



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN N° 001-2018	Reclamo interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A contra la República de Perú – Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por presunto incumplimiento de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y los artículos 123, 127 y 128 de la Decisión 500, con motivo de la expedición de la Sentencia de Casación No. 474-2016.....	1
-----------------------------	--	---

DICTAMEN N° 001-2018

Reclamo interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A contra la República de Perú – Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por presunto incumplimiento de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y los artículos 123, 127 y 128 de la Decisión 500, con motivo de la expedición de la Sentencia de Casación No. 474-2016.

Lima, 09 de agosto de 2018

I. SUMILLA.-

- [1] La empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (en adelante, “la reclamante”) presenta ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, “SGCAN”) reclamo contra la República de Perú (en adelante, “la reclamada”) por presunto incumplimiento de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, “TCTJCA”) y los artículos 123, 127 y 128 de la Decisión 500, con motivo de la expedición de la Sentencia de Casación No. 474-2016 de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- [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 y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623.

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



- [3] Con fecha 4 de mayo de 2018 se recibió, vía electrónica, por parte de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen, así como sus anexos.¹
- [4] Mediante Comunicación SG/E/SJ/839/2018, de fecha 10 de mayo de 2018, se requirió a la reclamante que subsanara los requisitos de admisibilidad referidos a: i) la identificación completa del reclamante; ii) representación y mandato legal; y, iii) la declaración de no haber acudido simultáneamente y por la misma causa ante un Tribunal Nacional. Para dichos efectos, la SGCAN concedió a la reclamante un plazo de quince (15) días hábiles.
- [5] Mediante escritos remitidos los días 11 y 17 de mayo de 2018, la reclamante dio respuesta a la comunicación SG/E/SJ/839/2018 de fecha 10 de mayo de 2018, emitida por la SGCAN.
- [6] Mediante Comunicación SG/E/SJ/913/2018 de fecha 23 de mayo de 2018, la Secretaría General determinó, luego de la evaluación correspondiente, 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.
- [7] Mediante Comunicación SG/E/SJ/914/2018 de fecha 23 de mayo de 2018, la SGCAN corrió traslado a la República del Perú del reclamo presentado por la reclamante, otorgándole un plazo de veinte (20) días hábiles para su contestación. Asimismo, mediante Comunicación SG/E/SJ/915/2018 de la misma fecha, la SGCAN remitió el referido reclamo a los demás Países Miembros, a fin de que presenten los elementos de información que estimaran pertinentes.
- [8] Mediante Oficios Nos. 020-2018-MINCETUR/VMCE/DGGJCI y 025-2018-MINCETUR/VMCE/DGGJCI, recibidos el 29 de mayo y el 4 de junio de 2018, respectivamente, la República del Perú solicitó una prórroga de treinta (30) días calendario, adicionales al plazo concedido por la SGCAN, para presentar contestación al reclamo.
- [9] Con fecha 1 de junio de 2018, la reclamante solicita a la SGCAN que, con base en el artículo 18 de la Decisión 623, se decrete la celebración de una reunión de información complementaria o facilitadora, con la presencia de las Partes del presente procedimiento.
- [10] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1051/2018 de fecha 6 de junio de 2018, la Secretaría General comunicó a la República del Perú la concesión de la prórroga solicitada y deja la calificación de la flagrancia para el momento del dictamen a fin de no incurrir en adelanto de opinión, ya que del análisis de los elementos que obran en el expediente se advierte que se requiere un análisis pormenorizado de fondo. Asimismo, mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1053/2018 y SG/E/SJ/1054/2018, ambas de 6 de junio de 2018, la SGCAN informó a la reclamada y a los demás Países Miembros, respectivamente, sobre la concesión de la prórroga.
- [11] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1055/2018, de fecha 6 de junio de 2018, la SGCAN dispuso, en atención a la solicitud de la reclamante, sostener una reunión informativa el día 12 de julio de 2018. Asimismo, mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1056/2018 y SG/E/SJ/1057/2018, ambas de 6 de junio de 2018, se informó a la reclamada y a los demás Países Miembros sobre la referida reunión.

¹ Tal como se indicó en la Comunicación No. SG/E/SJ/839/2018 de fecha 10 de mayo de 2018, emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina, el documento "9.5. Copia de la solicitud de interpretación prejudicial radicada por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. ante la Corte Suprema de Justicia el 03 de abril de 2018 (Anexo 3 A)" no fue remitido a la Secretaría General.



- [12] Con fecha 7 de junio de 2018, la SGCAN recibió la solicitud de aplazamiento de la reunión de información complementaria o facilitadora, presentada por el reclamante. En virtud a ello, mediante Comunicación SG/E/SJ/1158/2018, de fecha 20 de junio de 2018, la SGCAN reprogramó la reunión informativa para el día 19 de julio de 2018, y mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1159/2018 y SG/E/SJ/1160/2018 se informó a la reclamada y a los demás Países Miembros sobre la reprogramación de la reunión.
- [13] Con fecha 14 de junio de 2018, la SGCAN recibió el escrito “Comentarios de Telefónica del Perú a la Comunicación SG/E/1051/2018, mediante el cual la reclamante solicita que la SGCAN mantenga la calificación de flagrancia.
- [14] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1146/2018, de fecha 19 de junio de 2018, la SGCAN atiende el escrito señalado en el párrafo anterior señalando que “[...] el supuesto incumplimiento alegado por el reclamante no resulta evidente conforme a lo señalado en el artículo 24 de la Decisión 623 y, por tanto, no podría ser considerado *–prima facie–* como flagrante.” En ese sentido, se indicó que se requiere de un análisis pormenorizado del fondo, lo cual no corresponde a ese momento procedimental, ya que se podría incurrir en algún eventual adelanto de opinión; por lo que, se reservó el derecho de pronunciarse, mediante el presente Dictamen, respecto al carácter flagrante del incumplimiento alegado por la reclamante.
- [15] Con fecha 21 de junio de 2018, se recibió el correo electrónico del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información de la República del Ecuador, mediante el cual, en referencia a la reunión informativa dispuesta por la SGCAN, consulta si es necesario contar con la participación de una delegación de dicho País Miembro en la reunión convocada.
- [16] Al respecto, mediante Comunicación SG/E/SJ/1203/2018 de 26 de junio de 2018, la SGCAN informó que de conformidad con el artículo 18 de la Decisión 623, este Órgano comunitario tiene la obligación de informar a los Países Miembros sobre las reuniones de información complementaria que convoque, las cuales tiene como finalidad recabar mayor información de las partes en la controversia. Sin perjuicio de lo anterior, se informó que de acuerdo a lo señalado en la Comunicación SG/E/SJ/1160/2018, la reunión ha sido reprogramada para el 19 de julio del año en curso.
- [17] Con fecha 19 de julio de 2018 se llevó a cabo la reunión informativa en la sede de la Secretaría General de la Comunidad Andina, con la participación de los representantes de las Partes en el presente procedimiento.
- [18] Mediante Oficio No. 033-2018-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de 20 julio de 2018, recibido en esta Secretaría General en la misma fecha, la República del Perú presentó su contestación al Reclamo; la que fue puesta en conocimiento de la reclamante mediante Comunicación SG/E/1371/2018 de 23 de julio de 2018.
- [19] Con fecha 20 de julio de 2018 se recibió de parte de la reclamante el escrito “Conclusiones de la reunión de información complementaria o facilitadora celebrada el 19 de julio de 2018”; el que fue puesto en conocimiento de la reclamada mediante Comunicación SG/E/1370/2018 de 23 julio de 2018.



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

[20] La reclamante señala que la República del Perú, específicamente, la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, incumplió con solicitar interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, "TJCA"), respecto de las siguientes normas del ordenamiento jurídico andino:

- (i) los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 462, "Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberación del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina"²; y,
- (ii) los artículos 1 y 5 de la Decisión 707, "Registro Andino para la autorización de Satélites con Cobertura sobre Territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina"³.

[21] Adicionalmente, la reclamante indica que la Corte Suprema debió tramitar, de oficio o a petición de parte, la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA, antes de expedir la Sentencia No. 474-2016 de fecha 27 de septiembre de 2017; y, para ello, suspender el proceso hasta recibir la Interpretación Prejudicial.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES.-

4.1. Argumentos de la Reclamante:

Escrito de reclamo

[22] La reclamante señala que la Corte Suprema incumplió lo dispuesto en el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 123 de la Decisión 500 al no haber tramitado la interpretación prejudicial obligatoria antes de expedir la sentencia del 27 de septiembre de 2017, dentro del trámite del recurso extraordinario de casación, en el que se debieron aplicar varias normas del ordenamiento andino, especialmente los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 462 y de los artículos 1 y 5 de la Decisión 707.⁴

[23] La reclamante manifiesta que la Corte Suprema incumplió lo señalado en los artículos 35 y 36 del Tratado de Creación del TJCA, y los artículos 127 y 128 de la Decisión 500, pues, al no haber tramitado la interpretación prejudicial, no cumplió con la obligación de adoptarla en su sentencia. Tampoco cumplió con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones de dicho Tratado, y no observó lo establecido en el mismo como juez o tribunal nacional; y menos aún cumplió con la obligación de enviar la sentencia que emitió al TJCA.⁵

[24] Adicionalmente, la reclamante precisa que la importancia de la interpretación prejudicial obligatoria radica en que la resolución de la controversia en sede nacional se centraría en determinar si la provisión de capacidad satelital debe ser considerada un servicio prestado fuera del territorio peruano (en atención a lo dispuesto en las Decisiones 462 y 707) y, por tanto, no afecto al Impuesto a la Renta (según la legislación nacional peruana); o si, por el contrario, sería una cesión en uso de bienes intangibles utilizados

² Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, acápite V.

³ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, acápite VI.

⁴ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.6.

⁵ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.7.



en el país y, en consecuencia, afecto al impuesto a la renta (conforme a la legislación nacional del Perú).⁶

- [25] La reclamante indica que en ochenta y cinco (85) fallos del TJCA se ha señalado que el juez nacional está obligado a suspender el proceso cuando se encuentra obligado a tramitar la interpretación prejudicial. Adicionalmente, la reclamante cita la Interpretación Prejudicial del Proceso 89-IP-2013, para sustentar que para resolver la controversia era necesario que el TJCA emitiera interpretación prejudicial acerca de la aplicación uniforme de la Decisión 462.⁷
- [26] Por otro lado, indica que la Corte Suprema al no haber dispuesto y tramitado la interpretación prejudicial obligatoria incumplió sus obligaciones de hacer, vulnerando lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁸

Escrito "Comentarios de Telefónica del Perú a la Comunicación SG/E/SJ/1051/2018 por la cual se retiró la calificación de flagrancia"

- [27] La reclamante alegó que el reclamo recae sobre aspectos sustantivos⁹ sobre los cuales el TJCA se ha pronunciado con anterioridad, por los que la SGCAN debe calificar como flagrante el presunto incumplimiento de la República del Perú.¹⁰

Escrito "Conclusiones de la reunión de información complementaria o facilitadora celebrada el 19 de julio de 2018"¹¹

- [28] Con motivo de este escrito, la reclamante abunda respecto a la importancia de la Interpretación Prejudicial que debió realizarse, según lo alegado por ésta. Así, señala que la controversia en los términos planteados por la autoridad tributaria peruana sugiere que la prestación de capacidad satelital es el aprovechamiento de un bien en territorio nacional. Sin embargo, tal conclusión difiere de las definiciones contenidas en las Decisiones 707 y 462; por lo que resulta necesario la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA, ya que sin dicha interpretación la Sentencia de la Corte Suprema es violatoria de las normas de la Comunidad Andina.¹²

4.2. Argumentos de la Reclamada:

- [29] La reclamada manifiesta que la Corte Suprema al no requerir la interpretación prejudicial al TJCA actuó de acuerdo a sus competencias y sin vulnerar el ordenamiento comunitario, puesto que en ninguna de las etapas administrativa o judicial se controvertió norma comunitaria, y no resultaba aplicable ninguna norma andina para la resolución de la controversia.¹³

⁶ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 6.7.

⁷ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 6.4.3.

⁸ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.5.

⁹ La reclamante aclara que no alegó como causal para la declaratoria de la flagrancia, que el incumplimiento sea evidente. Ver. Escrito presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 14 de junio de 2018, "Comentarios de Telefónica del Perú a la comunicación SG/E/SJ/1051/2015 por la cual se retiró la calificación de flagrancia", párrafo 2.5 y 2.6.

¹⁰ Escrito presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 14 de junio de 2018, "Comentarios de Telefónica del Perú a la comunicación SG/E/SJ/1051/2015 por la cual se retiró la calificación de flagrancia", párrafo 2.6.

¹¹ Cabe mencionar que en dicho escrito se hicieron referencias a otros procesos judiciales en sede nacional seguidos por la reclamante; sin embargo, para efectos del presente procedimiento, no resulta relevante tomar en cuenta las actuaciones procesales correspondientes a dichos procesos.

¹² Escrito presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 20 de julio de 2018, "Conclusiones de la reunión de información complementaria o facilitadora celebrada el 19 de julio de 2018", párrafo 5.2.

¹³ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafos 20 a 26.



- [30] Asimismo, la reclamada señala que la materia controvertida es de carácter íntegramente tributario, y no existe normativa en la Comunidad Andina que regule aspectos sobre la aplicación del impuesto a la renta en los Países Miembros. La única norma comunitaria sobre temas tributarios es la Decisión 578, referida a evitar la doble imposición.¹⁴
- [31] La reclamada indica que la controversia tuvo como origen los contratos suscritos entre el reclamante con empresas particulares, las cuales no se encuentran constituidas en el territorio de los Países Miembros de la CAN.¹⁵
- [32] La reclamada alega que las Decisiones 462 y 707 no regulan aspectos vinculados a la materia de la controversia ante la Corte Suprema, sino aspectos sobre la liberalización del comercio de telecomunicaciones y el registro de operadores satelitales. Asimismo, agregó que sobre la base de dichas Decisiones no se puede calificar la naturaleza de la transacción.¹⁶
- [33] La reclamada señala que las definiciones señaladas en el artículo 1 de la Decisión 462 y en el artículo 2 de la Decisión 707 no pueden extrapolarse o emplearse para otros casos como los referidos a temas tributarios, pues exceden el ámbito de aplicación de las referidas Decisiones.¹⁷
- [34] Respecto a lo indicado por la reclamante, referido a la aplicación de la Decisión 462 con base a lo dispuesto en la Interpretación Prejudicial del Proceso 89-IP-2013, la reclamada manifiesta que en dicho proceso la materia de análisis difiere del examinado en el procedimiento seguido ante la Corte Suprema peruana, puesto que no se centra en una controversia de carácter tributario.¹⁸
- [35] Asimismo, la reclamada indica que el TJCA no podría interpretar si el servicio satelital prestado a la reclamante fue brindado dentro o fuera del territorio peruano sin evaluar los hechos. Ello, más aún si las Decisiones 462 y 707 no establecen alguna pauta para realizar dicha evaluación.¹⁹
- [36] Por otro lado, respecto al presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA, la reclamada precisa que la obligación asumida en el referido artículo 4 tiene un carácter general, obligando a los Países Miembros a garantizar que se adopten las medidas correspondientes.²⁰
- [37] En relación al carácter flagrante del incumplimiento, la reclamada alega que la controversia ante la Corte Suprema ha versado sobre el impuesto a la renta, mientras que las normas invocadas por la reclamante regulan aspectos sobre la liberalización del comercio de telecomunicaciones y el registro de operadores satelitales; en ese sentido, es imposible que la SGCAN considere que existe un incumplimiento flagrante.²¹

¹⁴ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafos 27 a 38.

¹⁵ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafo 42.

¹⁶ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafo 38 a 74.

¹⁷ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafos 40 y 69.

¹⁸ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafos 57 a 67.

¹⁹ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafo 81.

²⁰ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafos 98 a 103.

²¹ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafos 104 a 109.



V. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS.-

5.1. Respeto a las cuestiones de procedimiento.-

5.1.1. Competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto:

- [38] 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.
- [39] Está reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario y la jurisprudencia andina que en la acción de incumplimiento se verifica cualquier medida, *“sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense (...) sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino”*²².
- [40] Asimismo, el TJCA ha señalado lo siguiente:

*“Por otro lado, este Tribunal considera pertinente señalar que, el hecho que el juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido mediante la denominada “acción de incumplimiento”, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal. (...)”*²³. (El énfasis nos corresponde)

- [41] Al respecto, con fecha 4 de mayo de 2018, se recibió por parte de la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. un reclamo contra la República del Perú, por el presunto incumplimiento de los artículos 4, 33, 35 y 36 del TCTJCA y los artículos 123, 127 y 128 de la Decisión 500, con motivo de la expedición de la sentencia de casación No. 474-2016 de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de dicho País Miembro, la cual habría sido emitida sin haber mediado la consulta prejudicial al TJCA.
- [42] En ese sentido, de conformidad con lo expuesto, se advierte que la Secretaría General es competente para conocer el reclamo planteado.

5.1.2. Sobre si el reclamo cumple los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623:

- [43] La reclamada no ha objetado el cumplimiento de los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623, analizados mediante Comunicaciones SG/E/SJ/839/2018 de fecha 10 de mayo de 2018 y SG/E/SJ/913/2018 de fecha 23 de mayo de 2018.
- [44] Sin perjuicio de ello, mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1051/2018 de fecha 6 de junio de 2018 y SG/E/SJ/1146/2018 de fecha 19 de junio de 2018, la Secretaría General se reservó el derecho de analizar el carácter flagrante del incumplimiento mediante el

²² Sentencia de fecha 8 de diciembre de 1998 del Proceso 03-AI-97.

²³ Interpretación Prejudicial de fecha 21 de abril de 2010 del Proceso 106-IP-2009.



presente Dictamen. Ello, en atención a que se requería de un análisis pormenorizado del fondo para que esta Secretaría emita pronunciamiento al respecto.

5.2. Respeto a las cuestiones de Fondo.-

5.2.1. El alegado incumplimiento de los artículos 33 y 36 del Tratado de Creación del TJCA y los artículos 123 y 128 de la Decisión 500:

- [45] El asunto principal del reclamo versa sobre el presunto incumplimiento de los artículos 33 y 36 del Tratado de Creación del TJCA²⁴ y los artículos 123 y 128 de la Decisión 500²⁵; los cuales contienen disposiciones referidas a la interpretación prejudicial por parte del TJCA, de normas del ordenamiento jurídico comunitario que los jueces nacionales de los Países Miembros conozcan.
- [46] En consideración a ello, corresponde traer a colación las condiciones y parámetros referidas a la obligatoriedad de la interpretación prejudicial, conforme a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y a los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJCA.
- [47] Sobre el particular, el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA establece que los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas. En esa misma línea, el artículo 123 de la Decisión 500 señala que, de oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se

²⁴ Los artículos 33 y 36 del TCTJCA establecen:

“Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

[...]

Artículo 36.- Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección.”

²⁵ Los artículos 123 y 128 de la Decisión 500 establecen:

“Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

[...]

Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial

Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.”



controvierta alguna norma andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal.

- [48] Por su parte, el artículo 36 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 128 de la Decisión 500 disponen que los Países Miembros velarán por el cumplimiento y la observancia, por parte de los jueces nacionales, de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.
- [49] Asimismo, en reiterada jurisprudencia²⁶, el TJCA ha dejado establecido lo siguiente, respecto de la interpretación prejudicial:

*“- Es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, (...) **interpreta en forma objetiva** la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno.³ **Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario** (...).*

*- En efecto, la función del Tribunal comunitario en estos casos, es la de **interpretar** la norma comunitaria **desde el punto de vista jurídico**, es decir buscar el significado para **precisar su alcance**; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia.⁴ (...)*

(...)

*- Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno –o si solo fuera procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria⁵-, están obligados, en todos los procesos en los que **deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial**, (...).*

*- En los casos en los que la consulta de interpretación prejudicial sea obligatoria (...), el planteamiento de la solicitud lleva consigo la **suspensión del proceso interno hasta que el Tribunal comunitario se pronuncie**, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia⁸ y en una solemnidad inexcusable e indispensable⁹ que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, **cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento** (...).¹⁰*

*- la interpretación prejudicial **no es ni puede asimilarse a una prueba**, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal.¹¹ (...)*

(...)

*- Requerida la interpretación prejudicial, pasa a ser de **la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar**, adicionando o*

²⁶ Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015, Interpretación Prejudicial de fecha 17 de febrero de 1994 del Proceso 6-IP-93, Interpretación Prejudicial de fecha 3 de setiembre de 1999 del Proceso 30-IP-99, Interpretación Prejudicial de fecha 3 de diciembre de 1987 del Proceso 01-IP-87, Interpretación Prejudicial de fecha 25 de setiembre de 1990 del Proceso 3-IP-90, Interpretación Prejudicial de fecha 29 de agosto de 1997 del Proceso 11-IP-96, e Interpretación Prejudicial de fecha 10 de abril de 2002 del Proceso 01-IP-2002.

restringiendo, según el asunto de que se trate, (...).¹⁴ⁿ (Énfasis agregado y notas al pie omitidas)

[50] Adicionalmente, el TJCA ha dispuesto cuáles son los parámetros que corresponde observar, a fin de conocer si un juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial:

*“De conformidad con lo previsto en los Artículos 33 del Tratado de Creación Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 123 de su Estatuto, como **parámetros** que deberán observarse a fin de **conocer con certeza si un Juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial** a este Tribunal, tenemos los siguientes:*

- *Que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones.*
- *Que, ante tal invocación, cualquier otra de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de dicha norma andina, o de otras normas andinas, como sustento de sus alegaciones.*
- *Que el juez nacional que va a resolver la causa **necesariamente** tenga que **aplicar una norma andina para fallar el asunto**, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.*

Estos parámetros no son concurrentes, pero el último es necesario para establecer la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial.²⁷ (Énfasis agregado)

[51] A la luz de las consideraciones expuestas y los parámetros previamente señalados, corresponde que esta Secretaría General verifique si la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema del Perú se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial. Para dichos efectos, resulta pertinente hacer alusión, de manera sucinta, a los hechos y a las actuaciones procesales relevantes, y a las cuestiones controvertidas en sede nacional.

a. Síntesis de los hechos, de las actuaciones procesales relevantes y de las cuestiones controvertidas en sede nacional:

[52] A partir de la información que obra en el Expediente, esta SGCAN entiende que los hechos, las actuaciones procesales y las cuestiones controvertidas en sede nacional fueron las siguientes:

(i) Hechos y actuaciones procesales relevantes:

[53] La reclamante celebró, en los años 2001 y 2002, contratos con las siguientes personas jurídicas²⁸ (consideradas no domiciliadas conforme a la normativa tributaria peruana): i)

²⁷ Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015.

²⁸ Páginas 14 y 15 de la Sentencia Casación No. 474-2016.



Satélites Mexicanos Sociedad Anónima de C.V. (SATMEX)²⁹; ii) PanAmSat³⁰; e, iii) Intelsat Global & Marketing³¹.

- [54] En el año 2005, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, "SUNAT" o "autoridad tributaria", indistintamente) inició procedimientos de fiscalización para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la reclamante, y, como consecuencia de ello, emitió Resoluciones de multa, en las cuales señaló que la reclamante había incumplido con efectuar la retención de impuesto a la renta a personas jurídicas no domiciliadas (referidas en el párrafo precedente) que prestan servicios satelitales.
- [55] La reclamante inició un procedimiento contencioso en sede administrativa, el cual concluyó con la Resolución del Tribunal Fiscal No. 13310-9-2010 de 27 de octubre de 2010, mediante la cual el Tribunal Fiscal peruano resolvió revocar las Resoluciones de Multa emitidas por la autoridad tributaria peruana.
- [56] La SUNAT interpuso demanda contenciosa administrativa contra el Tribunal Fiscal peruano y la reclamada, solicitando, como pretensión principal, que se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 13310-9-2010 y, como pretensión accesorias, que se ordene al Tribunal Fiscal emitir una nueva resolución, declarando la validez de las Resoluciones emitidas por la SUNAT.³²
- [57] El Vigésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad Tributaria y Aduanera de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda interpuesta por la SUNAT, precisando que la reclamante no se encontraba obligada a efectuar las retenciones al impuesto a la renta por los servicios recibidos por las personas jurídicas no domiciliadas.³³
- [58] La SUNAT interpuso Recurso de Apelación, el cual fue declarado fundado por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la Resolución emitida por la primera instancia, y confirmando la validez de las Resoluciones de Multa emitidas por la SUNAT en sede administrativa.
- [59] El Tribunal Fiscal y la reclamante interpusieron Recursos de Casación, los cuales fueron declarados infundados mediante la Sentencia Casación No. 474-2016 de fecha 27 de setiembre de 2017.

(ii) Cuestión controvertida en sede nacional:

- [60] Según lo señalado por la reclamante, "(...) *la resolución de la controversia pasa por decidir si la capacidad satelital debe ser considerada un servicio prestado fuera del Perú, al tratarse –valga la redundancia– de una prestación de servicios en un espacio distinto al territorio nacional (el espacio exterior ubicado a 36,000 km de distancia de la tierra) y; por tanto, no afecto al Impuesto a la Renta; o si, por el contrario, serían una cesión en uso de bienes intangibles utilizados en el país y; en consecuencia correspondería la aplicación*

²⁹ Mediante el cual SATMEX se compromete a proporcionar a Telefónica del Perú el servicio internacional de conducción de señales por satélite, de conformidad con los términos, condiciones, modalidades técnicas, legales y tarifarias contenidas en el contrato y en sus anexos.

³⁰ Mediante el cual PanAmSat se obliga a proporcionar en cada reunión de servicio los parámetros de transmisión aplicables y/o las normas de servicio.

³¹ Telefónica del Perú suscribió con Intelsat Global & Marketing un contrato de servicio de alquiler "en el cual el cliente podrá encargar nuevos servicios de alquiler después de la fecha del cierre con el consentimiento de la sociedad, con la que habrá acordado las condiciones correspondientes".

³² Páginas 4 y 5 de la Sentencia de Casación No. 474-2016.

³³ Página 6 de la Sentencia de Casación No. 474-2016.



del inciso b.- del artículo 9° del TUO de la ley del Impuesto a la Renta.”³⁴ (El énfasis del texto original ha sido omitido)

[61] Por su parte, la reclamada indica que el proceso en sede nacional “(...) tiene como materia controvertida determinar si Telefónica debió o no retener el impuesto a la renta de las transacciones realizadas con las empresas (...)”³⁵ Asimismo, precisa que la norma pertinente para resolver la materia controvertida es “(...) de carácter nacional y tributario; a saber, el artículo 177 del Código Tributario y el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (...)”³⁶

[62] Asimismo, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia Casación No. 474-2016 de la Corte Suprema, la cuestión controvertida en sede nacional consistió en lo siguiente:

“TERCERO: Cuestión en debate

*La cuestión controvertida consiste en determinar si corresponde que Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta efectúe la retención del Impuesto a la Renta por concepto de renta gravada de fuente peruana respecto de las personas jurídicas no domiciliadas con las cuales celebró contratos referidos a la provisión de servicios satelitales, ello en aplicación de lo previsto en el inciso b) del artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 054-99-EF.”*³⁷

[63] Cabe indicar que la Corte Suprema resolvió³⁸ la cuestión controvertida, motivando su decisión, en los siguientes aspectos de fondo:³⁹

- “10.5. (...) se advierte que las empresas SATMEX, PanAmSat e Intelsat **prestan el servicio** de segmento espacial a Telefónica del Perú, para tal efecto emiten las frecuencias de acceso a sus respectivos satélites, así como sus parámetros de operación respectivos, a fin de que la empresa recurrente pueda recepcionarlas a través de su **estación terrena**, utilizando para ello el **espectro radioeléctrico** del país, esto es las frecuencias de ondas de radio electromagnéticas, **sin las cuales** no sería posible la transmisión de la información y por ende SATMEX, PanAmSat e Intelsat **no podrían brindar el servicio** de segmento espacial a Telefónica del Perú.” (Énfasis agregado)
- “10.7. (...), de los informes presentados durante el procedimiento administrativo, así como de la revisión de los contratos suscritos, se colige que **para llevarse a cabo la operación de segmento espacial se utiliza el espectro radioeléctrico del país, así como las estaciones terrenas ubicadas en el territorio nacional**, (...)” (Énfasis agregado)
- “10.8. Debiéndose agregar que **al utilizarse la estación terrena ubicada en el país, así como, el espectro radioeléctrico nacional**, respecto del cual el estado peruano es soberano en su aprovechamiento, **la operación satelital no termina o concluye en el espacio exterior**, sino que **parte de ella se**

³⁴ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 6.7.

³⁵ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafo 30.

³⁶ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafo 31.

³⁷ Página 16 de la Sentencia de Casación No. 474-2016.

³⁸ La Decisión de la Corte Suprema en la Sentencia Casación No. 474-2016 fue la siguiente: “Declararon INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por: i) (...) Tribunal Fiscal; ii) Telefónica del Perú (...); en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista, de fecha (...), que revocó la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda, y reformándola declaró fundada la misma.”

³⁹ Páginas 34, 35, 36 y 40 de la Sentencia Casación No. 474-2016 de fecha 27 de setiembre de 2017. La Corte Suprema analiza la infracción normativa de los incisos b) y c) del artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.



realiza en el territorio nacional, con la utilización de bienes en el país."
(Énfasis agregado)

- "11.1. El inciso b) del artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (...) señala: 'En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones (...) se considera rentas de fuente peruana: Las producidas por capitales, bienes o derechos (...) situados físicamente o colocados o utilizados económicamente en el país (...)'" (Énfasis agregado)
- "11.12. (...) los bienes – espectro radioeléctrico y estación terrena- fueron utilizados económicamente en el país para que se lleve a cabo la actividad económica que realizó Telefónica del Perú con las empresas no domiciliadas, entendiéndose por actividad económica en el presente caso al servicio de capacidad satelital recibido por la empresa recurrente, en consecuencia el pago realizado por Telefónica del Perú a SATMEX, PanAmSat e INTELSAT por concepto de la operación de capacidad satelital constituye renta de fuente peruana." (Énfasis agregado)

[64] Nótese que en la Sentencia Casación No. 474-2016, la Corte Suprema no niega ni contradice que la provisión de capacidad satelital se trate de un servicio; sino, la Corte Suprema señala que dicha operación involucra bienes (como el espectro radioeléctrico y las estaciones terrenas) que son utilizados económicamente en el país, y que, debido a ello, la operación se encuentra gravada con impuesto a la renta, conforme a lo dispuesto en la normativa nacional peruana.⁴⁰

b. Respecto a si la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia se encontraba obligada a solicitar la interpretación prejudicial:

[65] En el caso bajo análisis el acto supuestamente infractor (la ausencia de solicitud prejudicial) habría sido incurrido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con motivo de la expedición de la Sentencia Casación No. 474-2016, sin que previamente dicha Sala haya solicitado interpretación prejudicial obligatoria.

[66] Al respecto, de acuerdo con el artículo 123 del de la Decisión 500, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación al Tribunal.

[67] En reiterada jurisprudencia, el TJCA⁴¹ ha señalado lo siguiente:

⁴⁰ Sin perjuicio de ello, cabe indicar que, en la Sentencia Casación No. 474-2016, la Corte Suprema también analizó: i) infracción normativa del inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, así como del inciso 6) del artículo 50 y el artículo 266 del Código Procesal Civil (por supuesta incongruencia *extra petita*); ii) infracción normativa del inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, así como el inciso 6) del artículo 50 y el artículo 121 del Código Procesal Civil (por supuesta falta de debida motivación); e, iii) infracción normativa de la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario, de los numerales 2.9) y 3) del artículo V y numeral 2) del artículo VI del Título Preliminar de la Ley No. 27444; así como del artículo 144 del Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAT (relacionado a la aplicación retroactiva de un criterio emitido por la SUNAT). Adicionalmente, la Corte Suprema analizó Informes Técnicos y cláusulas de los contratos celebrados por Telefónica con las personas jurídicas no domiciliadas, y la naturaleza del uso de satélites de comunicaciones, precisando que: "(...) el satélite usa el segmento espacial para efectos de transmitir información a través del espectro radioeléctrico por lo que, el uso de la capacidad satelital constituye un bien intangible, sujeto a cesión o cualquier otra modalidad contractual."

⁴¹ Interpretación Prejudicial de fecha 8 de octubre de 2013 del Proceso 168-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 6 de octubre de 2013 del Proceso 127-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 25 de setiembre de 2013 del Proceso 128-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 2 de octubre de 2013 del Proceso 132-IP-2013, Interpretación Prejudicial



“En consecuencia, **el juez nacional, en este caso la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, debe actuar como juez comunitario andino** y, en efecto, desempeñarse como el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del ordenamiento subregional, lo que implica, por supuesto básico, su correcta y uniforme aplicación.

En este orden de ideas, **el juez que conozca un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino**, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada. **Este juez nacional, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario** y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última instancia cumplió con su misión de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito toral.

También es muy importante tener en cuenta que **el juez extraordinario debe consultar al Tribunal**, tanto por las normas comunitarias que se refieren a la interpretación prejudicial obligatoria, como por las normas comunitarias alegadas por el recurrente. (...)” (Énfasis agregado)

- [68] En vista a lo señalado por el TJCA, el juez extraordinario, en su calidad de juez nacional, tiene el deber de hacer primar el orden comunitario andino por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, por tanto, dicho juez debe solicitar interpretación prejudicial al TJCA cuando corresponda.
- [69] Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto por el TJCA en el Proceso 01-AI-2015, a fin de conocer con certeza si un juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial, deben observarse los siguientes parámetros:
- (i) Que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones o que cualquier de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de dicha norma andina, o de otras normas andinas, como sustento de sus alegaciones.
 - (ii) Que el juez nacional que va a resolver la causa necesariamente tenga que aplicar una norma andina para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.
- [70] Cabe mencionar que dichos parámetros no son concurrentes, pero el último será necesario para establecer la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial.



[71] Tomando en consideración los referidos parámetros, en las siguientes líneas se verifica si la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú se encontraba o no obligada a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA.

(i) **Respecto a que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones, o que se haya controvertido la interpretación o aplicación de una norma andina como sustento de las alegaciones de las partes:**

[72] Sobre el particular, no obra en el Expediente prueba alguna que permita verificar que la reclamante haya fundamentado sus escritos durante la etapa administrativa o judicial en una posible indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

[73] Por el contrario, a partir de la revisión de la Resolución No. 3 SCST de fecha 23 de abril de 2018, de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, presentada como medio probatorio por la reclamante⁴², se observa que dicha Sala indicó lo siguiente:

“CUARTO.- evaluando el pedido de remitir los autos al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se advierte de la revisión de los autos, que ninguna de las partes ha denunciado normas relacionadas a la comunidad andina, ni durante la etapa administrativa, ni durante la etapa judicial, tanto en primera como en segunda instancia, no se han invocado en el petitorio o durante la tramitación de los procesos, normas que merezcan interpretación alguna por este Tribunal de Justicia, por lo tanto no corresponde la suspensión ni remisión de los autos, tal como solicita el recurrente.” (Énfasis agregado)

[74] En ese sentido, esta Secretaría General entiende que las disposiciones contenidas en las Decisiones 462 y 707 recién fueron invocadas con la solicitud de interpretación prejudicial de fecha 4 y 16 de abril de 2018⁴³, esto es presentada con posterioridad a la adopción de la Sentencia de Casación del 27 de setiembre de 2017 materia de cuestionamiento, (La Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria señala en las Resoluciones N°- 3 SCST de 23 de abril de 2018 y S/N – 3 SCST de 8 de mayo de 2018, medio probatorio presentado por la reclamante⁴⁴, que el proceso se encuentra resuelto desde la fecha de la vista de la causa, esto es el 27 de setiembre de 2017).

[75] En virtud a ello, esta Secretaría considera que no se invocó ni se controvertió (entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida, con opiniones contrapuestas, sobre normas andinas⁴⁵) la interpretación o aplicación de una

⁴² Medio probatorio presentado mediante el Anexo 2.1 del escrito de la reclamante, recibido por la SGCAN el 17 de mayo de 2018.

⁴³ En la Resolución No. 3 SCST de fecha 23 de abril de 2018, la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú señala en su considerando primero, que las solicitudes de interpretación fueron presentadas el 4 y 16 de abril de 2018:

*“PRIMERO.- La recurrente **Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta**, mediante escrito de fecha cuatro y dieciséis de abril del presente año, solicita que se oficie al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que se emita interpretación prejudicial obligatoria, respecto de la presente controversia, en la cual – según su parecer – resultan aplicables las normas contenidas en la Decisión 462 y en la Decisión 707, y que según afirma son obligatorias para la continuación del presente proceso (...).” (El subrayado nos pertenece)*

⁴⁴ Medio probatorio presentado mediante el Anexo 2.2 del escrito de la reclamante, recibido por la SGCAN el 17 de mayo de 2018.

⁴⁵ Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso 01-AI-2015.

norma del ordenamiento jurídico andino, como sustento de las alegaciones de las partes del proceso nacional.

- [76] No obstante, es menester precisar que, conforme ha dispuesto el TJCA, aun cuando la norma andina no haya sido invocada o controvertida por las partes en el proceso nacional, el juez nacional debe solicitar, de oficio o a petición de parte, interpretación prejudicial cuando advierta que para resolver la causa es necesario aplicar dicha norma andina. Sobre este punto, se evalúa en el siguiente numeral.

(ii) Respecto a que el juez nacional debía necesariamente aplicar normas andinas para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes:

Alegatos de la reclamante

- [77] Sobre el particular, la reclamante ha señalado que “(...) para resolver la controversia era necesario que el TJCA emitiera su concepto prejudicial acerca de la aplicación uniforme de los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 462 y de los artículos 1 y 5 de la Decisión 707, (...)”⁴⁶
- [78] La reclamante sostiene que, a partir de lo establecido en los artículos 1 y 3 de la Decisión 462, así como lo señalado por el TJCA en la Sentencia 89-IP-2013, lo regulado en dicha Decisión aplica a los servicios de provisión de capacidad satelital.⁴⁷
- [79] Asimismo, respecto al artículo 2 de la Decisión 462, la reclamante señala que, de las definiciones de “telecomunicaciones” y “servicios de telecomunicaciones” se concluye que: “(...) los contratos para el suministro de servicios de capacidad satelital por corresponder a un conjunto de funciones (...) ofrecidas por un Proveedor (...) que se soporta en redes de telecomunicaciones (...), son contratos de servicios.”⁴⁸ Adicionalmente, en relación a la definición de “Proveedor, Operador o Prestador de Servicios” la reclamante indica que: “[e]s claro que un proveedor de servicios de capacidad satelital presta servicios de telecomunicaciones que trascienden el ámbito estrictamente nacional porque un proveedor de servicios de capacidad satelital ofrece sus servicios a cliente o usuarios ubicados en numerosos países en los cuales tiene cobertura el respectivo satélite, (...)”⁴⁹
- [80] Por otro lado, en cuanto a la aplicación de los artículos 1 y 5 de la Decisión 707, la reclamante manifiesta que, la provisión de capacidad satelital “(...) No se puede tratar de una cesión, porque la propia norma habla de ‘provisión’ o ‘prestación’ de capacidad satelital y la cesión ni se presta ni se provee; una cesión (en uso) es la entrega de algo para que se use. De hecho, quien recibe algo cedido, actúa respecto de ese bien ejerciendo alguno de los atributos del propietario, y es evidente que la transmisión y retransmisión de señales en un satélite, no tienen nada que ver con eso.”⁵⁰ Adicionalmente, alega que las definiciones de “Satélite” y “Sistema satelital” (artículo 1 de la Decisión 707) y lo referido a las obligaciones del operador satelital (artículo 5 de la Decisión 707), “(...) utilizan verbos que son incompatibles con una cesión de uso y, por el contrario, indican que se refieren a servicios.”⁵¹

⁴⁶ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.2.3.

⁴⁷ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.3.5.

⁴⁸ Escrito presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 20 de julio de 2018, “Conclusiones de la reunión de información complementaria o facilitadora celebrada el 19 de julio de 2018”, párrafo 3.2.3.

⁴⁹ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.3.12.

⁵⁰ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.3.21.

⁵¹ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.3.23.



- [81] Finalmente, la reclamante precisa que la interpretación prejudicial permitiría garantizar la aplicación uniforme de las Decisiones 462 y 707 respecto a lo siguiente: i) si la provisión de capacidad satelital es un servicio de telecomunicaciones; ii) si dicho servicio puede ser considerado como trasfronterizo o internacional; o, iii) si la prestación del servicio de capacidad satelital puede considerarse prestado exclusivamente en territorio peruano.⁵²

Alegatos de la reclamada

- [82] Por su parte, la reclamada señala que la materia controvertida es de carácter íntegramente tributario, y no existe normativa en la Comunidad Andina que regule aspectos sobre la aplicación del impuesto a la renta en los Países Miembros.
- [83] Asimismo, la reclamada indica que la controversia tuvo como origen los contratos suscritos entre el reclamante con empresas particulares, las cuales no se encuentran constituidas en el territorio de los Países Miembros de la CAN. En virtud a ello, las Decisiones 462 y 707 no son de aplicación, porque las mismas no regulan aspectos entre los Países Miembros y terceros países.
- [84] La reclamada alega que las Decisiones 462 y 707 no regulan aspectos vinculados a la materia de la controversia ante la Corte Suprema, sino aspectos sobre la liberalización del comercio de telecomunicaciones y el registro de operadores satelitales. Asimismo, agregó que sobre la base de dichas Decisiones no se puede calificar la naturaleza de la transacción o el lugar en donde se presta, puesto que ello corresponde a la autoridad tributaria peruana, bajo la normativa tributaria peruana.
- [85] Adicionalmente, la reclamada señala que las definiciones señaladas en el artículo 2 de la Decisión 462 y en el artículo 1 de la Decisión 707 no pueden extrapolarse o emplearse para otros casos como los referidos a temas tributarios, pues exceden el ámbito de aplicación de las referidas Decisiones.
- [86] Respecto a lo indicado por la reclamante, referido a la aplicación de la Decisión 462 con base a lo dispuesto en el Proceso 89-IP-2013, la reclamada manifiesta que en dicho proceso la materia de análisis difiere del examinado en el procedimiento seguido ante la Corte Suprema peruana, puesto que no se centra en una controversia de carácter tributario.
- [87] Finalmente, la reclamada indica que el TJCA no podría interpretar si el servicio satelital prestado a la reclamante fue brindado dentro o fuera del territorio peruano sin evaluar hechos. Ello, más aún si las Decisiones 462 y 707 no establecen alguna pauta para realizar dicha evaluación.

Análisis SGCAN

- [88] Como ya se ha señalado en el presente Dictamen, la reclamante requirió a la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema que solicite la interpretación prejudicial al TJCA respecto de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 462 y los artículos 1 y 5 de la Decisión 707, en virtud a que -a su criterio- dichas disposiciones resultaban aplicables para la resolución de la controversia. No obstante, mediante la Resolución No. 3 SCST de fecha 23 de abril de 2018, la Corte Suprema declaró improcedente lo requerido por la reclamante, señalando lo siguiente:

“(…)

⁵² Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.4.



CUARTO.- evaluando el pedido de remitir los autos al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se advierte de la revisión de los autos, que ninguna de las partes ha denunciado normas relacionadas a la comunidad andina, ni durante la etapa administrativa, ni durante la etapa judicial, tanto en primera como en segunda instancia, no se han invocado en el petitorio o durante la tramitación de los procesos, normas que merezcan interpretación alguna por este Tribunal de Justicia, por lo tanto no corresponde la suspensión ni remisión de los autos, tal como solicita el recurrente.

(...)

SEXTO.- En ese sentido, el debate casatorio en la presente causa se ha ceñido a las infracciones normativas enunciadas en el considerando precedente [vinculadas a normas nacionales], planteadas por los propios litigantes en sus respectivos recursos de casación, sin que en ninguno de ellos se haga alusión o referencia a alguna norma que sea parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, como serían las mencionadas por Telefónica (...) en su escrito materia de estudio, estas son, las Decisiones N°s 462 o 707 de la Comisión de la Comunidad Andina.

SÉPTIMO. - Por lo tanto, no se aprecia que esta Sala hubiera incumplido con lo dispuesto en el artículo 33° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina o los artículos 121° y 123° del Estatuto de la Comunidad Andina (...)

Por tales consideraciones corresponde declarar: 1) *IMPROCEDENTE* el pedido de suspender y oficial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que se emita interpretación prejudicial obligatoria solicitada por Telefónica del Perú Sociedad Anónima Cerrada; e, (...).” (Énfasis agregado)

- [89] Al respecto, se aprecia que la Corte Suprema evaluó y se pronunció en forma expresa sobre la solicitud formulada por la reclamante, desestimando dicha solicitud en virtud a que: (i) la controversia se suscitó exclusivamente a la luz de normas nacionales; y, (ii) no se alegaron normas comunitarias andinas ni durante la etapa administrativa, ni durante la etapa judicial.
- [90] En relación a ello, es preciso indicar que no le corresponde a este Órgano Comunitario calificar o valorar las apreciaciones del juez nacional, quien es el único competente para evaluar si es procedente, previsible y necesaria la aplicación de una norma andina para resolver la controversia.⁵³
- [91] Al respecto, el TJCA ha indicado lo siguiente:

⁵³ Ello se ve reforzado con lo dispuesto en el Dictamen 02-2010 de fecha 24 de marzo de 2010, en donde esta SGCA señaló que: “(...), tanto en la fase prejudicial como judicial, los órganos comunitarios: i) no tienen a su disposición todos los actuados del proceso judicial en sede nacional en el que se ha emitido una decisión o sentencia, por lo que una revisión de ésta en cuanto a la solución que ha proporcionado a determinada controversia podría afectar la observancia del principio de verdad procesal que exige que la verdad en un proceso surja de los medios probatorios y de lo actuado íntegramente en el mismo; ii) no se encuentran habilitados para confrontar a las partes del proceso judicial en sede nacional, por lo que una revisión de la decisión o sentencia del juez nacional en cuanto a la solución que éste ha proporcionado a determinada controversia podría afectar la observancia del principio de contradicción o audiencia bilateral que exige que todos los actos de un proceso deban realizarse con conocimiento de las partes; y, iii) no disponen de competencia para calificar los hechos materia del proceso judicial en sede nacional, calificación que tampoco corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la tramitación de una solicitud de Interpretación Prejudicial aun cuando en este caso sí se dispone de un informe de los hechos que el juez nacional considera relevantes para la interpretación, lo que no ocurre en el contexto de una Acción de Incumplimiento.”



*“En otras palabras, **es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso**, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando, como hemos dicho, “Los jueces nacionales ... conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...”. **No basta por tanto que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica**. De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos.*

***Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial**, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal, **sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la litis**. De otra parte, no parece evidente, ni mucho menos, que tal condición se cumpla en el presente caso. (...).”⁵⁴ (Énfasis agregado)*

- [92] En ese sentido, es el juez nacional a quien le corresponde determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial del TJCA; ello, con la finalidad esencial de garantizar la aplicación correcta y uniforme del Derecho comunitario.
- [93] Sin perjuicio de lo anterior, esta Secretaría considera que el pronunciamiento de la Corte Suprema, respecto a la solicitud de interpretación prejudicial formulada por la reclamante, no compromete la aplicación uniforme y la vigencia del Derecho comunitario. Ello, *máxime* si el juez nacional no interpretó ni aplicó normas andinas para la resolución de la controversia en sede nacional mediante la Sentencia Casación No. 474-2016.
- [94] Ahora bien, la reclamante ha señalado que la interpretación prejudicial permitiría garantizar la aplicación uniforme de los artículos 1, 2 y 3 de Decisión 462 y los artículos 1 y 5 de la Decisión 707, respecto a lo siguiente: i) si la provisión de capacidad satelital es un servicio de telecomunicaciones; ii) si dicho servicio puede ser considerado como trasfronterizo o internacional; o, iii) si la prestación del servicio de capacidad satelital puede considerarse prestado exclusivamente en territorio peruano.⁵⁵ Así, sobre la base de ello, el juez nacional determinaría si la provisión de capacidad satelital se encuentra o no afecto al impuesto a la renta, conforme a la normativa peruana.
- [95] De acuerdo con el artículo 1 de la Decisión 462⁵⁶, dicha Decisión tiene como objetivo fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de

⁵⁴ Interpretación Prejudicial de fecha 26 de febrero de 1991 del Proceso 02-IP-91.

⁵⁵ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.4.

⁵⁶ El artículo 1 de la Decisión 462 establece:

“Artículo 1.- Objetivo

La presente Decisión tiene como objetivo fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un Mercado Común Andino de servicios, contribuyendo así al proceso de integración de la Subregión Andina.

Tendrá además los siguientes objetivos específicos:



telecomunicaciones, mediante la eliminación de restricciones y obstáculos a su libre comercio, la armonización de las normas para el mercado común, la adopción de definiciones comunes, y estimular la inversión en los servicios de telecomunicaciones. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la referida Decisión⁵⁷, la misma abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

- [96] El artículo 2 de la Decisión 462 establece, entre otras definiciones, las de “Proveedor, Operador o Prestador de Servicios”, “Servicios de Telecomunicaciones”, “Telecomunicaciones”, y se remite a otras definiciones contenidas en los Reglamentos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT y la Decisión 439:

“Artículo 2.- Definiciones

Para los efectos de la presente Decisión, se entiende por:

(...)

Proveedor, Operador o Prestador de Servicios: *Persona natural o jurídica habilitada por la Autoridad Nacional Competente para el suministro de servicios de telecomunicaciones ofrecidos al público.*

(...)

Servicios de Telecomunicaciones: *Conjunto de funciones, ofrecidas por un proveedor, que se soportan en redes de telecomunicaciones con el fin de satisfacer necesidades de los usuarios.*

(...)

Telecomunicaciones: *Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por líneas físicas, medios radioeléctricos, medios ópticos u otros medios electromagnéticos.*

(...)

Otras definiciones: *Para los demás términos y definiciones, esta Decisión se remitirá a lo contenido en los Reglamentos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- y la Decisión 439.⁵⁸*

- [97] A partir del tenor literal del artículo 2 no se aprecia disposiciones relacionadas a la naturaleza de los “*contratos para el suministro de servicios de capacidad satelital*”, como tampoco se observa que dichas definiciones dispongan expresamente que el “*proveedor de servicios de capacidad satelital presta servicios de telecomunicaciones que trascienden el ámbito estrictamente nacional*”, como ha indicado la reclamante.

a) Eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo al cronograma establecido en la presente Decisión;

b) Propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del Mercado Común Andino de telecomunicaciones;

c) Proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros;

d) Propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros.”

⁵⁷ El artículo 3 de la Decisión 462 establece:

“Artículo 3.- Alcance

La presente Decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión.”

⁵⁸ En la Interpretación Prejudicial de fecha del Proceso 89-IP-2013, el TJCA señaló que “[e]s importante aclarar en este punto que la “simple remisión” que la normativa comunitaria hace de la UIT y OMC, es un mero complemento a la regulación comunitaria andina en cuanto a la definición de ciertos términos (artículos 1 de la Decisión 462 y 2 de la Resolución 432). Esto no implica que se deban adoptar obligatoriamente las definiciones de la UIT, ya que deben ser consecuentes con las bases axiológicas de la normativa andina sobre la materia. Además, si entran en contradicción con la normativa comunitaria, sobre la base del principio de primacía, resultarían ser inaplicables. Por tal motivo, la autoridad competente deberá analizar si las definiciones o conceptos potencialmente aplicables podrían reñir con el sistema comunitario andino.”



- [98] Por otro lado, en el año 2008 se adoptó la Decisión 707 para el Registro Andino para la autorización de Satélites con Cobertura sobre el Territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina. En el artículo 1 de dicha Decisión se han establecido las definiciones de “Satélite” y “Sistema satelital”; tal como se puede apreciar a continuación:

“Artículo 1.- Definiciones

Para los efectos de la presente Decisión, se entiende por:

(...)

Satélite: *Objeto colocado en la órbita de los satélites geoestacionarios, provisto de una estación espacial con sus frecuencias asociadas, que le permite recibir, transmitir o retransmitir señales de radiocomunicación desde o hacia estaciones terrenas u otros satélites.*

(...)

Sistema satelital: *Uno o más satélites, con sus frecuencias asociadas, y sus respectivos centros de control, que operan en forma integrada para hacer disponible capacidad satelital para la prestación de servicios satelitales.”*

- [99] Por su parte, el artículo 5 de la Decisión 707 dispone lo siguiente, respecto de los Operadores Satelitales:

“Artículo 5.- Obligaciones del Operador Satelital

a) Los Operadores Satelitales sólo podrán prestar capacidad satelital a los operadores de servicios de telecomunicaciones que cuenten con la autorización o registro, expedido por las Autoridades Nacionales Competentes de los Países Miembros.

b) Los Operadores Satelitales comunicarán anualmente a la Secretaría General de la Comunidad Andina, los usuarios y el ancho de banda utilizados en cada País Miembro por cada satélite registrado, con el fin de reportarlo a las Autoridades Nacionales Competentes. La mencionada información se deberá enviar a más tardar el 31 de julio de cada año para el primer semestre, y el 31 de enero del año siguiente para el segundo semestre.”

- [100] Sobre el particular, se observa que los artículos 1 y 5 de la Decisión 707 no hacen referencia a la naturaleza de los contratos de provisión de capacidad satelital. Así, del tenor literal de dichos artículos no se desprende si tales contratos son únicamente contratos de servicio transfronterizo o si en la provisión de capacidad satelital están involucrados bienes (como el espectro radioeléctrico y la estación terrena).⁵⁹

- [101] En ese sentido, los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 462 y los artículos 1 y 5 de la Decisión 707 no regulan las operaciones satelitales realizadas por operadores satelitales, ni las actividades contractuales derivadas de éstas, como tampoco precisan si la provisión de capacidad satelital puede ser considerada transfronteriza o internacional o si puede considerarse prestada exclusivamente en el territorio de un País Miembro.⁶⁰

⁵⁹ En la Sentencia Casación No. 474-2016 (página 40) la Corte Suprema señala que los bienes espectro radioeléctrico y estación terrena fueron utilizados económicamente en el país para que se lleve a cabo la actividad económica (servicio de capacidad satelital), y, en consecuencia, el pago realizado por TELEFÓNICA por concepto de la operación de capacidad satelital constituye renta de fuente peruana.

⁶⁰ Cabe mencionar que la Secretaría General, como órgano administrativo, debe poder tramitar y encausar los procedimientos ante ella iniciados, y resolver conforme a derecho sobre el fondo de los mismos; lo cual implica necesariamente una actividad de **interpretación del orden jurídico comunitario**. Ello no puede confundirse con el ejercicio interpretativo que lleva adelante el TJCA con carácter de cosa juzgada en el marco de un procedimiento judicial y en particular en el de la interpretación prejudicial; tal como lo ha establecido el TJCA: **“No cabe duda tampoco de la necesidad que tiene la Secretaría General de hacer interpretación de la norma comunitaria para pronunciar su juicio acerca de la apertura y desarrollo de la investigación disciplinada por la Decisión 283, así como en torno a la procedencia y nivel de los derechos antidumping que establezca en la Resolución definitiva, puesto que la**

- [102] Adicionalmente, cabe notar que la Corte Suprema no niega ni contradice que la provisión de capacidad satelital se trate de un servicio; sino, señala que para que se lleve a cabo la provisión del servicio de capacidad satelital, bienes como el espectro radioeléctrico y las estaciones terrenas son utilizados económicamente en el país, y que, debido a ello, la operación se encuentra gravada con impuesto a la renta, conforme a lo dispuesto en la normativa nacional peruana (tal como se indicó en los párrafos [63] y [64] del presente Dictamen). En virtud a ello, aún en el supuesto que de las Decisiones 462 y 707 se desprenda que la provisión de capacidad satelital es un servicio, en el presente caso la reclamante no ha acreditado fehacientemente que dichas normas hubiesen sido necesarias para que el juez nacional pudiera resolver el asunto controvertido.
- [103] En este punto hay que señalar que por vía de la interpretación prejudicial, el TJCA no interpreta el contenido y alcance del derecho nacional ni califica los hechos materia de proceso, ya que se limita a precisar el contenido y alcance de las normas andinas, desde un punto de vista jurídico.⁶¹ En tal sentido, a modo general esta Secretaría General tiene a bien indicar que la interpretación prejudicial no se puede utilizar para reevaluar los actos jurisdiccionales nacionales o servir como un recurso de revisión o alzada de tales actos.
- [104] Ahora bien, en relación a lo alegado por la reclamante respecto a que de acuerdo con el Proceso 89-IP-2013, era necesario que el TJCA emitiera interpretación prejudicial respecto de la Decisión 462; es preciso señalar que la interpretación que realiza el TJCA es para cada caso en concreto por lo que la 'teoría del acto claro' no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino.⁶²
- [105] Por lo expuesto, se concluye que no se verifica que la causa fuera una en la que debía aplicarse el derecho comunitario andino y, por tanto, tampoco se verifica la obligación del juez nacional de solicitar la interpretación prejudicial en este caso; por lo que no se configura el incumplimiento de los artículos 33 y 36 del Tratado de Creación del TJCA ni de los artículos 123 y 128 de la Decisión 500.

5.2.2. El alegado incumplimiento de los artículos 35 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 127 de la Decisión 500, referido a la adopción de la interpretación prejudicial:

- [106] De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 127 de la Decisión 500, el juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.
- [107] Sobre el particular, considerando que el juez nacional no se encontraba obligado a solicitar interpretación prejudicial al TJCA, la República del Perú no ha incumplido las obligaciones emanadas de los artículos señalados en el párrafo precedente.

5.2.3. Sobre el alegado incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

Alegatos de la reclamante

*aplicación de la Decisión citada, por parte del órgano administrativo competente, presupone, por razones lógicas, la determinación de su significado y alcance. Y la interpretación jurídica que hace la Secretaría General, en sede administrativa, no impide ni se confunde con la que este Tribunal lleva a cabo en los juicios que pronuncia en torno a las solicitudes de interpretación prejudicial y a las controversias sometidas a su conocimiento, visto que, a diferencia de los que se encuentran a cargo de la autoridad administrativa, los pronunciamientos del Tribunal tienen autoridad de cosa juzgada.*⁶⁰ (Énfasis agregado)

⁶¹ Interpretación Prejudicial de fecha 7 de agosto de 1995 del Proceso 4-IP-94 e Interpretación Prejudicial de fecha 3 de diciembre de 1987 del Proceso 1-IP-87.

⁶² Interpretación Prejudicial de fecha 7 de agosto de 1995 del Proceso 04-IP-94.



- [108] Ahora bien, en el escrito de reclamo, la remante ha señalado que “[a]l no haber dispuesto y tramitado la interpretación prejudicial obligatoria, la Corte Suprema de Justicia incumplió sus obligaciones de hacer vulnerando lo dispuesto en el artículo 4° del Tratado de Creación del TJCA, y la amplia jurisprudencia de este último respecto de las obligaciones de hacer de los Países Miembros.”⁶³

Alegatos de la reclamada

- [109] Por su parte, la reclamada señala que respecto al presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA, la obligación asumida en el referido artículo 4 tiene un carácter general, obligando a los Países Miembros a garantizar que se adopten las medidas correspondientes.⁶⁴
- [110] Adicionalmente, la reclamada indica que “(...) el Gobierno del Perú no ha incumplido las obligaciones establecidas en el Tratado de Creación del TJCAN ni en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al no solicitar interpretación prejudicial, razón por la cual sustentar un supuesto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN no tiene mayor fundamento.”⁶⁵

Análisis SGCAN

- [111] El artículo 4 del TCTJCA dispone que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Asimismo, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.
- [112] En relación a lo dispuesto en el citado artículo 4, el TJCAN ha precisado lo siguiente:

*“Debe precisarse, así mismo, que **las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado.** De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos (sic) y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros.”⁶⁶ (El énfasis es nuestro)*

- [113] Ahora bien, en el presente caso al haberse determinado que la reclamada no ha incumplido con sus obligaciones derivadas de los artículos 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 123, 127 y 128 de la Decisión 500, corresponde también determinar que la reclamada no ha incumplido el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en ese punto.

5.2.4. Sobre la flagrancia alegada:

- [114] La reclamante ha señalado que el incumplimiento es flagrante, puesto que el TJCA ha señalado que el no solicitar la interpretación prejudicial cuando es obligatoria, configura

⁶³ Reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de mayo de 2018, párrafo 5.5.

⁶⁴ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafo 100.

⁶⁵ Contestación del gobierno del Perú al reclamo presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., párrafo 102.

⁶⁶ Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2000 del Proceso 16-AI-2000. Citada en la Sentencia de fecha 27 de agosto de 2003 del Proceso 52-AI-2002.



un incumplimiento flagrante del ordenamiento jurídico andino. Adicionalmente, precisó que “TELEFÓNICA no alegó como causal para la declaratoria de flagrancia de la conducta objeto del Reclamo que el incumplimiento sea evidente”⁶⁷; sino que el Reclamo recae “sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad”⁶⁸.

[115] La República del Perú por su parte señala que no hay incumplimiento flagrante porque no se ha probado la existencia de un incumplimiento ni evidente, ni reiterado, ni mucho menos que haya sido previamente declarado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

[116] En relación a ello, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 24 de la Decisión 623, el cual establece lo siguiente respecto a la flagrancia:

“Artículo 24.- Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad.”

[117] Como se puede observar, de acuerdo con el tenor del artículo citado, se considera flagrante cuando el incumplimiento sea evidente, en casos “tales como” cuando el incumplimiento recae sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el TJCA se hubiese pronunciado con anterioridad. Así, resulta necesario que para calificar un supuesto incumplimiento como flagrante, tal incumplimiento deba ser evidente.

[118] En el presente caso y conforme a lo expresado en el punto anterior y lo señalado en este punto, no se aprecia que exista incumplimiento, por tanto, no corresponde calificar la flagrancia alegada.

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

[119] Por todo lo anterior, la Secretaría General de la Comunidad Andina, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los motivos expuestos en el presente Dictamen, considera que no ha quedado demostrado que la República de Perú, actuando a través de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, haya incumplido obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Luz Marina Monroy Acevedo
Secretaria General a.i.

⁶⁷ Escrito presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 14 de junio de 2018, “Comentarios de Telefónica del Perú a la comunicación SG/E/SJ/1051/2015 por la cual se retiró la calificación de flagrancia”, párrafo 2.5.

⁶⁸ Escrito presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 14 de junio de 2018, “Comentarios de Telefónica del Perú a la comunicación SG/E/SJ/1051/2015 por la cual se retiró la calificación de flagrancia”, párrafo 2.6.