



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESOS ACUMULADOS 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en San Francisco de Quito, reunido en Sesión Judicial Extraordinaria, el 17 de noviembre de dos mil diecisiete.

En las Acciones de Incumplimiento interpuestas por las sociedades EMBOTELLADORA RIVERA S.A.C. (Procesos 06-AI-2015 y 07-AI-2015) y LOUIS DREYFUS COMMODITIES PERÚ S.R.L. (Procesos 08-AI-2015 y 09-AI-2015) en contra de la República del Perú (en adelante, Perú), por el presunto incumplimiento del Artículo 139 del Acuerdo de Cartagena y diversos Artículos de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, al no haberse aplicado la Cláusula de Nación Más Favorecida y de haberse exigido requisitos adicionales en los certificados de origen.

VISTO

El Auto de 3 de abril de 2017, mediante el cual este Tribunal decidió acumular los Procesos 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015.

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

1.1 El 20 de noviembre de 2015 se recibieron físicamente los escritos mediante los cuales EMBOTELLADORA RIVERA S.A.C. y LOUIS DREYFUS COMMODITIES PERÚ S.R.L. presentaron demandas de Acciones de Incumplimiento en contra de Perú, signadas como Procesos 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015, respectivamente, alegando el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 139 del Acuerdo de Cartagena al no haber aplicado dicho País Miembro la Cláusula de Nación Más Favorecida, y de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina al haber establecido requisitos adicionales en certificados de origen.

1.2 En opinión de las demandantes, el presunto incumplimiento se produciría por cuanto Perú, de acuerdo al Procedimiento Específico

"Aplicación de preferencias a la importación de mercancías de la Comunidad Andina de Naciones" INTA-PE.01.11 (Versión 2) aprobado por Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 548-2003/SUNAT/A del 2 de diciembre de 2003 (en adelante, el **Procedimiento Específico**), exigía que los Certificados de Origen que amparan importaciones con los beneficios de la Cláusula de la Nación Más Favorecida debían consignar en el espacio previsto para "Observaciones", el Acuerdo cuya preferencia arancelaria el Perú hace extensiva a favor del país exportador, así como la preferencia arancelaria otorgada; exigencia no prevista en la normativa comunitaria, motivo por el cual Perú se encontraba obligado a aplicar a las importaciones de azúcar originaria y procedente de la República de Colombia, los beneficios derivados del Acuerdo Regional de Apertura de Mercados suscrito a favor del Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante, **Bolivia**), por haber sido negociado en este Acuerdo el mencionado producto, con una preferencia del 100%.

- 1.3 Este Tribunal admitió a trámite la demanda en el Proceso 06-AI-2015, el 12 de mayo de 2016. En los Procesos 07-AI-2015 y 08-AI-2015, admitió la demanda el 4 de febrero de 2016. Y, en el Proceso 09-AI-2015, admitió la demanda el 22 de marzo de 2016.
- 1.4 Perú contestó la demanda en el Proceso 06-AI-2015, mediante Oficio N° 019-2016-MINCETUR/VMCE/DGGJCI del 24 de junio de 2016. En el Proceso 07-AI-2015 contestó la demanda mediante Oficio N° 007-2016-MINCETUR/VMCE/DGGJCI del 4 de abril de 2016. En el Proceso 08-AI-2015 contestó la demanda mediante Oficio N° 008-2016-MINCETUR/VMCE/DGGJCI del 8 de abril de 2016. Y, en el Proceso 09-AI-2015, contestó la demanda mediante Oficio N° 013-2016-MINCETUR/VMCE/DGGJCI del 12 de mayo de 2016.
- 1.5 En su escrito de contestación a la demanda presentado en el Proceso 06-AI-2015, Perú formuló dos excepciones previas: (i) falta de objeto de la demanda; y, (ii) falta de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA). Perú ampara tales excepciones en el Artículo 61 del Estatuto del TJCA¹ solicitando que la demanda sea rechazada *in limine*.

¹ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Publicado el 28 de junio de 2001 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

***Artículo 61.- Excepciones previas**

El Tribunal resolverá, con carácter previo, las siguientes excepciones:

1. Falta de jurisdicción.
2. Falta de competencia del Tribunal.
3. Incapacidad o indebida representación de las partes.
4. Inexistencia del demandante o demandado.
5. Falta de requisitos formales de la demanda.
6. Indebida acumulación de pretensiones.
7. Proceso pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
8. Cosa juzgada.

Respecto de la excepción previa de falta de objeto de la demanda, la demandada sostiene que *"...la presente Acción de Incumplimiento carece de objeto al haberse producido la sustracción de la materia, puesto que la conducta reclamada (la exigencia de consignar en el rubro "Observaciones" del certificado de origen de la mercancía el acuerdo comercial que ampara la solicitud de preferencia arancelaria) ha cesado debido a la derogación producida por la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 395-2012/SUNAT/A..."*

Sobre la excepción previa de falta de competencia del TJCA, la demandada afirma que lo pretendido por la demandante, de que en el presente caso este Tribunal declare la nulidad de determinados actos administrativos internos, y exhorte al Perú a devolver los derechos arancelarios pagados *"...evidencia la falta de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para pronunciarse respecto de la nulidad de las resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal y la SUNAT, en la medida que ello significaría exceder las competencias reconocidas en el primer párrafo del artículo 107 del Estatuto del TJCAN y convertir al citado Tribunal en una instancia revisora de los actos administrativos internos emitidos por la República del Perú"*.

- 1.6 En su escrito de contestación a la demanda presentado en el Proceso 07-AI-2015, Perú formuló tres excepciones previas: (i) falta de objeto de la demanda; (ii) falta de competencia del TJCA; y, (iii) falta de agotamiento de la vía comunitaria previa. Perú ampara tales excepciones en el Artículo 61 del Estatuto del TJCA solicitando que la demanda sea rechazada *in limine*.

Respecto de las excepciones previas de falta de objeto de la demanda y falta de competencia del TJCA, la demandada presentó los mismos argumentos expuestos en el Proceso 06-AI-2015.

En relación a la excepción previa de falta de agotamiento de la vía comunitaria previa, Perú afirma *"que la demanda interpuesta por la parte demandante ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no ha cumplido con el requisito de agotar la vía comunitaria previa, puesto que el reclamo presentado ante la Secretaría General no fue admitido a trámite y, como consecuencia de ello, tampoco fue notificado al Gobierno Peruano para que efectúe los descargos correspondientes"*.

- 
9. Caducidad de la acción.
10. Falta de agotamiento de la vía comunitaria previa.
11. Indebida naturaleza de la acción.
12. Falta de objeto de la demanda.

Las excepciones previas se formularán conjuntamente con el escrito de contestación de la demanda, con expresión de las razones que las justifiquen. Una vez admitida a trámite, el Tribunal dará traslado a la otra parte por el término de diez días, concluido el cual dictará el auto que corresponda."

- 1.7 En su escrito de contestación a la demanda presentado en el Proceso 08-AI-2015, Perú formuló tres excepciones previas: (i) falta de objeto de la demanda; (ii) falta de competencia del TJCA; y, (iii) falta de agotamiento de la vía comunitaria previa; presentando los mismos argumentos expuestos en el Proceso 07-AI-2015. Perú ampara tales excepciones en el Artículo 61 del Estatuto del TJCA solicitando que la demanda sea rechazada *in limine*.
- 1.8 En su escrito de contestación a la demanda presentado en el Proceso 09-AI-2015, Perú formuló dos excepciones previas: (i) falta de objeto de la demanda; y, (ii) falta de competencia del TJCA; presentando los mismos argumentos expuestos en el Proceso 06-AI-2015. Perú ampara tales excepciones en el Artículo 61 del Estatuto del TJCA solicitando que la demanda sea rechazada *in limine*.
- 1.9 Mediante Autos del 19 de mayo de 2016 en los Procesos 07-AI-2015 y 08-AI-2015, y del 18 de agosto de 2016 en el Proceso 09-AI-2015, este Tribunal: (i) tuvo por contestada la demanda por parte del Perú; (ii) admitió a trámite las excepciones previas formuladas por la parte demandada; y, (iii) dio traslado a las demandantes de las excepciones previas propuestas por Perú.
- 1.10 EMBOTELLADORA RIVERA S.A.C., en el Proceso 07-AI-2015, mediante escrito presentado el 10 de junio de 2016 y, LOUIS DREYFUS COMMODITIES PERÚ S.R.L., en los Procesos 08-AI-2015 y 09-AI-2015, mediante escritos presentados el 23 de junio y el 6 de septiembre de 2016, respectivamente, dieron contestación a los traslados a través de los cuales se puso en su conocimiento las excepciones previas alegadas por Perú, manifestando que las mismas carecen de sustento jurídico, y solicitando se declaren sin fundamento.
- 1.11 Mediante Auto del 26 de agosto de 2016, este Tribunal, de oficio y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63 del Estatuto del TJCA², consideró pertinente acumular los Procesos 08-AI-2015 y 09-AI-2015, y resolvió correr traslado a las partes para que se pronuncien respecto de dicha acumulación. El 9 de septiembre de 2016, LOUIS DREYFUS COMMODITIES PERÚ S.R.L. manifestó estar de acuerdo con la acumulación de los Procesos 08-AI-2015 y 09-AI-2015. Sobre el particular, no se recibió pronunciamiento alguno de parte del Perú.
- 1.12 El 9 de septiembre de 2016, EMBOTELLADORA RIVERA S.A.C. solicitó la acumulación de los Procesos 06-AI-2015 y 07-AI-2015. En atención a

² Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.-

***Artículo 63.- Acumulación**

El Tribunal, de oficio y previa consulta a las partes, o a solicitud de parte, podrá acumular dos o más procesos, cuando considere que por su naturaleza sean compatibles, exista relación entre ellos y deban ser resueltos en una misma sentencia. La acumulación se podrá tramitar hasta el vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión.

dicha solicitud y de conformidad con el Artículo 63 del Estatuto del TJCA³, mediante Auto del 24 de noviembre de 2016, este Tribunal decidió, por una parte, acumular los Procesos 06-AI-2015 y 07-AI-2015; y, por otra parte, correr traslado a las partes para que se pronuncien respecto de la acumulación de los cuatro procesos: 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015.

- 1.13 El 15 de diciembre de 2016, EMBOTELLADORA RIVERA S.A.C. y LOUIS DREYFUS COMMODITIES PERÚ S.R.L. manifestaron estar de acuerdo con la acumulación de los cuatro procesos: 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015. Sobre el particular, no se recibió pronunciamiento alguno por parte del Perú.
- 1.14 Mediante Auto del 3 de abril de 2017, este Tribunal decidió acumular los Procesos 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015⁴.

2. CUESTIONES EN DEBATE

Las cuestiones en debate del presente Auto son:

- (i) Efectos de la Acumulación de los Procesos 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015.
- (ii) Excepción previa de falta de objeto de la demanda.
- (iii) Excepciones previas de falta de competencia del TJCA y de falta de agotamiento de la vía comunitaria previa.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

- 3.1. Efectos de la Acumulación de los Procesos 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015
 - 3.1.1. La acumulación dispuesta en los Procesos 06-AI-2015, 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015 perseguía que estos se tramiten en un mismo procedimiento, por razones de economía procesal y a efectos de evitar pronunciamientos contradictorios, según la finalidad de dicha figura jurídica contemplada en el Artículo 63 del Estatuto del TJCA⁵.

³ Ibidem.

⁴ En este punto, cabe precisar que al momento de decretarse la acumulación de los cuatro procesos, el Proceso 06-AI-2015 se encontraba en estado de admitir a trámite la contestación de la demanda junto con las excepciones previas formuladas por la parte demandada.

⁵ Ver nota a pie de página 2 del presente Auto.

- 3.1.2. Sobre el particular, es preciso indicar que la normativa comunitaria no contempla los efectos de la acumulación de procesos, con excepción de la de ser resueltos en una misma sentencia.
- 3.1.3. Si bien los procesos acumulados se encuentran en fases procesales distintas, en los Procesos 07-AI-2015, 08-AI-2015 y 09-AI-2015, las empresas demandantes han contestado el traslado dispuesto por este Tribunal sobre las excepciones previas formuladas por la parte demandada, mientras que, en el Proceso 06-AI-2015, la parte demandada ha dado contestación a la demanda.
- 3.1.4. Este Tribunal, luego de verificar que las partes del presente proceso han recibido la oportunidad de expresar sus opiniones respecto de la demanda, de su contestación, de presentar excepciones previas y de contestar las mismas, verificando que sus posiciones son las mismas en cada uno de los procesos acumulados, sin causarse indefensión a ninguna de ellas, y a efectos de dar real aplicación al principio de economía procesal, en este momento procesal, este Tribunal concluye que corresponde emitir pronunciamiento sobre las excepciones planteadas.

3.2. Excepción previa de falta de objeto de la demanda

- 3.2.1. Perú sostiene que la conducta reclamada por las demandantes⁶ actualmente ha cesado, pues el Procedimiento Específico fue derogado por el Artículo 2° de la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 395-2012/SUNAT/A del 14 de agosto de 2012⁷. En ese sentido, la Acción de Incumplimiento carecería de objeto.

El demandado agrega que dicha situación también ha sido advertida por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la SGCA) en su Dictamen N° 002-2015 del 14 de mayo de 2015, por el cual dispuso la terminación del procedimiento por razones de sustracción de la materia, conforme a lo siguiente:

"...se considera que la conducta reclamada, ha cesado a la fecha del presente Dictamen por efecto de la derogatoria producida por la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 395-2012/SUNAT/A que aprueba el Procedimiento Específico al Amparo de la Comunidad Andina de Naciones INTA-PE 01.11 (Versión 3) publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de agosto de 2012. Dicho caso de la conducta, acarrea la terminación del presente procedimiento por razones

⁶ Conforme a lo señalado por las demandantes, la supuesta conducta de incumplimiento de Perú consistiría en que: (i) no cumplió con aplicar la Cláusula de la Nación Más Favorecida prevista en el Artículo 139 del Acuerdo de Cartagena; y, (ii) exigió requisitos adicionales en los certificados de origen en contravención de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Decisión 416.

⁷ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de agosto de 2012.

de sustracción de la materia, la misma que requiere ser así declarada mediante Dictamen..."

- 3.2.2. Por su parte, las demandantes alegan que Perú incumpliría la normativa comunitaria con la expedición por parte de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, la SUNAT) del Procedimiento Específico y por el pronunciamiento del Tribunal Fiscal, en el que este organismo, en aplicación de lo dispuesto en dicho Procedimiento, concluyó que los certificados de origen que amparan importaciones con los beneficios de la Cláusula de la Nación Más Favorecida deben consignar en el espacio previsto para "Observaciones", el acuerdo cuya preferencia arancelaria el Perú hace extensiva a favor del país exportador, así como la preferencia arancelaria.

Afirman que el establecimiento de requisitos adicionales en materia de certificados de origen transgrede las normas comunitarias, ya que la Decisión 416 no exige que en los certificados de origen deba indicarse en el rubro de "Observaciones" la invocación del Artículo 139 del Acuerdo de Cartagena; esto es, la Cláusula de Nación Más Favorecida.

- 3.2.3. Sobre el particular, este Tribunal considera que tomando en cuenta que la Acción de Incumplimiento comunitaria tiene por finalidad que los Países Miembros cumplan las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario andino, este instrumento procesal solo tendrá sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente. Solo en dichos supuestos el TJCA podrá ordenar al país el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros de la Comunidad Andina.

- 3.2.4. En efecto, existirán conductas que no resultarán relevantes tutelar al amparo de una Acción de Incumplimiento puesto que al llegar a la jurisdicción del TJCA ya no representarán una afectación a la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas conductas que no persistan en el tiempo o hubieran sido suspendidas unilateralmente por los Países Miembros; y, aquellas que hayan sido revertidas a instancia de la SGCA antes de llegar al fuero judicial del TJCA.

- 3.2.5. En ese sentido, las conductas que podrían ameritar la activación de la Acción de Incumplimiento⁸ solo serían aquellas que resulten relevantes en el marco de la normativa comunitaria andina; es decir, que generen

⁸ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.-

**Artículo 107.- Objeto y finalidad (...)*

*La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.**

un incumplimiento susceptible de ser apreciado en el presente y que requiera ser revertido para garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino. De esta manera, el TJCA no se encontraría facultado a emitir pronunciamiento en aquellas situaciones en las que los incumplimientos hayan acontecido en el pasado y no subsistan en el presente.

- 3.2.6. La consideración anterior se corrobora al revisar la estructura procesal que el Tratado de Creación del TJCA asigna a la Acción de Incumplimiento. Al revisar sus Artículos 23, 24 y 25 se advierte que dicha acción se caracteriza por tener una fase previa administrativa en la que, luego de verificar los hechos cuestionados, la SGCA⁹ formula observaciones al País Miembro brindándole la oportunidad de contestarlas dentro del plazo máximo de 60 días. Después de ello, dentro de los 15 días siguientes, la SGCA debe emitir un dictamen motivado (no vinculante) sobre el estado de cumplimiento del País Miembro cuestionado.¹⁰

⁹ Con relación al rol de la SGCA en la acción de incumplimiento, en la sentencia de acción de incumplimiento recaída en el Proceso 2-AI-97 el TJCA señaló lo siguiente:

"La acción de incumplimiento está diseñada de modo restrictivo y ponderado en dos etapas, una previa de carácter administrativo, precontenciosa, que se desarrolla ante la Junta y que constituye un diálogo entre el órgano comunitario y el País Miembro que supuestamente ha incumplido, para permitirle corregir su conducta en esta primera etapa de formulación de observaciones por la Secretaría General. Esta etapa previa conciliatoria puede desembocar en la solución del impase por acatamiento del Estado a las observaciones y en caso contrario si la primera fase se ha visto frustrada en sus objetivos se produce la expedición de un Dictamen Motivado para que se corrija el incumplimiento. Si el Estado por el contrario persiste en su conducta incumplidora, la Secretaría General puede acudir al Tribunal pidiéndole su pronunciamiento, abriéndose así la fase judicial."

¹⁰ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.-

"Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fija la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General."

"Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría



3.2.7. La jurisprudencia del TJCA se ha referido a esta fase previa administrativa de la Acción de Incumplimiento señalando que tiene el objetivo de permitirle al País Miembro "corregir su conducta de incumplimiento a fin de brindarle la oportunidad de dar solución al problema". Textualmente, la Sentencia recaída en el Proceso 3-AI-96 estableció lo siguiente:

"Puede generarse la acción de incumplimiento de oficio o porque la Junta [actualmente, la SGCA] reciba reclamos o quejas sobre la actuación de los Estados por parte de los Países Miembros o de particulares. Se inicia la acción en una etapa que podría llamarse "Fase Previa", que abre el diálogo entre el órgano comunitario (Junta) y el País Miembro que supuestamente ha incumplido, para permitirle corregir su conducta en una primera etapa de formulación de observaciones por la Junta con la consiguiente argumentación del Estado. Esta etapa puede desembocar bien en la solución del problema por acatamiento del Estado a tales observaciones o en caso contrario, en la expedición de un informe o dictamen motivado para que se corrija el incumplimiento. Si el Estado admite la invitación a cesar el incumplimiento, concluye el conflicto o de lo contrario la Junta puede acudir al Tribunal abriendo así la fase procesal judicial.

(...)

Este Organismo Judicial se pronuncia por la afirmativa, por las razones siguientes:

- *La demanda de incumplimiento está precedida de una etapa pre-contenciosa o fase previa, dentro de la cual los Países Miembros pueden corregir el incumplimiento de las normas comunitarias.*

(...)"

(Subrayado agregado)

3.2.8. En esa misma línea de razonamiento, el segundo párrafo del Artículo 23 y el segundo párrafo del Artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA

General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal."

"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."

"Artículo 26.- En los casos en que se hubiere emitido una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento, emitirá, a la brevedad posible, un Dictamen motivado, a partir del cual ésta o el País Miembro afectado, podrán acudir directamente al Tribunal."



señalan que la SGCA solicitará el pronunciamiento del TJCA solo cuando concurren 2 requisitos:

- (i) El dictamen¹¹ emitido por la SGCA en el que se verifique el incumplimiento del país miembro; y,
- (ii) La persistencia en la conducta de incumplimiento cuestionada por parte del País Miembro.

3.2.9. Como consecuencia de ello, en los casos en que el País Miembro cuestionado no persistiese en su conducta de incumplimiento, el caso no debe llegar ante el fuero judicial del TJCA, puesto que el incumplimiento se habría revertido en la etapa previa administrativa seguida ante la SGCA.

3.2.10. Bajo esta misma lógica, en los casos en que un País Miembro o personas naturales o jurídicas fueren los reclamantes conforme a lo establecido en los Artículos 24 y 25 del Tratado de Creación del TJCA, y la SGCA no emite su dictamen dentro de los 75 días, o habiendo emitido dictamen de incumplimiento no intenta la acción (de incumplimiento) dentro de los 60 días siguientes de la emisión del dictamen, o emite dictamen que no fuere de incumplimiento, dicho país y tales personas pueden acudir directamente ante el TJCA, siempre y cuando persistiere el incumplimiento del país reclamado. En efecto, carece de sentido acudir directamente ante el TJCA en los tres supuestos antes mencionados si no persiste el incumplimiento del País Miembro reclamado.

3.2.11. De acuerdo a ello, cualquiera sea la forma como el TJCA tome conocimiento de la Acción de Incumplimiento (a través de la SGCA o en acción directa de los reclamantes) siempre deberá verificarse que el incumplimiento reclamado aún persiste.

3.2.12. Como se puede apreciar, tal como se encuentra regulado el procedimiento de la Acción de Incumplimiento, la normativa genera "filtros previos" (etapa previa ante la SGCA) destinados a permitirle al País Miembro corregir su conducta y cumplir con sus obligaciones comunitarias (o no persistir en su incumplimiento) antes de que el caso llegue ante la jurisdicción del TJCA.

¹¹ Con relación a la importancia del dictamen emitido por la SGCA, en la sentencia de la acción de incumplimiento recaída en el Proceso 1-AI-2001, el TJCA señaló lo siguiente:

"Recibidas las explicaciones o vencido el término señalado para rendirlas, se emite por la Secretaría General un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento en la materia referida. Este dictamen, cualquiera que sea su contenido respecto de la obligación presuntamente desacatada, o su no emisión en el término legalmente establecido, es el presupuesto procesal indispensable para que la propia Secretaría General, otro u otros Países Miembros, o un particular habilitado, puedan acudir al Tribunal y dar inicio, mediante la demanda, a un proceso judicial de incumplimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 22, 23 y 24 del Tratado de Creación del Tribunal."

- 3.2.13. En tal sentido, conforme al Artículo 23 del Tratado de Creación del TJCA, los casos que llegan ante el TJCA son solo aquellos en los que se ha constatado que la conducta de incumplimiento cuestionada ha persistido en el tiempo y es verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente.
- 3.2.14. Es por ello que, al revisar jurisprudencia relativa a la Acción de Incumplimiento, es posible constatar que este órgano jurisdiccional ha resuelto los casos consignando la declaración de "haber incurrido en incumplimiento" aparejada de un mandato de "cese de la conducta cuestionada".
- 3.2.15. Ello evidencia que el criterio jurisprudencial de este órgano jurisdiccional ha sido consistente al considerar que este tipo de acción tiene sentido solo respecto de una conducta de incumplimiento verificable al momento de la presentación de la acción ante el TJCA y que es susceptible de ser revertida a través de un mandato de cese dispuesto en la sentencia del TJCA que corresponda.¹²
- 3.2.16. Bajo esa misma lógica, en la Sentencia recaída en el Proceso 92-AI-2000, el TJCA optó por no declarar la existencia de un incumplimiento debido a que la conducta cuestionada ya había cesado (había sido derogada). Textualmente, en dicha sentencia se señaló lo siguiente:

"Que la resolución conjunta No. 741 y 202, de fecha 26 de febrero de 2001, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.183, de fecha 24 de abril de 2001, en su artículo 2, en cambio deroga expresamente la resolución 3926.090 y 371 del 25 de mayo de 1998, por lo que el incumplimiento cesó a partir de esta fecha, sin embargo, el Dictamen de Incumplimiento No. 14-2000, contenido en la Resolución 369, fue de fecha anterior.

Que encuentra censurable, el Tribunal, la conducta asumida por el País Miembro demandado, al no contestar la Nota de Observaciones ni notificar a tiempo las medidas adoptadas a la Secretaria General vulnerando el ordenamiento jurídico comunitario, como ha sucedido en el

¹² Así, en la sentencia de la acción de incumplimiento recaída en el Proceso N° 9-AI-98 se señaló lo siguiente:

"Declarar que (...) ha incurrido en incumplimiento de los artículos 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado mediante Decisión 472 de la Comisión (...)
en consecuencia y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación de este Órgano Jurisdiccional, debe cesar en la conducta contravenidora de las normas comunitarias determinadas en el punto anterior, para lo cual se le exhorta a adoptar las medidas conducentes a la inmediata y plena aplicación de las Decisiones 378 y 379."

(Subrayado agregado)

Ello también ocurre en las sentencias de los Procesos 9-AI-98, 10-AI-98, 73-AI-2000 y 80-AI-2000 (en este caso, el TJCA requiere la inmediata eliminación de la medida restrictiva aplicada al comercio del producto especificado), 1-AI-2001 y 200-AI-2005.



presente caso, lo que hizo que el órgano Comunitario elevara la demanda ante el Tribunal y se accionara innecesariamente el sistema judicial.
(...)

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda, del Capítulo III, de su Tratado de Creación

DECIDE:

PRIMERO: Declarar que a la fecha ha cesado el incumplimiento objeto de la demanda; y

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada en esta controversia”.

- 3.2.17. Como se puede observar, al constatar que la medida cuestionada había sido derogada, el TJCA declaró solamente que “a la fecha cesó el incumplimiento objeto de la demanda” optando por no emitir pronunciamiento de fondo sobre el caso. De esta manera, el TJCA corroboró la postura que sostiene que su pronunciamiento, en una Acción de Incumplimiento, solo tiene sentido ante una conducta que materialice un incumplimiento verificable y susceptible de ser revertido en el tiempo presente.
- 3.2.18. A mayor abundamiento, se debe tener presente que no se ha establecido plazo de prescripción (como sí ocurre tratándose de la Acción de Nulidad) para la Acción de Incumplimiento, pues la intención del legislador comunitario es que la demanda se presente ante un incumplimiento existente, ante un incumplimiento que persiste.
- 3.2.19. Si se considerara que el TJCA puede conocer incumplimientos que ocurrieron en el pasado, se llegaría al absurdo de conocer situaciones que ocurrieron hace 20, 15 o 10 años, dado que no existe plazo de prescripción. Por el contrario, la ausencia de un plazo de prescripción evidencia que el incumplimiento debe estar vigente para que se pronuncie el TJCA, de ahí que la norma andina exija la persistencia del incumplimiento para acceder a la tutela judicial del TJCA.
- 3.2.20. En el presente caso, son las propias demandantes, EMBOTELLADORA RIVERA S.A.C. y LOUIS DREYFUS COMMODITIES PERÚ S.R.L., quienes afirman en sus demandas que: “...actualmente la SUNAT no exige la condición antes descrita en los certificados de origen (...) dado que la misma ha sido eliminada en la INTA-PE.01.11 Versión 3”.
- 3.2.21. Las demandantes sostienen que la Cláusula de Nación Más Favorecida es de aplicación inmediata e incondicional, y acudiendo a jurisprudencia de este Tribunal, resaltan que los beneficios que se derivan de dicha Cláusula deben ser otorgados sin ningún tipo de requisitos o restricciones.

- 3.2.22. Sin embargo, el Tribunal observa que la SUNAT y el Tribunal Fiscal, en sus pronunciamientos, no niegan la aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida, ni la vigencia del Acuerdo Regional de Apertura de Mercados suscrito a favor de Bolivia en el marco de ALADI-ARAM N° 1, sino que su actuación se desarrolló observando la vigencia del Procedimiento Específico, eliminado posteriormente por el Artículo 2° de la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 395-2012/SUNAT/A del 14 de agosto de 2012.
- 3.2.23. También se puede observar que las alegaciones de EMBOTELLADORA RIVERA S.A.C. y LOUIS DREYFUS COMMODITIES PERÚ S.R.L., sobre un presunto incumplimiento del Artículo 139 del Acuerdo de Cartagena al no haberse aplicado la Cláusula de Nación Más Favorecida y de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina por haberse exigido requisitos adicionales en los certificados de origen, se encuentran indisolublemente unidas a la vigencia del Procedimiento Específico, el cual fue dejado sin efecto por expresa disposición del Artículo 2° de la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 395-2012/SUNAT/A del 14 de agosto de 2012.
- 3.2.24. En este punto, cabe señalar que en la Sentencia recaída en el Proceso 01-AI-2015 del 7 de julio de 2017¹³, el TJCA estableció que una persona jurídica se encontrará legitimada para actuar en el marco de una Acción de Incumplimiento si demuestra una afectación inmediata, actual y directa, conforme a lo siguiente:

"1.7. Para una adecuada comprensión de los requisitos de legitimación, es necesario diferenciar dos niveles, a saber:

(...)

- Segundo nivel: La afectación de un derecho subjetivo o un interés legítimo, como sigue:

- i. Afectación de un derecho subjetivo. Se refiere a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación, y al deber de éste de demostrar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo, que se ve lesionado o potencialmente lesionado por el acto reclamado.*

(...)"

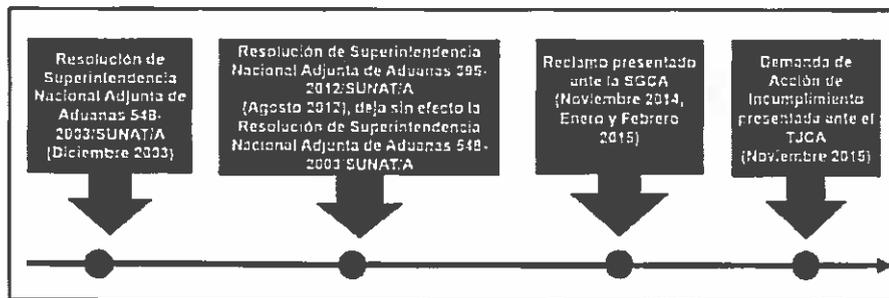
(Énfasis agregado).

- 3.2.25. Como se puede apreciar la afectación de un derecho subjetivo debe ser inmediata, actual y directa; sin embargo, la conducta objeto de censura en la presente Acción de Incumplimiento ya no se encuentra vigente por lo que no se configura una afectación inmediata, actual y directa a las personas jurídicas que interponen la presente acción. Por ello, este Tribunal concluye que corresponde declarar fundada la excepción previa de falta de objeto de la demanda, propuesta por la demandada.

¹³ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3100 del 25 de septiembre de 2017.

3.2.26. En efecto, en el presente caso la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 548-2003/SUNAT/A del 2 de diciembre del 2003 que aprobó el Procedimiento Específico (objeto de la Acción de Incumplimiento) fue derogada el 14 de agosto de 2012 mediante Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 395-2012/SUNAT/A; esto es, antes de que las demandantes presentaran su reclamo ante la SGCA (noviembre de 2014, enero y febrero de 2015) y mucho antes de que presentaran su demanda de Acción de Incumplimiento ante este Tribunal (noviembre de 2015), tal y como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 01



3.2.27. Por tanto, se evidencia que la norma objeto de la presente Acción de Incumplimiento ya había sido derogada al momento en que fue puesta en conocimiento del TJCA e incluso ya había desaparecido al tiempo en que fue denunciada ante la SGCA.

3.2.28. En atención a ello, este órgano jurisdiccional estima que cuando conoció dicha acción ya no existía una conducta verificable y susceptible de ser revertida; esto es, una conducta posible de ser juzgada en el fuero del TJCA. Por tal motivo, la demanda de Acción de Incumplimiento carece de objeto y no puede ser materia de un pronunciamiento de fondo por parte del TJCA, motivo por el cual corresponde declarar fundada la excepción previa de falta de objeto de la demanda deducida por el Perú en su contestación de demanda.

3.3. Excepciones previas de falta de competencia del TJCA y de falta de agotamiento de la vía comunitaria previa

Por lo expuesto, y dado que en el presente proceso la demanda carece de objeto, resulta innecesario emitir pronunciamiento sobre el resto de las excepciones previas propuestas por la demandada (falta de competencia del TJCA y falta de agotamiento de la vía comunitaria previa).

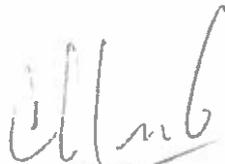
En atención a lo establecido en el presente Auto, este Tribunal:

DECIDE

PRIMERO: Declarar fundada la excepción previa de falta de objeto de la demanda formulada por la República del Perú, correspondiendo dar por terminado el presente proceso.

SEGUNDO: Ordenar el archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



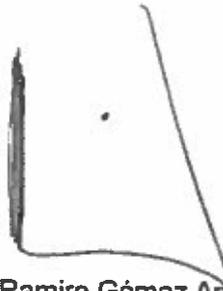
Cecilia Luisa Ayllón-Quinteros
PRESIDENTA



Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO



Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO



Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO



Gustavo García Brito
SECRETARIO