



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO NÚMERO 02-AI-2021

Acción de incumplimiento planteada por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. por la supuesta violación de los artículos 1 y 7 de la Decisión 600; 2 y 3 de la Decisión 635; 54 (literal e) y 59 del Acuerdo de Cartagena; y 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Magistrado sustanciador: Íñigo Salvador Crespo

El **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**, reunido en San Francisco de Quito, en sesión judicial celebrada por medios telemáticos¹ el 6 de noviembre de 2023, adopta por mayoría el presente auto, en la acción de incumplimiento planteada por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (en adelante, **Cervecerías Backus y Johnston** o la **demandante**) en contra de la República del Perú (en adelante, el **Perú**), por la supuesta violación de los artículos 1 y 7 de la Decisión 600 – «Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo» de la Comisión de la Comunidad Andina; 2 y 3 de la Decisión 635 – «Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado y Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo» de la Comisión de la Comunidad Andina; 54 (literal e) y 59 del Acuerdo de Cartagena; y 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**). La señora magistrada Sandra Catalina Charris Rebellón emite voto disidente².

VISTOS:

El Auto emitido por el TJCA el 13 de diciembre de 2022.

¹ De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

² Emite voto disidente pues considera que correspondería declarar fundado el recurso de reconsideración y proceder al análisis de las demás excepciones previas deducidas por la demandada, tal como se explica en el Acta 45-J-TJCA-2023 del 6 de noviembre de 2023. *ISC*



Los escritos del 8 de enero, 9 y 12 de junio de 2023 presentado por Cervecerías Backus y Johnston.

El escrito del 6 de marzo de 2023 presentado por Perú.

El Acta de la sesión judicial número 23-J-TJCA-2023 del 14 de junio de 2023.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

1.1. Por Auto del 13 de diciembre de 2022, el Tribunal declaró fundada la excepción previa de falta de requisitos formales de la demanda deducida por Perú y, como consecuencia de ello, declaró improcedente la demanda debido a que la demandante no había acreditado, al momento de presentar la demanda ante el TJCA, la existencia de una afectación inmediata, real, concreta y directa a un derecho subjetivo o interés legítimo respecto del presunto incumplimiento a la norma comunitaria alegado;

1.2. Mediante escrito del 8 de enero de 2023, Cervecerías Backus y Johnston interpuso recurso de reconsideración contra dicho auto alegando principalmente lo siguiente:

a) La normativa comunitaria andina carece de disposición expresa que obligue al demandante a presentar su acción de incumplimiento en un tiempo determinado. El criterio del TJCA según el cual el reclamo debe ser presentado de manera «oportuna» es subjetivo;

b) Al momento de presentar la demanda, la empresa seguía siendo afectada en sus derechos, dado que, a través de procesos que aún se tramitan ante las autoridades peruanas, se le ha rechazado la repetición de tributos abonados y se le ha exigido pagar cargos tributarios adicionales, aun cuando, desde el 16 de junio de 2019, el literal c) del artículo 56 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo no es aplicable a las ventas locales e importaciones de cerveza; y, *RSU*



- c) El Auto del 13 de diciembre de 2022 negó a la empresa la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva al no haber analizado el fondo de la controversia.
- d) Necesidad de que se convoque a una audiencia oral (pública o privada) a fin de presentar directamente argumentos y absolver preguntas.

1.3. Por medio del mismo escrito, Cervecerías Backus y Johnston solicitó la aclaración del Auto del 13 de diciembre de 2022 en los siguientes términos:

- a) Solicitó la explicación del principio de preeminencia de la normativa comunitaria andina y sobre las obligaciones derivadas de dicho principio que poseen las autoridades nacionales de los Países Miembros; y,
- b) Pidió aclarar sobre la primacía del ordenamiento jurídico comunitario andino, específicamente sobre la Decisión 600, y si, dada la redacción del Auto del 13 de diciembre de 2022, el TJCA habría reconocido implícitamente que existió una afectación, previa a la entrada en vigor del Decreto Supremo 181-2019-EF³ del 15 de junio de 2019, a Cervecerías Backus y Johnston por parte de las autoridades nacionales de Perú; afectación que habría nacido del supuesto incumplimiento de la Decisión 600 por parte de Perú.⁴

³ Denominado «Decreto Supremo que modifica el Impuesto Selectivo al Consumo aplicable a los bienes del Nuevo Apéndice IV del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo y el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta».

⁴ La demandante realizó los siguientes cuestionamientos:

- a) «Consideramos que nos encontramos frente a una insuperable oportunidad para zanjar en forma definitiva: i) la vigencia, preeminencia e interpretación de la Decisión 600 frente a las normas internas nacionales (a partir de la preeminencia del ordenamiento jurídico andino); y, ii) además pueda guiar en forma unívoca la expedición de los actos administrativos por parte de las autoridades nacionales competentes luego de la entrada en vigencia de la Decisión 600». (Párrafo segundo del primer otrosí del escrito presentado por la demandante el 8 de enero de 2023, ver foja 1420 del expediente).
- b) «Con base en lo expuesto, nos parece medular, antes de entrar a la solicitud de aclaración, que el TJCA nos ilustre y aclare categóricamente lo que debemos entender los ciudadanos andinos sobre los siguientes puntos: i) ¿qué se debe entender por el principio de Preeminencia del Ordenamiento Jurídico Andino y la aplicación directa del mismo?; y, ii) ¿Las entidades nacionales sean estas administrativas o judiciales de algún País Miembro están en la obligación de aplicar la normativa andina e inaplicar la normativa local en caso la misma se oponga a las disposiciones contenidas en una Decisión Andina?». (Párrafo



- 1.4. Mediante escrito del 6 de marzo de 2023, Perú respondió al recurso de reconsideración y a la solicitud de aclaración de Cervecerías Backus y Johnston, argumentando lo siguiente:
- a) Improcedencia del recurso por desnaturalización, pues lo que Cervecerías Backus y Johnston realmente pretende es una apelación de puro derecho; y por falta de legitimación activa, pues la demandante sigue sin acreditar la afectación a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, necesaria para ser parte procesal en la causa; y,
 - b) Desnaturalización de la solicitud de aclaración, pues está realmente orientada a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
- 1.5. Por un primer escrito del 9 de junio de 2023, Cervecerías Backus y Johnston requirió una copia simple, física o digital, de la contestación que Perú dio a su recurso de reconsideración y el auto con el cual el TJCA corrió traslado de tal recurso al Perú.
- 1.6. Mediante un segundo escrito del 9 de junio de 2023, Cervecerías Backus y Johnston reiteró su solicitud de una audiencia oral. Además, con

cuarto del primer otrosí del escrito presentado por la demandante el 8 de enero de 2023, ver foja 1420 del expediente).

- c) «En este sentido, requerimos que, con base en lo establecido por el TJCA en los numerales 3.1.3.28 y 3.1.2.29 del auto recurrido, este honorable TJCA cumpla con aclarar si: ¿el Gobierno del Perú incumplió con lo establecido por la Decisión 600 desde el 1 de enero de 2008 hasta el 16 de junio de 2019 con la entrada en vigor del Decreto Supremo N° 181–2019–EF?». (Párrafo décimo del primer otrosí del escrito presentado por la demandante el 8 de enero de 2023, ver foja 1421 del expediente).
- d) «De acuerdo con lo anterior, solicitamos encarecidamente al TJCA, sobre la base de lo establecido en el numeral 3.1.3.28 del auto recurrido, se sirva aclarar lo siguiente: i) cuando afirma que: “... por lo que la demandante no tenía una afectación concreta y directa antes de la presentación de la demanda ante el TJCA (7 de julio de 2021)”, quiere decir que: ¿antes de la expedición del Decreto Supremo N° 181–2019–EF, San Juan (sic) sí tenía una afectación concreta y directa, conforme lo señala el Dictamen de la Secretaría General?». (Párrafo onceavo del primer otrosí del escrito presentado por la demandante el 8 de enero de 2023, ver foja 1421 del expediente).
- e) «En caso que las respuestas anteriores sean positivas, solicitamos al TJCA respetuosamente precisar si, en aplicación de los principios de preeminencia y aplicación directa e inmediata de las normas andinas, ¿la norma o normas peruanas que infringieron la Decisión 600 debe(n) ser inaplicada(s) por las entidades administrativas o judiciales del Perú?». (Párrafo doceavo del primer otrosí del escrito presentado por la demandante el 8 de enero de 2023, ver foja 1421 del expediente).



relación a su recurso de reconsideración, señaló que mantener restringido el acceso de los particulares al foro de discusión de controversias de la Comunidad Andina no se corresponde con el espíritu ni letra del Tratado de Creación del Tribunal o su Estatuto, y mantener tal criterio jurisprudencial solo contribuye a consolidar esferas de impunidad para los Países Miembros.

- 1.7. Por escrito del 12 de junio de 2023, Cervecerías Backus y Johnston reiteró su solicitud de una audiencia oral y presentó adenda a su escrito ampliatorio del 9 de junio de 2023. A este escrito se adjuntó una copia del escrito intitulado «Dictamen sobre el *ius standi* de los particulares en acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina».
- 1.8. Mediante Oficio 364-S-TJCA-2023 del 13 de junio de 2023, la secretaria general del Tribunal extendió una copia digital del Auto del 1 de marzo de 2023 y del escrito del 6 de marzo de 2023 presentado por Perú.
- 1.9. De conformidad con lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 21 del Reglamento Interno del TJCA⁵, en la sesión judicial número 23-J-TJCA-2023, luego de la votación y el sorteo correspondiente, se reasignó la sustanciación del presente proceso al magistrado Íñigo Salvador Crespo.

2. CUESTIONES EN DEBATE

En atención a lo señalado en el presente auto, se analizarán las siguientes cuestiones:

- (i) Sobre la procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por Cervecerías Backus y Johnston.

⁵ Reglamento Interno del TJCA.-

«Artículo 21.- (...)

(...)

Si la mayoría no aprueba la ponencia o proyecto, el Presidente asignará su reestructuración por sorteo, a uno de los Magistrados integrantes de la citada mayoría, salvo que se trate de autos interlocutorios que no pongan fin al proceso. Esta asignación descargará al nuevo ponente del siguiente asunto de la misma naturaleza que, en la próxima distribución de causas, le hubiese correspondido atender. Al Magistrado sustituido se le asignará otra causa sobre la misma materia en el siguiente sorteo.

(...)) *in*

W



- (ii) Sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Cervecerías Backus y Johnston.
- (iii) Sobre la procedencia de la solicitud de aclaración presentada por Cervecerías Backus y Johnston.
- (iv) Sobre la solicitud de aclaración presentada por Cervecerías Backus y Johnston.
- (v) Sobre la alegada indefensión que habría generado la jurisprudencia del TJCA relativa al requisito de prueba de una afectación actual e inmediata para legitimar a personas naturales y jurídicas a plantear una acción de incumplimiento.
- (vi) Sobre el sentido de requerir prueba de una afectación actual e inmediata para legitimar a personas naturales y jurídicas a plantear una acción de incumplimiento ante el TJCA.
- (vii) Sobre la pertinencia de convocar a una audiencia oral.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

3.1. Sobre la procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por Cervecerías Backus y Johnston

- 3.1.1 Habida cuenta de la naturaleza interlocutoria del Auto del 13 de diciembre de 2022 (un auto que, sin decidir sobre lo principal, puso fin al juicio), así como de la interposición del recurso dentro del plazo legal (cinco días)⁶, este es procedente, de conformidad con los artículos 87⁷ y 88⁸ del Estatuto del TJCA.

⁶ En efecto, el Auto del 13 de diciembre de 2022 fue notificado a las partes el 14 de diciembre de 2022 y el recurso de reconsideración de Cervecerías Backus y Johnston fue interpuesto el 8 de enero de 2023; esto es, dentro del término de cinco días, si se descuenta el periodo de vacaciones judiciales entre el 16 de diciembre de 2022 y el 5 de enero de 2023.

⁷ Estatuto del TJCA.-

«Artículo 87.- Providencias judiciales que dicta el Tribunal

El Tribunal, en el desarrollo de las causas, dictará autos de sustanciación o trámite para el impulso del proceso; autos interlocutorios para resolver cuestiones previas o incidentales o que sin decidir lo principal ponen fin al juicio; y sentencias para decidir el fondo de la controversia.»

⁸ Estatuto del TJCA.-

«Artículo 88.- Ejecutoria, firmeza e impugnación de los autos

Los autos de trámite o de sustanciación quedan ejecutoriados y en firme al día siguiente de su notificación y no son susceptibles de recurso alguno.

Los autos interlocutorios quedan ejecutoriados el quinto día después de su notificación y salvo disposición en contrario pueden impugnarse mediante el recurso de reconsideración el cual



3.1.2 Con relación a los escritos ampliatorios del recurso de reconsideración presentados el 9 y 12 de junio de 2023, así como sus anexos, este Tribunal rechaza de plano su consideración ya que fueron presentados fuera del término legal para la interposición de un recurso de reconsideración.⁹

3.2. Sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Cervecerías Backus y Johnston

3.2.1 En relación con el primer argumento del recurso de reconsideración de Cervecerías Backus y Johnston, conviene recordar que la jurisprudencia uniforme¹⁰ del TJCA ha establecido que la «afectación» a un derecho subjetivo o interés legítimo –cuya prueba exige el literal b) del artículo 49¹¹ del Estatuto del Tribunal a las personas naturales o jurídicas, como requisito adicional de la demanda en acción de incumplimiento– debe ser «actual e inmediata». Estas características son la garantía de que la interrelación entre el derecho andino, la actuación de las autoridades nacionales y el ejercicio del derecho de acceso a la justicia comunitaria por parte de las personas naturales y jurídicas goce de un mínimo de previsibilidad y seguridad jurídica. Porque, de lo contrario, la conformidad de los actos legislativos, judiciales o administrativos

deberá interponerse dentro del término señalado. La interposición del recurso de reconsideración suspenderá la ejecución del auto.»

⁹ Cualquier ampliación o adenda a un recurso de reconsideración debe presentarse dentro del mismo término para la presentación del recurso de reconsideración. En este caso, cualquier ampliación o adenda al recurso de reconsideración del 8 de enero de 2023, debía presentarse hasta el 9 de enero de 2023.

¹⁰ Ver Autos del 3 de octubre y 17 de noviembre de 2017 (proceso número 03-AI-2017), publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3143 del 24 de noviembre de 2017.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3143.pdf>

¹¹ Estatuto del TJCA.-

«Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento

La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

(...)

b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,

(...)» *isu*



nacionales con el ordenamiento jurídico andino podría ser cuestionada indefinidamente, dando lugar a un entorno de permanente incertidumbre e impredecibilidad.

3.2.2 La exigencia de inmediatez y actualidad que impone la jurisprudencia del TJCA como requisito de procedencia de la demanda en acción de incumplimiento busca justamente contrarrestar un escenario jurídico incierto e impredecible. Como efecto contrario, en cambio, las sentencias del Tribunal buscan que prevalezca la seguridad jurídica, particularmente a través de la necesaria armonía entre los actos legislativos, judiciales y administrativos nacionales y la norma andina. Así, la premura en la presentación del reclamo ante la SGCA, cuando tal armonía ha sido vulnerada, pone de manifiesto de manera oportuna la disconformidad de la persona natural o jurídica con la afectación que su derecho subjetivo o interés legítimo ha debido soportar.

3.2.3 Porque, a *contrario sensu*, quien dice sentirse agraviado por la actuación de las autoridades nacionales sin exteriorizar su disconformidad a través de un reclamo ante la SGCA durante un tiempo prolongado, que en este caso se extiende a más de una década, permite que en ese largo interín se generen, desarrollen e incluso concluyan relaciones y situaciones jurídicas basadas sobre el acto inconforme no impugnado oportunamente.

3.2.4 El TJCA, por consiguiente, ratifica su jurisprudencia uniforme según la cual las personas naturales o jurídicas han de acreditar, en el momento de presentar una demanda en acción de incumplimiento, que la afectación a su derecho subjetivo o interés legítimo debe ser actual e inmediata.

3.2.5 Presentar un reclamo cuando han transcurrido 11 años durante los cuales ha subsistido una presunta incompatibilidad entre la actuación de una autoridad nacional y el ordenamiento jurídico andino es a todas luces inoportuno, y muestra que la alegada afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo de la demandante no fue actual ni inmediata.

3.2.6 Este Tribunal advierte que uno de los argumentos centrales del recurso de reconsideración interpuesto por Cervecerías Backus y Johnston es que en el derecho andino no se habría establecido de manera expresa un plazo (de prescripción o caducidad) para activar el mecanismo de la acción de incumplimiento, por lo que el criterio de «presentación

BC



oportuna» del reclamo desarrollado por la jurisprudencia del TJCA sería subjetivo y confuso.

- 3.2.7 El artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA¹² otorga a las personas naturales o jurídicas el derecho de plantear la acción de incumplimiento al Tribunal una vez agotado el proceso ante la Secretaría General de la Comunidad Andina. Ciertamente, la normativa andina no ha previsto un periodo de caducidad para el planteamiento de dicha acción; sin embargo, de conformidad con el referido artículo del Tratado de Creación del TJCA, la admisibilidad a trámite de la acción de incumplimiento, cuando es planteada por una persona natural o jurídica, está supeditada a la demostración de una afectación a los derechos subjetivos o intereses legítimos de la parte actora. Esta interpretación guarda concordancia con lo dispuesto en el literal b) del artículo 49 del Estatuto del Tribunal.
- 3.2.8 En su recurso, la demandante parece confundir la necesidad de probar una afectación inmediata, real, concreta y directa a un derecho subjetivo o interés legítimo con la figura de caducidad o prescripción. El auto recurrido rechazó el trámite de la demanda en virtud de que no se acreditó una afectación inmediata, real, concreta y directa a los derechos subjetivos o intereses legítimos de la demandante en los términos de la jurisprudencia reiterada del Tribunal y los artículos 25 del Tratado de Creación del TJCA y 49 (literal b) de su Estatuto. En ese sentido, el TJCA no declaró fundada una excepción previa por prescripción o caducidad de la acción (para lo cual sí se necesitaría una disposición normativa que expresamente fije un plazo concreto). Este Tribunal deja en claro que la excepción previa deducida por Perú fue admitida porque la demandante no probó una afectación actual e inmediata a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, condición necesaria para la legitimación activa de las personas naturales o jurídicas en una acción de incumplimiento. Este Tribunal no ha creado arbitrariamente un plazo de prescripción o caducidad para

12

Tratado de Creación del TJCA.-

«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.»

(Subrayado agregado). *kr*



plantear dicha acción; por ende, al contrario de lo que argumenta la demandante, no se ha vulnerado el principio de legalidad en el proceso.

3.2.9 En este sentido, el auto recurrido se fundamenta en la jurisprudencia uniforme del Tribunal, la cual ha establecido que la «afectación»¹³ a un derecho subjetivo o interés legítimo, como requisito que deben acreditar las personas naturales o jurídicas para presentar una acción de incumplimiento, debe ser actual e inmediata; es decir, la aceptación de la excepción previa no se fundó en un plazo arbitrario de caducidad o prescripción.

3.2.10 Además, es claro que la presentación de la demanda en acción de incumplimiento por parte de Cervecerías Backus y Johnston once años después de ocurridos los hechos supuestamente lesivos a su derecho subjetivo o interés legítimo es todo menos inmediata; no hace falta un plazo de prescripción para llegar a tal conclusión.

3.2.11 Este Tribunal no abordará el otro argumento esgrimido por la demandante en su recurso de reconsideración, pues cualquier análisis ulterior es inconducente cuando ella no ha logrado acreditar la existencia de la afectación actual e inmediata a su derecho subjetivo o interés legítimo.

3.2.12 Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por Cervecerías Backus y Johnston.

3.3. Sobre la procedencia de la solicitud de aclaración presentada por Cervecerías Backus y Johnston

3.3.1 Puesto que el Auto del 13 de diciembre de 2022 puso fin al proceso, le son aplicables las reglas del artículo 93 del Estatuto del TJCA¹⁴, relativas a las sentencias. En ese sentido, la solicitud de aclaración de Cervecerías

¹³ De conformidad con el artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA y el literal b) del artículo 49 de su Estatuto.

¹⁴ Estatuto del TJCA.-

«Artículo 93.- Aclaración de las sentencias

Dentro del término de quince días siguientes al de su notificación, las partes podrán solicitar la aclaración de los puntos de la sentencia que a su juicio resultaren ambiguos o dudosos.

Son aplicables a la aclaración los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 92.» *isc*



Backus y Johnston es procedente, pues fue presentada dentro del plazo legal (quince días)¹⁵ contra una decisión del Tribunal susceptible de aclaración.

3.4. Sobre la solicitud de aclaración presentada por Cervecerías Backus y Johnston

- 3.4.1. El artículo 93 del Estatuto del Tribunal establece que las partes pueden solicitar aclaración sobre los puntos de la sentencia que consideren ambiguos o dudosos.
- 3.4.2. El TJCA advierte que la primera parte de la solicitud de aclaración¹⁶ se orienta a la explicación de temas generales relacionados con la preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario, cuestión que no está directamente relacionada con la decisión del Auto del 13 de diciembre de 2022, sobre el cual versa el pedido de aclaración. Por lo mismo, este extremo de la solicitud de Cervecerías Backus y Johnston no es de aclaración del auto y no procede que el Tribunal se pronuncie sobre él.
- 3.4.3. Tampoco procede pronunciarse sobre la existencia o no de un eventual incumplimiento por parte de Perú, como lo solicita la demandante en la segunda parte de su solicitud de aclaración¹⁷. Hacerlo acarrearía un pronunciamiento sobre el fondo de la causa, que no corresponde en una etapa procesal recursiva contra un auto en que el Tribunal rechazó la demanda en razón de su incompetencia, sin abordar los méritos del caso. Este pedido de Cervecerías Backus y Johnston estaría encaminado a modificar el auto en cuestión, no aclararlo; por lo cual, es improcedente.

¹⁵ En efecto, el Auto del 13 de diciembre de 2022 fue notificado a las partes el 14 de diciembre de 2022 y la solicitud de aclaración de Cervecerías Backus y Johnston fue presentada el 8 de enero de 2023; esto es, dentro del término de quince días, si se descuenta el periodo de vacaciones judiciales entre el 16 de diciembre de 2022 y el 5 de enero de 2023.

¹⁶ Ver párrafos segundo a cuarto y doceavo del primer otrosí del escrito de la demandante, obrantes a foja 1420 del expediente.

¹⁷ Ver párrafos séptimo a décimo del primer otrosí del escrito de la demandante, obrantes a fojas 1420 (reverso) a 1421 del expediente. *isa*



3.4.4. En cuanto a la pregunta sobre la redacción del Auto del 13 de diciembre de 2022¹⁸, este Tribunal observa que el cuestionamiento de la demandante se refiere a su ausencia de interés directo. Al respecto, el TJCA establece que, dado que en el acápite precedente se ha señalado que corresponde que este Tribunal reafirme la improcedencia de la demanda por los motivos explicados oportunamente, resulta inconducente abordar los temas de la ausencia del interés directo o de una eventual sustracción de la causa, menos aún aclararlos.

3.5. Sobre la alegada indefensión que habría generado la jurisprudencia del TJCA relativa al requisito de prueba de una afectación actual e inmediata para legitimar a personas naturales y jurídicas a plantear una acción de incumplimiento

3.5.1 La demandante argumentó en su escrito del 8 de enero de 2023 que el auto recurrido habría restringido indebidamente sus derechos, lo que podría haberla puesto en estado de indefensión¹⁹.

3.5.2 El Tribunal considera que lo que sí debe aclararse es que, de conformidad con el literal b) del artículo 49 del Estatuto del TJCA, el requisito de probar la vulneración de un derecho subjetivo o interés legítimo en el planteamiento de una acción de incumplimiento es aplicable exclusivamente cuando el legitimado activo es una persona natural o jurídica; y, por ende, que la necesidad de que exista una afectación actual e inmediata —y que en consecuencia la acción sea oportuna— no es aplicable a los Países Miembros o la SGCA.

3.5.3 Por ello, este Tribunal advierte que su postura no acarrea indefensión alguna, por cuanto el paso del tiempo no implica en sí mismo que la acción de incumplimiento ya no pueda ser interpuesta. Lo que ha determinado la jurisprudencia uniforme del TJCA, amparada en el Tratado de Creación del Tribunal y su Estatuto, es que dicha acción no podrá ser incoada por personas naturales o jurídicas en aquellos casos en los que no se demuestre la existencia de una afectación inmediata, real, concreta y directa a un derecho subjetivo o interés legítimo respecto del presunto incumplimiento alegado.

¹⁸ Ver párrafos sexto y undécimo de la solicitud de aclaración, obrante a foja 1421 del expediente, en los que la demandante cuestiona si: «... ¿antes de la expedición del Decreto Supremo N° 181-2019-EF, San Juan (sic) sí tenía una afectación concreta y directa, conforme lo señala el Dictamen de la Secretaría General?».

¹⁹ Ver foja 1413 (reverso) del expediente.



- 3.5.4 En este sentido, ante un eventual incumplimiento, tanto los Países Miembros como la SGCA podrán, en efecto, plantear una acción de incumplimiento por hechos ocurridos hace 11, 15, 20 años o más, posibilitando una eventual intervención del TJCA y, así, abordar jurisdiccionalmente un supuesto incumplimiento.
- 3.5.5 De esta forma, si una persona natural o jurídica, que no cumple con los requisitos de probar una afectación actual e inmediata, considera que un País Miembro ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico comunitario andino, bien podría oficiar una solicitud a la SGCA informándole sobre el presunto incumplimiento y requiriéndole que plantee una acción de incumplimiento ante el TJCA por su propia cuenta, de conformidad con el artículo 23 del Tratado de Creación del TJCA²⁰.
- 3.5.6 Por cierto, el Tribunal enfatiza que esta disquisición no deberá tomarse como un pronunciamiento sobre el fondo de la materia en el presente caso, sino como un criterio jurisprudencial aclaratorio sobre la naturaleza de los requisitos establecidos en el literal b) del artículo 49 del Estatuto del TJCA para la presentación de acciones de incumplimiento por parte de personas naturales o jurídicas.
- 3.6. Sobre el sentido de requerir prueba de una afectación actual e inmediata para legitimar a personas naturales y jurídicas a plantear una acción de incumplimiento ante el TJCA**
- 3.6.1 El TJCA considera pertinente ahondar en las razones por las cuales el ordenamiento jurídico comunitario andino ha establecido el requisito para personas naturales o jurídicas de acreditar una

²⁰ **Tratado de Creación del TJCA.-**

«**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, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije 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».



afectación a sus derechos subjetivos o intereses legítimos al plantear una acción de incumplimiento, así como en los motivos por los cuales no se ha contemplado un requerimiento similar para las acciones que eventualmente planteen la SGCA o los Países Miembros; las tres clases de sujetos titulares de la acción de incumplimiento de conformidad con el artículo 108 del Estatuto del TJCA²¹.

- 3.6.2 Al respecto, el Tribunal advierte que el motivo por el cual el legislador andino ha establecido esta diferenciación radica en la naturaleza del interés sobre el cual se asienta la posibilidad de plantear una acción de incumplimiento por parte de cada tipo de demandante.
- 3.6.3 En efecto, para acudir ante el TJCA para plantear una acción de incumplimiento deberá verificarse la existencia de un interés, que naturalmente diferirá entre las personas naturales o jurídicas y los Países Miembros o la SGCA. En el caso de las personas naturales o jurídicas, su interés vendrá dado en función de una afectación a sus derechos subjetivos, por lo que deberá probarse dicho interés. Mientras que, en el caso de los Países Miembros o la SGCA, el interés que justifica su participación como sujeto procesal viene dado en función de una situación jurídica objetiva, propia de su condición de estado parte de la Comunidad Andina, en el caso de los Países Miembros, y del mandato de creación de la SGCA establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el caso de la SGCA.

Las personas naturales o jurídicas deben probar un interés directo, derivado de una **afectación** a sus derechos subjetivos o intereses legítimos que, de acuerdo con la jurisprudencia uniforme del Tribunal, deberá **ser concreta, real, directa actual e inmediata y, en consecuencia, la presentación de la demanda tiene que ser oportuna**. Es natural y evidente que los individuos, sean personas naturales o jurídicas, se muevan por intereses subjetivos; por ende, amerita que quien alega el interés lo pruebe. Esta es la razón de la

²¹ Tratado de Creación del TJCA.-

«Artículo 108.- Titulares de la acción

Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General».



existencia del artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA y del literal b) del artículo 49 del Estatuto del TJCA.

- 3.6.4 Al respecto, Ricardo Vigil Toledo define que en el derecho subjetivo, cuya afectación requiere ser probada para plantear la acción de incumplimiento, «...existe una utilidad directa e inmediata para su titular, a razón de un interés individual...»²². (Subrayado agregado). En otras palabras, el derecho subjetivo está íntimamente vinculado al interés individual del sujeto (sea una persona natural o jurídica) que pretende plantear una acción de incumplimiento. Es decir, es necesariamente correlativo a un interés subjetivo.
- 3.6.5 No sucede lo mismo en el caso de los Países Miembros y de la SGCA, cuyos intereses para plantear una acción de incumplimiento se sustentan en circunstancias objetivas y evidentes por sí mismas, que no requieren prueba y que se fundamentan en las necesarias consistencia y armonía de las conductas nacionales a la luz de la normativa andina.
- 3.6.6 La Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración fueron creados a partir del Acuerdo de Integración Subregional Andino, o Acuerdo de Cartagena. Este instrumento constitutivo es un tratado internacional, es decir, en términos del literal a) del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la cual todos los Países Miembros de la Comunidad Andina son signatarios:

«...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...».

- 3.6.7 Un tratado, al ser por definición un acuerdo internacional, se rige, entre otros, por el principio *pacta sunt servanda*, según el cual los acuerdos deben ser observados y cumplidos de buena fe²³. Este principio es la base sobre la cual se asienta buena parte de la

²² Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, primera edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 108.

²³ Este principio se encuentra recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los siguientes términos:

«26. “**Pacta sunt servanda**”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».



efectividad de todo el derecho internacional público. Los Estados, al celebrar un tratado, reconocen soberanamente las obligaciones contenidas en este y, por ende, deberán respetar lo acordado en él. Asimismo, será un interés objetivo y propio de las otras partes del acuerdo que quienes se hayan comprometido con el mismo cumplan efectivamente lo pactado; ese interés objetivo es afectado por el incumplimiento del tratado.

3.6.8 En este sentido, y aplicando lo anterior al caso concreto de la Comunidad Andina, los Países Miembros, al ser parte del Acuerdo de Cartagena, se han obligado soberanamente a respetar el ordenamiento jurídico andino. Y, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, tendrán el interés propio y objetivo de velar por el cumplimiento de la normativa andina; lo que, en el caso de incumplimiento, justifica su derecho de acción.

3.6.9 Por otra parte, corresponde señalar que la Comunidad Andina es una comunidad de derecho, puesto que mediante el Tratado de Creación del TJCA se estableció un ordenamiento jurídico autónomo, el cual tiene su propio sistema de fuentes y sus propios principios, como son la preeminencia, la aplicación inmediata y la eficacia directa de sus disposiciones, que son además de obligatorio cumplimiento en la subregión. Asimismo, en el artículo 4 de dicho instrumento se reconoce expresamente el denominado principio de cooperación leal, por el cual, los Países Miembros asumen la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas andinas, así como se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

3.6.10 De esta manera, los Países Miembros, precisamente por su condición de estados parte de un proceso de integración regional que tiene la naturaleza de una comunidad de derecho que cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo, tienen un interés objetivo de garantizar la vigencia del principio de legalidad de dicho ordenamiento y, en consecuencia, de asegurar el efectivo cumplimiento de los compromisos y obligaciones previstas en las normas fundamentales o de derecho primario, así como en las normas derivadas o de derecho secundario del ordenamiento jurídico comunitario andino, ejerciendo para ello el mencionado derecho de acción ante el sistema andino de solución de controversias, entre otros, mediante la acción de incumplimiento. *VS*



- 3.6.11 Por último, el interés objetivo que posee la SGCA para presentar acciones de incumplimiento se sustenta en su mandato creacional, recogido explícitamente en el literal a) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena²⁴. Si esta norma establece que es deber de la SGCA velar por el cumplimiento de la normativa andina, su interés para actuar en acción de incumplimiento viene dado directamente por su mandato constitutivo. Así, si la SGCA diera con indicios de un posible incumplimiento, estará facultada para intervenir.
- 3.6.12 La distinción que se ha realizado se refleja también en el hecho de que una persona natural o jurídica esté habilitada para acudir ante las autoridades nacionales competentes para impugnar actos contrarios al ordenamiento comunitario andino, de conformidad con el derecho interno y lo dispuesto por el artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA. En el marco de un presunto incumplimiento de la normativa andina, las jurisdicciones nacionales y la comunitaria andina son concurrentes, pero se excluyen entre sí tan pronto como una de las dos se activa, en virtud del artículo 25 del tratado previamente mencionado. Lo anterior se sustenta en que las vías jurisdiccionales internas son mecanismos adecuados para proteger intereses y derechos **subjetivos**; lo que no sucede en el caso de los Países Miembros y de la SGCA, cuyo interés emana de circunstancias **objetivas**, y de la naturaleza misma de su interacción en el marco del Acuerdo de Cartagena, tal como se ha mencionado en párrafos anteriores.

3.7. Sobre la pertinencia de convocar a una audiencia oral

- 3.7.1 Puesto que con este auto el Tribunal ha resuelto todas las cuestiones que quedaban pendientes en este proceso y no requiere mayores elementos de juicio para formar su decisión, corresponde rechazar la solicitud de audiencia oral presentada por Cervecerías Backus y Johnston.

24

Acuerdo de Cartagena.-

«Artículo 30.- Son funciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina:

- a) Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

(...)). *VS*



De conformidad con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

DECIDE:

PRIMERO: Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra el Auto de fecha 13 de diciembre de 2022 emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso número 02-AI-2021.

SEGUNDO: Rechazar la solicitud de aclaración presentada por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra el Auto del 13 de diciembre de 2022 por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente auto.

TERCERO: Confirmar en todas sus partes el Auto de fecha 13 de diciembre de 2022 emitido por este Tribunal que declaró improcedente la demanda en acción de incumplimiento de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.

CUARTO: Rechazar la solicitud de informe oral presentada por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. por los motivos expuestos en la parte considerativa de este auto.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

El presente auto ha sido aprobado por los siguientes magistrados en la sesión judicial de fecha 6 de noviembre de 2023, conforme consta en el Acta 45-J-TJCA-2023:


Gustavo García Brito
Magistrado


Hugo R. Gómez Apac
Magistrado

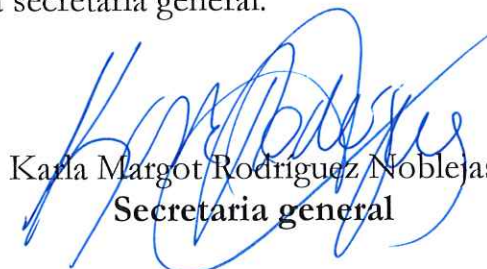

Íñigo Salvador Crespo
Magistrado



De conformidad con lo establecido en el literal n) del artículo 7 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman igualmente el presente auto la magistrada presidenta y la secretaria general.



Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada presidenta



Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general

