallándose los presentes autos en la etapa de decisión, deviene en perfectamente aplicable al presente caso dada su naturaleza vinculante; tanto más que este criterio es congruente con la posición de la Administración Tributaria cuya validez se ha verificado en los fundamentos 5.1) a 5.12) supra por estar acorde al ordenamiento jurídico aduanero.”

[102] Sobre lo expuesto, la reclamada arguye que cuando el Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo dice que la Resolución 2272 “deviene (sic) en perfectamente aplicable al presente caso dada su naturaleza vinculante” lo hace en tanto que “este criterio es congruente con la posición de la Administración Tributaria cuya validez se ha verificado en los fundamentos 5.1) a 5.12) supra por estar acorde al ordenamiento jurídico aduanero.” Es decir, no es una invocación para 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. Una invocación para 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.



“– según se ha establecido en los fundamentos 5.1 a 5.12) supra – esta Judicatura ha determinado en base al marco normativo aplicable que el producto bolas de zinc corresponden ser clasificados en la SPN 7901.11.00.00, situación jurídica que ha sido recientemente corroborada por el criterio vinculante contenido en la Resolución N° 2272 emitida por la Secretaría General de la CAN, la misma que forma parte del ordenamiento jurídico nacional.”<sup>41</sup>

[103] Al respecto, la reclamada considera que hay dos razones por las que el Juzgado invoca la Resolución 2272:

*“En los procesos judiciales N° 05817-2021-0-1801-JR-CA-20 y N° 05876-2021-0-1801-JRCA-20, tan pronto como fue publicada la Resolución 2272 en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, la SUNAT lo presentó en esos procesos como una nueva prueba, un medio probatorio extemporáneo.*

*En ambos procesos el Vigésimo Juzgado formuló traslado a las otras partes, habiendo expresado ZINSA sus observaciones y razones por las que no debía ser admitida. El Vigésimo Juzgado procedió a evaluar el pedido y señaló:*

**“SEGUNDO.-** El artículo 30 del TUO de la Ley 27584 prescribe: “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. (...)”; el cual es concordante con el artículo 31 de la misma norma: “(...) 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. (...)”.

**TERCERO.-** Conforme a lo señalado se advierte que el medio probatorio extemporáneo ofrecido por Sunat consistente en el Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado comercialmente “Bolas de Cinc de 50 mm”, es de fecha 20 de junio de 2022, esto es, con posterioridad a la fecha de interposición de la presente demanda; en consecuencia, se verifica que el citado medio probatorio extemporáneo presentado por la Sunat se encuadra dentro del supuesto contemplado en el artículo 31° del TUO de la Ley 27 584, por tanto corresponde: ADMITIR el medio probatorio extemporáneo (...).”.

*Así pues, habiéndose incorporado en estos procesos una nueva prueba, en observancia del principio de debido proceso, específicamente el derecho a la valoración de las pruebas, el Juez debía evaluarla. Y eso es precisamente lo que hizo, evaluarlas y considerarlas como un pronunciamiento que corrobora la posición que la Administración Aduanera expresó en el año 2018.*

*En el caso del proceso judicial N° 05700-2021-0-1801-JR-CA-20, ninguna de las partes ofreció la Resolución 2272 como nueva prueba. Sin embargo, atendiendo a la publicación efectuada en la Gaceta de la Comunidad Andina, el Juzgado de oficio la incorporó al proceso como un pronunciamiento vinculante que corroboró su posición y la de la SUNAT; lo incorporó porque de acuerdo con la normativa andina, las Resoluciones de la SGCAN son de obligatorio cumplimiento para los*

<sup>41</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p24-26



países miembros a partir del día siguiente de su publicación en la Gaceta de la Comunidad Andina. No obstante, como fue en los dos procesos antes reseñados, la alusión a la Resolución 2272 fue sólo para evidenciar que:

*“5.18 (...) este criterio es congruente con la posición de la Administración Tributaria cuya validez se ha verificado en los fundamentos 5.1) a 5.12) supra por estar acorde al ordenamiento jurídico aduanero. (...) 5.22 (...) esta Judicatura ha determinado en base al marco normativo aplicable que el producto bolas de zinc corresponden ser clasificados en la SPN 7901.11.00.00, situación jurídica que ha sido recientemente corroborada por el criterio vinculante contenido en la Resolución N° 2272 emitida por la Secretaría General de la CAN, la misma que forma parte del ordenamiento jurídico nacional.”*

*El carácter complementario del fundamento se puede verificar excluyendo de las resoluciones judiciales (sentencias) los textos de los numerales en los que se alude a la Resolución 2272 de la SGCAN.*

*Si realizamos tal ejercicio podremos comprobar que, aunque se omitan dichos textos, la posición del Vigésimo Juzgado se sostiene plenamente con los demás fundamentos. Es decir, si el Juzgado no hubiera aludido a la Resolución 2272, lo expresado en el resto de las sentencias son lógicos, congruentes, debidamente sustentados en los hechos y el derecho que nos llevan a la misma conclusión: los productos exportados están clasificados en la subpartida nacional 7901.11.00.00.”<sup>42</sup>*

- [104] Lo que evidencia, menciona la reclamada que, en las resoluciones judiciales cuestionadas en este reclamo, la Resolución 2272 no ha sido aplicada directa ni retroactivamente y 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.

ii. La invariabilidad del criterio de clasificación arancelaria preestablecido

- [105] 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. 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.”<sup>43</sup>*

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

<sup>42</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p27-28

<sup>43</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p28-29



[106] Sobre este punto, la reclamada, replica indicando que:

*“Como podrá verificarse de lo actuado en los procedimientos administrativos que concluyeron con la emisión de las Resoluciones Jefaturales de División de la SUNAT N° 118 3D7100/2019-000690, N° 118 3D7100/2019-000666 y N° 118 3D7100/2019-000659; revocadas por las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 04093-A-2011 de 12 de mayo de 2021, N° 03873-A-2011 del 5 de mayo de 2021 y N° 04030-A-2021 del 10 de mayo de 2021, respectivamente; la rectificación de la subpartida arancelaria nacional y la determinación de un indebido acogimiento a los beneficios de la restitución de derechos arancelarios son factores que han sido evaluados previamente por la Administración Aduanera nacional sobre la base de sus propios fundamentos, mas no en el CVCM emitido por la SGCAN a través de la Resolución 2272.*

*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, tanto la Administración Aduanera nacional como el Vigésimo Juzgado han 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.**<sup>44</sup>*

## 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

[107] 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.

[108] 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 Andina<sup>45</sup>. 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 Andina<sup>46</sup>.

[109] 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

<sup>44</sup> Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 7 de diciembre de 2022, numeral III p29

<sup>45</sup> Acuerdo de Cartagena, Artículo 30 literal a)

<sup>46</sup> TCTJCA, Sección Segunda del Capítulo III

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.”<sup>47</sup> (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 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.”<sup>48</sup> (Énfasis agregado)*

[110] 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.

[111] 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 dialogo 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. (...).”<sup>49</sup> (Énfasis agregado)*

[112] 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”.

[113] 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 Miembros<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> TJCA, proceso 01-AI-2013 publicado en la GOAC No. 2556 del 7 de agosto de 2015

<sup>48</sup> TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

<sup>49</sup> TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

<sup>50</sup> TJCA, procesos acumulados 01 y 02 AI-2016, publicados en la GOAC No. 3439 del 12 de noviembre 2018

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

[114] 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.

[115] 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, trátese 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.*<sup>51</sup> (Énfasis agregado)

[116] 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 éstos<sup>52</sup>.

[117] 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*

<sup>51</sup> TJCA, proceso 06-IP-1993 publicado en la GOAC N°150 del 25 de marzo de 1994

<sup>52</sup> Dictamen 003-2019





*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(...).*<sup>53</sup>

- [118] 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:
- i. La expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino.
  - ii. La no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento.
  - iii. La realización de cualesquier acto u omisión opuestos al ordenamiento jurídico andino que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.
- [119] En el presente caso, la reclamante ha señalado que las medidas objeto de su reclamo por incumplimiento contra el Poder Judicial del Perú, Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros son las Resoluciones número Diez, Once y Trece de 26 de julio de 2022, recaídas en los expedientes 05700-2021-0-1801-JR-CA-20, 05876-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05817-2021-0-1801-JR-CA-20 respectivamente; mediante las cuales resolvió declarar nulas las Resoluciones del Tribunal Fiscal 04093-A-2011, 03873-A-2011 y 04030-A-2021 que revocaron las Resoluciones Jefaturales de División 11 8 3D7100/2019-000690, 118 3D7100/2019-000666 y 11 8 3D7100/2019-000659 de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria – SUNAT, resoluciones mediante las cuales la División de la SUNAT denegó a ZINSA diversas solicitudes de acogimiento del *drawback*.<sup>54</sup>
- [120] Del documento Resolución número diez (Expediente 05700-2021-0-1801-JR-CA-20) de 26 de julio de 2022 del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sus Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, presentado por la reclamante y la reclamada como anexo en sus respectivos escritos, se tiene que la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT interpuso demanda contenciosa administrativa contra el Tribunal Fiscal y la empresa Zinc Industrias Nacionales S.A., formulando como pretensión principal se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal -RTF N°4093- A-2021 en cuanto revoca la Resolución de División N°118-3D7100/2019- 690 por haber inaplicado sin fundamento la norma legal (Arancel de Aduanas y Notas Explicativas) que regula la clasificación arancelaria del producto “*Bolas de Zinc 50 mm*”; y, como pretensión accesoria a la principal, se declare que las “*Bolas de Zinc 50 mm*” objeto de la Solicitud de Restitución de Derechos Arancelarios, materia de este proceso, se encuentran clasificadas en la SPN 7901.11.00.00 y, por lo tanto, que 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. Mediante esta Resolución el Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de Lima declaró la nulidad tota de la Resolución del Tribunal Fiscal número 04093-A-2011 de fecha 12 de mayo de 2021

<sup>53</sup> TJCA, proceso 02-AI-1997 publicado en la GOAC N°391 del 11 de diciembre de 1998

<sup>54</sup> Escrito del Reclamo de fecha 20 de septiembre de 2022, p2



- [121] De otra parte, del documento Resolución número once (Expediente 05876-2021-0-1801-JR-CA-20) de 26 de julio de 2022 del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, presentado por la reclamante y la reclamada como anexo en sus respectivos escritos, se tiene que la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT interpuso demanda contenciosa administrativa contra el Tribunal Fiscal y la empresa Zinc Industrias Nacionales S.A., formulando como pretensión principal se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal -RTF N°3873- A-2021 en cuanto revoca la Resolución de División N°118-3D7100/2019- 666 por haber inaplicado sin fundamento la norma legal (Arancel de Aduanas y Notas Explicativas) que regula la clasificación arancelaria del producto “*Bolas de Zinc 50 mm*”; y, como pretensión accesoria a la principal, se declare que las “*Bolas de Zinc 50 mm*” objeto de la Solicitud de Restitución de Derechos Arancelarios, materia de este proceso, se encuentran clasificadas en la SPN 7901.11.00.00 y, por lo tanto, que 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. Mediante esta Resolución número diez se declara la nulidad total de la Resolución del Tribunal Fiscal número 03873-A-2011 de 5 de mayo de 2021.
- [122] De la revisión del documento Resolución número trece (Expediente 05817-2021-0-1801-JR-CA-20) de 26 de julio de 2022 del Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, presentado por la reclamante y la reclamada como anexo en sus respectivos escritos, se tiene que la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT interpuso demanda contenciosa administrativa contra el Tribunal Fiscal y la empresa Zinc Industrias Nacionales S.A., formulando como pretensión principal se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal -N°4030- A-2021 en cuanto revoca la Resolución Jefatural de División N°118- 3D7100/2019-659 por haber inaplicado sin fundamento la norma legal (Arancel de Aduanas y Notas Explicativas) que regula la clasificación arancelaria del producto “*Bolas de Zinc 50 mm*”; y, como pretensión accesoria a la principal, se declare que las “*Bolas de Zinc 50 mm*” objeto de la Solicitud de Restitución de Derechos Arancelarios, materia de este proceso, se encuentran clasificadas en la SPN 7901.11.00.00 y, por lo tanto, que 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. Mediante esta Resolución el Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de Lima declaró la nulidad tota de la Resolución del Tribunal Fiscal número 04030-A-2021 de fecha 10 de mayo de 2021.
- [123] Al respecto, la reclamante sostiene que estas Resoluciones fueron adoptadas por el Poder Judicial con fundamento en la Resolución 2272 de la SGCAN, como se expresó en la parte resolutive de la Resolución diez. De otro lado, manifiesta que la SUNAT ha cuestionado por medio de las Resoluciones 11 8 3D7100/2019-000690, 118 3D7100/2019-000666 y 11 8 3D7100/2019-000659 la asignación de la subpartida 7907.00.90.00 a las mercancías exportadas por ZINSA para clasificarlas en a subpartida nacional 7901.11.00.00 o 7901.12.00.00 (la que se encuentra dentro de la Lista de Partidas Arancelarias excluidas de la restitución de derechos arancelarios); y, que en sus últimas actuaciones ante el Tribunal Fiscal y ante el Poder Judicial ha reclamado la aplicación retroactiva del Criterio Vinculante contenido en la Resolución 2272 de la SGCAN.

- [124] Del mismo modo, durante la reunión informativa, la reclamada expuso que la reclamante ejerció su derecho de defensa y contradicción interponiendo un recurso de apelación ante el Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima, Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, a pesar de que señaló en su reclamo que no acudió simultáneamente por la misma causa ante un Tribunal Nacional. Explicó que son tres procesos los que se vienen gestionando en las sentencias dictadas por el Veinte Juzgado sobre el tema de reclasificación arancelaria y ninguno de ellos está concluido, en el caso de los Expedientes 05817 05876 son cinco juzgados que resuelven en primera instancia y dos que resuelven en segunda instancia, en algunos casos ha emitido pronunciamiento de fondo y en otros casos habían solicitado interpretación prejudicial, pero la propia sala ha dejado sin efecto su solicitud y ha citado a las partes para que expongan sus argumentos, el que llegó a la Sexta Sala ya tiene sentencia.
- [125] La reclamante, en la reunión informativa, aclaró que se ha hecho referencia al desistimiento de la Séptima Sala en recurrir a la interpretación prejudicial, de hecho lo ha hecho declarando primero improcedente la aplicación de la Resolución 2272 como prueba extemporánea, no es que la Séptima Sala esté cambiando de posición, es decir que la Resolución 2272 no resulta aplicable porque no es retroactiva, por lo tanto no es necesario recurrir a una interpretación prejudicial, esa es la situación de las interpretaciones prejudiciales a las que hace referencia la República de Perú, por lo demás, recalcar la naturaleza extraordinaria del recurso de casación como también lo ha determinado el TJCA, no se trata de un proceso ordinario, es un proceso extraordinario.
- [126] Sobre este particular, la SGCAN, dentro de la reunión informativa solicitó a las partes remitir las interpretaciones prejudiciales que hayan presentado con relación al tema de clasificación arancelaria de las bolas de cinc. Cabe indicar, que, mediante carta de 16 de diciembre de 2022, remitida a la SGCAN, la reclamante señaló:

*“al día de hoy no existe ninguna Interpretación Prejudicial en curso ante el TJCA.*

*Es menester acotar que la Séptima Sala Contenciosa Administrativa Subespecialidad Tributaria y Aduanera de la Corte Superior de Justicia de Lima, dispuso que se de inicio al procedimiento de Interpretación Prejudicial ante el TJCA, pero luego no impulsó la gestión de las correspondientes consultas ante el máximo tribunal de la CAN”<sup>55</sup>*

- [127] Es pertinente 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 cuyas sentencias fueran de única o última instancia y que no fueren susceptible de recursos en derecho interno. 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*

<sup>55</sup> Carta de ZINSA de fecha 16 de diciembre de 2022



*nacional, antes de dictar sentencia coadyuvando en la finalidad de lograr se 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.”<sup>56</sup>*

- [128] Por su parte, la reclamada alega que no existe ninguna afectación inmediata, real, concreta a un derecho subjetivo o interés legítimo en ninguno de los procesos recaídos en los expedientes judiciales N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20, 05876-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05817-2021-0-1801-JR-CA-20. Expone que el Vigésimo Primer Juzgado Especializado Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros ha concedido la Apelación con efectos suspensivos de las Resoluciones N°10 y 11 del 26 de julio de 2022, recaídas en los expedientes N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05876-2021-0-1801-JR-CA-20, respectivamente.
- [129] La reclamada, manifiesta que el presente caso, la reclamante ha recurrido a la segunda instancia correspondiente del proceso contencioso administrativo de Poder Judicial peruano, precisamente por los mismos hechos por los cuales se acude ante la SGCAN, procesos judiciales (N°05700-2021-0-1801-JR-CA-20 y 05876-2021-0-1801-JR-CA-20) que aún se encuentran en trámite ante la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, con audiencia pendiente para el 27 de diciembre de 2022 y sin sentencia en segunda instancia; y, que en el caso del proceso judicial N°05817- 2021-0-1801-JR-CA-20, la sentencia de segunda instancia de la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo puede ser recurrida por una de las partes ante la Corte Suprema de Justicia vía recurso de casación.
- [130] De la revisión del documento Resolución número doce de 16 de agosto de 2022 (Expediente 05876-2021-0-1801-JR-CA-20) de la Corte Superior de Justicia de Lima, presentado por la reclamada como anexo a su escrito de contestación, se tiene que se concede el recurso de apelación con efecto suspensivo contra la sentencia emitida mediante Resolución número 11 de fecha 26 de julio de 2022.
- [131] Del documento Resolución número catorce de 16 de agosto de 2022 (Expediente 05817-2021-0-1801-JR-CA-20) de la Corte Superior de Justicia de Lima, presentado por la reclamada como anexo a su escrito de contestación, se tiene que se concede el recurso de apelación con efecto suspensivo contra la sentencia emitida mediante Resolución número 13 de fecha 26 de julio de 2022.
- [132] En el mismo sentido, el documento Resolución número once de 25 de agosto de 2022 (Expediente 05700-2021-0-1801-JR-CA-20) de la Corte Superior de Justicia de Lima, presentado por la reclamada como Anexo a su escrito de contestación, se tiene que se concede el recurso de apelación con efecto suspensivo contra la sentencia emitida mediante Resolución número 10 de fecha 26 de julio de 2022.

<sup>56</sup>TJCA, Proceso 06-IP-1999, publicado en la GOAC N°468 de 12 de agosto de 1999

[133] Al respecto, el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado mediante Decisión 472), dispone:

*“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).*

[134] 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.

[135] Sobre 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.(...)<sup>57</sup>*

[136] En esa línea, el TJCA ha señalado:

*“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.*

*Dicha regla se condice también con el requisito de admisibilidad contemplado en el literal c) del art. 49 del Estatuto del TJCA, norma que dispone que el actor de la acción de incumplimiento debe adjuntar declaraciones bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante la jurisdicción nacional.*

*Así, por ejemplo, frente a un acto administrativo que viola o incumple una norma andina, el administrado afectado por dicho acto puede acudir al proceso contencioso administrativo (vía nacional) o incoar la acción de incumplimiento comunitaria, en este último supuesto, el interesado deberá acudir primero ante la SGCA.”<sup>58</sup>*

[137] 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 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.*

*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.”<sup>59</sup>*

[138] Es importante recalcar que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias además de tener el compromiso de no adoptar medidas que sean contrarias al ordenamiento jurídico andino

<sup>57</sup> TJCA, Proceso 01-AI-2017, publicado en la GOAC N°3654 de 4 de junio de 2019

<sup>58</sup> TJCA, Proceso 01-AI-2019, publicado en la GOAC N°4442 de 22 de marzo de 2022

<sup>59</sup> TJCA, Proceso 01-AI-2017 publicado en la GOAC N°3654 de 4 de junio de 2019

o que obstaculice su aplicación. Aunque las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro pueden acudir ante la Secretaría General de la Comunidad Andina 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.

- [139] Respecto a la naturaleza, alcance y finalidad de la acción de incumplimiento el TJCA en la sentencia recaída en el Proceso 01 y 02-AI-2016 (acumulados) 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.  
(...)<sup>60</sup>*

- [140] En el presente caso, no le corresponde a la SGCAN dictaminar que se dejen sin efecto actos administrativos emanados de procesos contencioso administrativo de plena jurisdicción, y que no han sido concluidos ante los tribunales nacionales y en los que incluso podría resultar ser obligatorio el solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- [141] De conformidad con lo señalado, corresponde declarar fundada la cuestión previa de falta de interés para obrar de la reclamante por litispendencia formulada por la reclamada, en consecuencia, se debe concluir el que no hay incumplimiento por parte de la República del Perú, porque la reclamante declaró en su reclamo que no se ha acudido simultáneamente por la misma causa ante un tribunal nacional, cuando sí hay procesos ante el Poder Judicial de Perú en curso; 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. -**

- [142] Con base en las consideraciones expresadas en el punto VI del presente Dictamen, no corresponde el análisis de fondo en el presente caso.

<sup>60</sup> TJCA, Proceso 01 y 02-AI-2016 publicado en la GOAC N°3439 de 12 de noviembre de 2018



- [143] Se declara improcedente el reclamo interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA contra la República del Perú: Poder Judicial, Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de Lima Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros por la existencia de procesos pendientes entre las mismas partes y por el mismo asunto ante el Poder Judicial de la República del Perú.

*Jorge Hernando Pedraza*  
**Secretario General**