



SUMARIO

Secretaría General de la Comunidad Andina

Pág.

Dictamen 04-2010.-	Sobre el reclamo de la empresa Embotelladora Don Jorge S.A.C. por supuesto incumplimiento de la Decisión 653 "Actualización de la Nomenclatura Común NANDINA" por parte de la República del Perú , al introducir una Nota Complementaria Nacional incluida en el Capítulo 22 del Arancel de Aduana, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2007-EF	1
Resolución 1351.-	Recurso de reconsideración a la Resolución 1324 sobre Actualización de la Nómina de Bienes no Producidos en la Subregión y de la Nómina de Producción Exclusiva del Perú	11

DICTAMEN N° 04-2010

Conforme al artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Sobre el reclamo de la empresa Embotelladora Don Jorge S.A.C. por supuesto incumplimiento de la Decisión 653 "Actualización de la Nomenclatura Común NANDINA" por parte de la República del Perú, al introducir una Nota Complementaria Nacional incluida en el Capítulo 22 del Arancel de Aduana, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2007-EF

Lima, 24 de agosto de 2010

I. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

1. Con fecha 3 de agosto de 2009, la empresa Embotelladora Don Jorge S.A.C., en adelante "La Reclamante", al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, Tratado del Tribunal), presentó un reclamo por el supuesto incumplimiento de la normativa comunitaria andina, considerando que la República del Perú habría incumplido con la Decisión 653 al haber introducido una Nota Complementaria Nacional en el

capítulo 22 del Arancel de Aduana, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2007-EF.

2. Mediante comunicación SG-F/E.1.1/1053/2009, remitida el 14 de agosto de 2009, la Secretaría General solicitó a La Reclamante precisar si la finalidad de su comunicación era presentar un reclamo para iniciar la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento al amparo del artículo 25 del Tratado del Tribunal, dado que en su comunicación se aludía también al artículo 23, cuyo contenido se encuentra reservado para los casos en que la Secretaría General considere iniciar de oficio dicha fase prejudicial. Asimismo, le requirió que, de ser el caso, cumpla con presentar, dentro del



plazo de quince (15) días hábiles, lo siguiente:

- El fundamento y los documentos que acrediten su condición de persona jurídica afectada en sus derechos, por los hechos referidos en su comunicación.
 - Los documentos que acrediten su representación legal para actuar en esta fase prejudicial conforme al artículo 25 del Tratado del Tribunal; o, para delegar representación de esta naturaleza en otras personas.
 - La declaración de no haber acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional. Asimismo, la referencia a los fundamentos de la acción de amparo referida en su comunicación y la naturaleza de su participación en dicha acción. Finalmente, copia del escrito por el cual se interpone el amparo alegado, auto de admisión y/o sentencia expedida, de ser el caso.
3. Con fecha 1 de setiembre de 2009, La Reclamante presentó un documento mediante el cual cumplió con señalar que su escrito inicial correspondía a un reclamo por incumplimiento, y asimismo, subsanó las omisiones e insuficiencias de dicho escrito, dando cumplimiento a los requisitos formales a los que se refiere el artículo 14 de la Decisión 623 "Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento".
4. Mediante comunicaciones SG-F/E.1.1/1218/2009 y SG-X/E.1.1/825/2009, remitidas el 14 de setiembre de 2009, la Secretaría General informó a los Países Miembros la admisión del reclamo presentado, dio traslado del mismo y comunicó a éstos que en un punto previo a la emisión del respectivo Dictamen sobre el fondo del asunto, se pronunciaría sobre el cumplimiento, por parte de Embotelladora Don Jorge S.A.C., de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado del Tribunal. Asimismo, en virtud a dichas comunicaciones, la Secretaría General otorgó un plazo de cuarenta (40) días calendario al Gobierno de Perú y a los demás Países Miembros a fin de que presenten la contestación correspondiente y la información que consideren pertinente, respectivamente. Esta actuación fue informada a La Reclamante mediante comunicación SG-F/E.1.1/1219/2009, también el 14 de setiembre de 2009.
5. Con fecha 21 de octubre de 2009, mediante facsímil N° 431-2009-MINCETUR/VMCE/DNINCI, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú (en adelante MINCETUR), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 de la Decisión 623 y el artículo 29 de la Decisión 425, solicitó la prórroga máxima del plazo concedido para dar contestación al reclamo, con el objeto de remitir a la Secretaría General mayor información y elementos de juicio, los mismos que habían sido solicitados a las autoridades gubernamentales competentes.
6. El 29 de octubre de 2009, mediante correo electrónico,¹ la Corporación Aduanera Ecuatoriana remitió copia del Oficio N° CGGA-DNV-JCN-3676 suscrito por el Coordinador General de Gestión Aduanera de dicha institución. La Secretaría General acusó recibo de este documento al Gobierno de Ecuador mediante comunicación SG-F/E.1.1/1495/2009 de fecha 11 de noviembre de 2009. Asimismo, remitió en la misma fecha copia de éste a los demás Países Miembros, a través de la comunicación SG-X/E.1.1/999/2009.
7. Por medio de comunicaciones SG-F/E.1.1/1454/2009 y SG-X/E.1.1/973/2009, remitidas el 4 de noviembre de 2009, fue puesto en conocimiento del MINCETUR y de los demás Países Miembros, el otorgamiento de un plazo adicional de veinte (20) días calendario para que el Gobierno del Perú proceda a la contestación del reclamo. Dicha información fue puesta en conocimiento de La Reclamante, a través de comunicación SG-F/E.1.1/1453/2009, remitida también en la misma fecha.
8. Mediante facsímil N° 464-2009-MINCETUR/VMCE/DNINCI de fecha 10 de noviembre de 2009, el Gobierno de Perú presentó su contestación al reclamo. La Secretaría General dio acuse de recibo a la contestación mediante comunicación SG-F/E.1.1/1531/2009 de fecha 19 de noviembre de 2009. Dicho documento fue puesto en conocimiento de los demás Países Miembros en la misma fecha, mediante comunicación SG-X/E.1.1/1031/2009.

¹ Dicho documento fue posteriormente remitido por correo regular el 3 de noviembre de 2009.



9. Con fecha 23 de noviembre de 2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador, remitió, mediante Nota N° 52749/GVMCEI/DGINC/2009 dirigida a la Secretaría General, sus consideraciones en relación con el reclamo. Dicho documento fue remitido a los demás Países Miembros mediante comunicación SG-X/E.1.1/1052/2009 de fecha 26 de noviembre de 2009.
10. El 22 de enero de 2010, La Reclamante remitió a la Secretaría General un escrito conteniendo consideraciones adicionales a ser tomadas en cuenta por este Órgano Comunitario, al momento de resolver.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA

Según lo señalado por La Reclamante, el supuesto incumplimiento por parte de la República del Perú consistiría en la introducción de una Nota Complementaria Nacional, incluida en el Capítulo 22 del Arancel de Aduana aprobado por Decreto Supremo N° 017-2007-EF, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas el 18 de febrero de 2007; lo cual vulneraría la Disposición Única Transitoria de la Decisión 653 – Actualización de la Nomenclatura Común – NANDINA, para la introducción de las Notas Complementarias Nacionales.

La referida norma nacional introdujo en la Sección IV, Capítulo 22, una Nota Complementaria Nacional, en los siguientes términos:

“En la Subpartida Nacional 2202.10.00.00. Se entiende por agua, incluida el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada, también aquella a la cual se le ha adicionado vitaminas, fibras solubles u otras sustancias que no modifiquen su carácter esencial (función principal) de refrescar o de aliviar la sed. No se incluyen en la subpartida nacional 2202.10.00.00 las bebidas rehidratantes o isotónicas”.

III. ARGUMENTOS DEL RECLAMO Y LA CONTESTACIÓN

3.1. Argumentos de la Parte Reclamante, Embotelladora Don Jorge S.A.C.

La Reclamante afirma ser una empresa peruana dedicada a la producción, fabricación y elaboración de bebidas con suplemento alimenticio.

Estos productos se clasifican en la subpartida arancelaria 2202.90.00.00.

Señala que el 18 de febrero de 2007, el Ministerio de Economía y Finanzas del Gobierno del Perú expidió el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, el cual aprobó el Arancel de Aduanas 2007 en virtud de los cambios establecidos en la Cuarta Enmienda del Consejo de Cooperación Aduanera aprobada el 26 de julio de 2004 y vigente desde el 1 de enero de 2007.

Sostiene que con la Nota Complementaria Nacional referida al Capítulo 22, partida 22.02, incluida en el Decreto Supremo N° 017-2007-EF mencionado, se habría vulnerado el sentido de las disposiciones establecidas en la Cuarta Enmienda del Consejo de Cooperación Aduanera, ya que se habría pretendido introducir nuevos criterios en la clasificación arancelaria correspondiente a dicha partida 22.02 que no guardan correlación con ninguna subpartida nacional; esto debido a que la subpartida nacional 2202.10.00.00 a la que hace referencia la Nota Complementaria Nacional, está referida a productos distintos a los que se pretendió incluir en dicha subpartida.

Señala La Reclamante que los Países Miembros pueden crear subpartidas nacionales, siempre que tales subpartidas se codifiquen de la manera establecida por la Decisión 653, y además, que las notas complementarias pueden ser introducidas siempre y cuando éstas sean indispensables para la clasificación de las mercancías. No obstante, en el presente caso la nota complementaria antes mencionada, introducida en virtud al Decreto Supremo N° 017-2007-EF, vulnera el ordenamiento comunitario al modificar una subpartida, siendo que no es el medio idóneo para hacerlo pues su naturaleza es la de servir para introducir aclaraciones sin las cuales sería imposible realizar una nueva clasificación y no para modificar y ampliar una subpartida ya existente.

La Reclamante afirma que el Estado peruano no habría reparado en contravenir la normativa comunitaria con la única finalidad de afectar a un particular, pues precisamente la introducción de la referida Nota Complementaria Nacional trae como consecuencia que los productos de La Reclamante, compuestos con fibra soluble (adición de la Nota Complementaria Nacional), sean clasificados en la subpartida 2202.10.00.00, la cual se encuentra afectada por el Impuesto Selectivo al Consumo.



Señala La Reclamante que a la fecha se encuentra pendiente la ejecución de una sentencia (cosa juzgada) emanada de una acción de amparo, en la cual está por decidirse la clasificación arancelaria de sus productos, los cuales son los únicos en el mercado (bebidas) que contienen fibra soluble.

Finalmente, solicita se tome en consideración el Proceso 200-AI-2005, donde el Tribunal Andino de Justicia sancionó a la República del Ecuador por la modificación mediante norma interna, de la clasificación NANDINA, en similares circunstancias al caso peruano objeto de reclamo.

En virtud a los argumentos expuestos, asegura La Reclamante que la referida Nota Complementaria Nacional estaría vulnerando el ordenamiento jurídico comunitario, al contradecir lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Decisión 653.

3.2. Argumentos de la Parte reclamada, la República del Perú

La República del Perú, a través del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, solicita a la Secretaría General, en su contestación de fecha 10 de noviembre de 2009, *“se sirva desestimar los argumentos de la reclamante respecto a un supuesto incumplimiento de la Decisión 653, Actualización de la Nomenclatura Común – NANDINA”*,² a tenor de los siguientes argumentos:

i) Cuestiones Previas

Señala que La Reclamante no cumplió con acreditar su condición de persona jurídica afectada por el supuesto incumplimiento, ni tampoco ser titular de un derecho subjetivo supuestamente afectado por la Nota Complementaria Nacional. Afirma además, que dicha empresa estaría buscando beneficiarse, a través de una acción de incumplimiento, de la exoneración del Impuesto Selectivo al Consumo.

Sostiene el Gobierno del Perú que La Reclamante no habría cumplido con lo establecido en el artículo 14 de la Decisión 623, ya que a pesar de haber declarado que no acudió a instancia

nacional para cuestionar la medida objeto del reclamo, del análisis de los actuados se observa que dicha empresa estaría buscando la reclasificación de sus productos en la subpartida 2202.90.00.00, tanto en el proceso administrativo seguido ante la autoridad aduanera nacional como en el proceso de Amparo seguido ante las autoridades judiciales peruanas.

ii) Cuestiones de Fondo

Respecto al supuesto incumplimiento del Estado peruano generado a partir de la expedición del Decreto Supremo N° 017-2007-EF, señala que la acción de incumplimiento iniciada en su etapa prejudicial ante la Secretaría General tiene por objeto garantizar la observancia del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por parte de los Países Miembros; en ese sentido, no puede utilizarse esta acción para cuestionar el cumplimiento de disposiciones legales internas por parte de las autoridades nacionales, o la consistencia legal de las mismas con otras disposiciones normativas nacionales, ya que para ello los particulares cuentan con procedimientos administrativos o judiciales idóneos.

Respecto al supuesto incumplimiento de los criterios establecidos en la NANDINA y en la Disposición Única Transitoria de la Decisión 653, señala el Gobierno del Perú que la normativa andina autoriza a los Países Miembros a crear Notas Complementarias Nacionales, las cuales son distintas a las subpartidas nacionales que se utilizan para clasificar mercancías a un nivel más detallado que el de la NANDINA (superior al código numérico de 8 dígitos). En tal sentido, asegura que, tal como lo establecen las consideraciones generales del Anexo de la Decisión 653, las Notas Complementarias Nacionales son aquellas indispensables para la clasificación de mercancías. Ello –señala– se ajustaría al principio de complemento indispensable, referido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por el cual el derecho nacional de cada País Miembro actúa como complemento del derecho de integración siempre y cuando fortalezca el ordenamiento jurídico comunitario.

Afirma que la Nota Complementaria Nacional no regula el contenido de la subpartida NANDINA, sino que precisa lo señalado en la subpartida nacional 2202.10.00.00; resaltando el hecho que los productos designados en la referida subpar-

² Ver página 7 del escrito de contestación al reclamo presentado por la República del Perú.



tida pueden ser complementados con otras sustancias que no modifiquen su carácter esencial. Por ello, dicha nota se ajustaría a las Reglas Generales para la interpretación de la NANDINA, particularmente en lo dispuesto en el literal b) de la Regla 2:

“Cualquier referencia a una materia en una partida determinada alcanza a dicha materia incluso mezclada o asociada con otras materias. Asimismo, cualquier referencia a las manufacturas de una materia determinada alcanza también a las constituidas total o parcialmente por dicha materia (...)”

Señala además que la nota explicativa a la partida 22.02 define a las bebidas no alcohólicas, como aquellas cuyo grado alcohólico volumétrico sea inferior o igual al 0,5% vol., encontrándose dentro de la subpartida 2202.10 las bebidas en las que el ingrediente principal es el agua tratada, la cual “es añadida de azúcares o edulcorantes y de sustancias aromatizantes, pudiendo carbonatarse (gasearse) o no” (*sic*), incluyéndose en dicho grupo al agua mineral y a las bebidas denominadas en el comercio como “refrescos o gaseosas”, naranjadas, colas negras, limonadas, etc. Dichas bebidas consisten principalmente en agua potable ordinaria con la cual se elabora el jarabe disolviendo los azúcares o edulcorantes seleccionados, y agregándose además saborizantes, aromatizantes y colorantes regulados por la FDA.³

Hace asimismo referencia a que en la subpartida 2201.90 corresponde ubicar a las demás bebidas no alcohólicas no comprendidas en la subpartida 2202.10, y en la partida 20.09 a los jugos o zumos de frutas, encontrándose en este último grupo diversas preparaciones en las que el agua no es el ingrediente principal, tales como néctares de frutas carnosas, bebidas a base de leche, bebidas a base de una mezcla de componentes nutritivos esenciales como grasas, proteínas, y carbohidratos, sueros orales, entre otros.

Afirma que, de las pruebas remitidas por La Reclamante, se puede observar en el Registro Sanitario otorgado por la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) del Ministerio de

Salud del Perú, que las bebidas refrescantes o gaseosas de La Reclamante están compuestas por ingredientes adicionales para darles a éstas carácter de saludables, como lo son vitaminas, sustancias probióticas, fibra soluble, minerales, etc.; no obstante, esas adiciones tienen una importancia secundaria y no modifican el carácter original y función principal del producto. Siendo ello así, las descripciones de los productos de la empresa reclamante corresponden a bebidas a base de agua gaseada cuya adición de suplementos nutricionales o fibras solubles no alteran la condición esencial de las mismas. En consecuencia, estos productos debían ser clasificados en la subpartida 2202.10.00.00.

3.3. Argumentos de la República de Ecuador

Señala el Gobierno de Ecuador en sus comunicaciones de fecha 29 de octubre y 23 de noviembre de 2009, que la Nota Complementaria objeto del reclamo estaría modificando una subpartida sin haber seguido el trámite previsto en la Resolución 871 “Reglamento de Procedimientos de Gestión de la Nomenclatura Común NANDINA”. Asimismo, asegura que de conformidad al artículo 6⁴ de dicha Resolución, al Grupo de Expertos en NANDINA le correspondía analizar la solicitud de “(...) creación, supresión y modificación de la NANDINA, que comprende, entre otras, las subpartidas y sus Notas Complementarias, que le sean presentadas por la Secretaría General o por solicitud de algún País Miembro”, solicitud que no fue presentada oportunamente por Perú. Finalmente, asegura que con la introducción de la presente Nota Complementaria, existiría el riesgo que otros productos (por ejemplo, bebidas energizantes) sean clasificados en la subpartida 2202.10.00.00, la cual no les corresponde; haciendo mención también al hecho que la Secretaría General no había cumplido con notificarle los argumentos que llevaron a la República del Perú a introducir la referida Nota Complementaria Nacional.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

4.1. Sobre la disposición del último párrafo del artículo 25 del Tratado del Tribunal

³ Por FDA debe entenderse el “US Food and Drug Administration” (Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos de América).

⁴ Debió decir artículo 5.



y la prohibición de acudir simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional

A efectos del análisis que corresponde realizar para determinar la existencia o no de un proceso ante un tribunal nacional entablado por La Reclamante, y por la misma causa que aquella que da fundamento a esta fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, debe atenderse a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 25 del Tratado del Tribunal, el cual señala:

“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 añadido).

Dicha disposición ha sido materia de especificación procesal por el artículo 14 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, en cuanto éste señala como exigencia para la presentación de todo reclamo, la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional:

“Artículo 14.-

(...)

Asimismo, deberá acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, su representación legal o mandato así como la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional.” (Subrayado añadido)

Esta exigencia formal de admisibilidad atribuye una finalidad instrumental a dicha declaración, pues su presentación permite verificar formalmente los requisitos de admisibilidad del reclamo, sin impedir en modo alguno que, durante esta fase prejudicial, se analice la suficiencia de tal declaración en cuanto a su adecuación con la realidad y el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 25 del Tratado del Tribunal.

En el presente caso, tal como se ha referido en los antecedentes, la Secretaría General informó, al momento de la admisión del reclamo, que en un punto previo a la emisión del Dictamen sobre el fondo del asunto, le correspondería pronunciarse sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado del Tribunal y sobre la suficiencia de la declaración juramentada presentada por la Parte reclamante en la que manifiesta que no ha interpuesto acción ante un tribunal nacional por la materia reclamada, aun cuando: i) reafirma la existencia de una acción de amparo que, en su criterio, no guardaría ningún punto convergente con la afectación materia de su reclamo ante esta sede; y, ii) deja constancia de la existencia de una acción popular en trámite ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República del Perú en la que se pretende la derogatoria de la Nota Complementaria incorporada al Capítulo 22 del Arancel de Aduanas, que es objeto del reclamo.

Al respecto, se observa que, según lo señalado por la empresa Embotelladora Don Jorge S.A.C. en su escrito de reclamo, la conducta que cuestiona como un incumplimiento por parte de la República del Perú ante la Secretaría General, consiste en la introducción de una Nota Complementaria Nacional incluida en el capítulo 22 del Arancel de Aduana y creada por Decreto Supremo N° 017-2007-EF, que se aleja de las disposiciones establecidas por la Decisión 653 “Actualización de la Nomenclatura Común – NANDINA”, en particular de su Disposición Transitoria Única.

Asimismo, de los documentos presentados por Embotelladora Don Jorge S.A.C. junto con su reclamo y con el posterior escrito del 22 de enero de 2010, se observa que esta empresa interpuso previamente una acción de amparo ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a través del cual buscaba se declare inaplicable a su caso la clasificación arancelaria de sus productos en unas subpartidas distintas a las originalmente asignadas, a fin de evitar el “ilegítimo” cobro de un tributo nacional (el Impuesto Selectivo al Consumo) por parte de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT); y además, que se emitan nuevas Resoluciones de clasificación arancelaria. En tal sentido, el petitorio de la demanda interpuesta por la empresa reclamante señala:



VISTOS; Resulta de autos que de fojas noventa y cuatro a ciento ocho, Embotelladora Don Jorge S.A.C. interpone la presente Acción de Amparo en contra de la Superintendencia Nacional De Administración Tributaria – SUNAT, a fin de que: (i) se declaren inaplicables para su caso las Resoluciones de Intendencia N° 003 A0000/2005-000302, N° 003 A0000/2005-000303 y N° 003 A0000/2005-000304, emitidas por la demandada de modo unilateral, arbitrario e ilegal, y sin el sustento que la ley y su Reglamento de Clasificación Arancelaria de Mercaderías ordena; prescindiendo además del Informe de Análisis Químico del Laboratorio Central que pertenece a Aduanas – SUNAT y prescindiendo también del Informe de la División de Nomenclatura Arancelaria que igualmente pertenece a Aduanas – SUNAT; (ii) **se suspendan los actos administrativos de cobranzas del Impuesto Selectivo al Consumo**, al que se encontrarían amenazados, a consecuencia de la inminente aplicación de las resoluciones de intendencia que se cuestionan; y, (iii) **se ordene a la demandada emitir nuevas resoluciones que clasifiquen sus bebidas en la Subpartida Arancelaria N° 2202.90.00.00 que les corresponde**, sin omitir el cumplimiento de lo regulado en las normas legales vigentes y teniendo en cuenta el estudio científico contenido en el Informe Técnico N° 004 de INASSA (International Analytical Services S.A.C.) que adjuntan (...) (énfasis añadido).

Más adelante, en el escrito que contiene la apelación formulada contra la sentencia del Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, se reitera lo antes señalado al precisarse:

“Tercero: que, lo pretendido por la empresa demandante es que: a) **se declare la inaplicabilidad de las Resoluciones de Intendencia números 003 A0000/2005-000302, 003 A0000/2005-000303 y 003 A0000/2005-000304;** b) **se suspenda los actos administrativos de cobranza del impuesto selectivo al consumo;** y, c) **se ordene a la emplazada emitir nuevas resoluciones que clasifiquen las bebidas de la accionante en la Subpartida Arancelaria número 2202.90.00.00** (énfasis añadido)

Finalmente, del análisis de la información obrante en el expediente, ha podido acreditarse la existencia de una demanda de acción popular interpuesta por La Reclamante el día 3 de mayo

de 2007 en contra del Ministerio de Economía y Finanzas (según afirma dicha empresa, durante la etapa de ejecución de la sentencia de la acción de amparo),⁵ a través de la cual estaría buscando se deje sin efecto parcialmente el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, ya que la Nota Complementaria que éste contiene “contraviene la ley y la Constitución”, debido a que a partir de la misma se estaría regulando la aplicación de un tributo interno, como lo es el Impuesto Selectivo al Consumo;⁶ reservado a normas con rango de ley.

Como puede apreciarse, es posible distinguir dos procesos ante la jurisdicción nacional: En primer lugar, una acción de amparo con sentencia firme (y que según La Reclamante, se encontraría en etapa de ejecución), a través de la cual Embotelladora Don Jorge S.A.C. busca principalmente se declare inaplicable a su caso la clasificación arancelaria efectuada mediante Resoluciones de la SUNAT, respecto de sus productos, en unas subpartidas distintas a las anteriormente asignadas; y la emisión de nuevas Resoluciones de clasificación arancelaria. Cabe añadir que las Resoluciones de la SUNAT cuestionadas mediante acción de amparo son del año 2005, es decir anteriores al Decreto Supremo 017-2007-EF objeto de la acción prejudicial de incumplimiento.

En segundo lugar, La Reclamante presentó una acción popular, por la cual pretende se deje sin efecto parcialmente el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, mediante el cual se aprueba el Arancel de Aduanas de Perú, ya que la Nota Complementaria que éste contiene estaría regulando de manera ilegítima un tributo interno (el cual estaría siendo cobrado precisamente en virtud a la reclasificación arancelaria a la cual dicha empresa se vio sujeta).

Debe precisarse que La Reclamante no cuestionó ante el juez nacional la potencial violación de normas comunitarias andinas, circunscribiendo sus argumentos en la potencial violación de leyes nacionales y la Constitución.

Por su parte, en la vía comunitaria lo que La Reclamante cuestiona es el supuesto incumplimiento

⁵ Página 3 de la demanda de acción popular interpuesta por Embotelladora Don Jorge S.A.C.

⁶ Páginas 1 y 5 de la demanda de acción popular interpuesta por Embotelladora Don Jorge S.A.C.



miento de la Decisión 653, al haber introducido el Gobierno del Perú una Nota Complementaria Nacional en el capítulo 22 del Arancel de Aduanas, que indebidamente modificaría la Nomenclatura Común – NANDINA. Se buscaría con ello, que se declare el incumplimiento de la Decisión 653 por parte del Estado peruano y, de ser el caso, se formulen recomendaciones para corregir dicho incumplimiento, entre las cuales se encuentra la derogatoria parcial del Decreto Supremo N° 017-2007-EF. Tomando ello en cuenta, es posible concluir que tanto en la vía nacional como en la comunitaria, Embotelladora Don Jorge S.A.C. no se encuentra litigando por la misma causa.

Por lo antes expuesto, al no haber acudido La Reclamante a la vía nacional a efectos de demandar el incumplimiento de la normativa andina, no habría quedado demostrado que ésta se encuentra litigando “por la misma causa” en ambas vías, tal como lo señala el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal Andino. Ello a pesar de que en ambos foros se estaría buscando un resultado similar, cual es la derogatoria parcial del Decreto Supremo N° 017-2007-EF.

4.2. Sobre la adecuación de la Nota Complementaria Nacional introducida en virtud al Decreto Supremo N° 017-2007-EF con el ordenamiento jurídico comunitario

En esta sección, conforme a los fundamentos precedentes, debe evaluarse si se verifica la conducta atribuida a la República del Perú en el reclamo formulado, de modo que se acredite el incumplimiento de la Decisión 653 de la Comunidad Andina.

Antes de proceder al análisis respectivo, debe hacerse alusión nuevamente y de manera sucinta, a las normas respecto de las cuales gira la presente controversia. En primer lugar, se tiene

la Decisión 653 de la Comisión de la Comunidad Andina, la cual aprobó el Texto Único de la Nomenclatura Común de Designación y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina –denominada NANDINA– a fin de facilitar la identificación y clasificación de las mercancías, las estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial de la Comunidad Andina relacionadas con la importación y exportación de mercancías.

Dicha Decisión contiene una Disposición Transitoria Única que establece lo siguiente:

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.- Los Países Miembros podrán crear Notas Complementarias Nacionales y desdoblamientos a diez dígitos denominados “subpartidas nacionales”, para la elaboración de sus Aranceles, siempre que no contravengan la NANDINA.

A estos efectos, las Notas Complementarias Nacionales deberán destacarse de las Notas Complementarias de la NANDINA; las subpartidas nacionales utilizarán dos dígitos adicionales al código de ocho dígitos de la NANDINA, sin que en ningún caso puedan agregarse nuevos desdoblamientos con código de ocho dígitos; los textos nacionales conservarán los términos empleados en la NANDINA, pudiéndose admitir en las subpartidas nacionales términos locales aclaratorios encerrados en paréntesis.”

Por otro lado, debe mencionarse también el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, mediante el cual el Gobierno de Perú, a través de su Ministerio de Economía y Finanzas, dispuso la introducción de una Nota Complementaria no prevista en la Nomenclatura Común – NANDINA, aprobada por Decisión 653. Ello puede verificarse a través de un análisis comparativo entre ambos aranceles, circunscrito a la materia de controversia:

Nomenclatura Común – NANDINA

Código	Designación de la Mercancía
22.02	Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada, y demás bebidas no alcohólicas, excepto los jugos de frutas u otros frutos o de hortalizas de la partida 20.09.
2202.10.00	- Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada.
2202.90.00	- Las demás



Arancel Nacional 2007 aprobado por Decreto Supremo N° 017-2007-EF

Código	Designación de la Mercancía
22.02	Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada, y demás bebidas no alcohólicas, excepto los jugos de frutas u otros frutos o de hortalizas de la partida 20.09.
2202.10.00.00	- Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada.
2202.90.00.00	- Las demás

Nota Complementaria Nacional

1.- En la subpartida nacional 2202.10.00.00 Se entiende por agua, incluida el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada, también aquella a la cual se le ha adicionado vitaminas, fibras solubles u otras sustancias **que no modifiquen su carácter esencial (función principal) de refrescar o aliviar la sed** (énfasis añadido). No se incluyen en la subpartida nacional 2202.10.00.00 las bebidas rehidratantes o isotónicas.

Hecho este breve recuento, debe destacarse que, del análisis de lo señalado en el Documento Informativo SG/di 860 "Versión Única en Español de las Notas Explicativas del Sistema Armonizado (Vuenesa)" (de acceso público), de fecha 25 de julio de 2007, ha podido verificarse que los productos incluidos en la subpartida 2202.10 "Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada", son clasificados en dos grupos:

- 1) El agua mineral (natural o artificial) con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada;
- 2) Las bebidas, tales como "gaseosa", cola, naranjada, limonada que consisten en agua potable común, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante, aromatizada con jugos (zumos) o esencias de frutas u otros frutos o extractos compuestos y, a veces, con ácido tartárico o ácido cítrico, añadidos; suelen gasearse con dióxido de carbono. Se presentan casi siempre en botellas u otros recipientes herméticos.⁷

Asimismo, del análisis del Registro Sanitario N° 04188-2005 (Expediente N° 3864-2005/R), ha podido demostrarse que entre los productos fabricados por La Reclamante figuran la "bebida gasificada sabor cola amarilla Don Isaac con

Fibra Soluble (suplementos nutricionales)"; "bebida gasificada sabor cola negra Perú Cola con Fibra Soluble (suplementos nutricionales)"; bebida gasificada sabor cola naranja fresa Perú Cola con Fibra Soluble (suplementos nutricionales)" y "bebida gasificada sabor lima limón Perú Cola con Fibra Soluble (aguas gasificada jarabeadas transparente)" (sic), lo cual demuestra que cuatro de sus productos tienen fibra soluble y al menos tres cuentan con suplementos nutricionales, sin precisar porcentajes.

Finalmente, debe destacarse que las Reglas Generales de Interpretación de la NANDINA (Anexo de la Decisión 653), permiten que un producto pueda ser clasificado en determinada subpartida, aún cuando éste se encuentre mezclado con otras sustancias:

*"Cualquier referencia a una materia en una partida determinada alcanza a dicha materia **incluso mezclada o asociada con otras materias**. Asimismo, cualquier referencia a las manufacturas de una materia determinada alcanza también a las constituidas total o parcialmente por dicha materia. La clasificación de estos productos mezclados o de estos artículos compuestos se efectuará de acuerdo con los principios enunciados en la Regla 3 (énfasis añadido)."*⁸

⁷ Documento Informativo SG/di 860 "Versión Única en Español de las Notas Explicativas del Sistema Armonizado (Vuenesa)"; página 128.

⁸ Ver Punto 2 b) de las Reglas Generales de Interpretación de la NANDINA. Debe señalarse que el término "otras materias" debe ser entendido de manera amplia, razón por la cual éste puede incluir a las llamadas "fibras solubles".



Tomando en cuenta los argumentos previamente expuestos, es posible concluir: 1) que en la subpartida 2202.10.00.00 sólo pueden incluirse al agua mineral (con o sin azúcar o edulcorantes) y a las llamadas “bebidas gaseosas”, que contengan agua potable común (con o sin azúcar o edulcorantes), aromas y dióxido de carbono; 2) dichos productos pueden ser mezclados con otras materias (entre ellas, fibras solubles), siempre y cuando estos componentes no desnaturalicen la condición de “agua mineral” o “bebidas gaseosas” de los productos en cuestión; y, 3) la Nota Complementaria Nacional, introducida en virtud al Decreto Supremo N° 017-2007-EF, hace expresa referencia a que toda adición de sustancias a las bebidas gaseosas y/o agua mineral no debe modificar el carácter esencial de dichos productos, cual es el de “refrescar o aliviar la sed”.

En tal sentido, esta Secretaría General no observa que la Nota Complementaria Nacional haya sido emitida en contravención a la Decisión 653 de la Comunidad Andina, ya que la misma no ha introducido requisitos adicionales a la NANDINA, ni ha modificado subpartida alguna contenida en la misma.

Contrariamente a lo señalado por La Reclamante, en el presente caso no se observa que el Gobierno del Perú haya introducido una Nota Complementaria Nacional “que no guarda correlación con ninguna subpartida nacional”,⁹ lo que se observa más bien es la introducción, tanto de una subpartida nacional (2202.10.00.00), como de una Nota Complementaria que precisa los alcances de la misma.

Por otro lado, si bien es cierto que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera), mediante Resolución N° 02420 de fecha 11 de marzo de 2008, dispuso clasificar al producto “Perú Cola con Fibra Soluble” en la subpartida 2202.90.00.00 del Arancel de Aduanas, no resulta menos cierto que en al menos dos casos, la Corporación Aduanera Ecuatoriana concluyó que los productos “Isaac Kola” y “Perú Cola” (con fibra probiótica y soluble, respectivamente) de La Reclamante, correspondían ser clasificados en la subpartida 2202.10.00.00

del Arancel de Aduanas, ya que la variedad de sustancias disueltas en la misma, dan como producto final “una bebida gaseosa”.¹⁰

Asimismo, contrariamente a lo señalado por La Reclamante, el presente caso guarda marcadas diferencias con el Proceso 200-AI-2005 tramitado ante el Tribunal de Justicia Andino, ya que en éste se discutió si es que la República del Ecuador incurrió en incumplimiento al modificar unilateralmente el Arancel Externo Común, contenido en sus anexos I y II de las Decisiones 370 y 465, correspondiente a los productos de papel y cartón clasificadas conforme a la Decisión 507; mientras que en el presente caso, se discute el potencial incumplimiento del Estado Peruano, plasmado en la introducción de una Nota Complementaria Nacional que estaría precisando los alcances de la subpartida 2202.10.00.00.

Con respecto a lo señalado por el Gobierno de Ecuador, en el sentido que la Nota Complementaria objeto del reclamo estaría modificando una subpartida sin haber seguido el trámite previsto en la Resolución 871 “Reglamento de Procedimientos de Gestión de la Nomenclatura Común NANDINA”,¹¹ cabe precisar que dicho articulado hace mención a la facultad del Grupo de Expertos en NANDINA para analizar las solicitudes de creación, supresión y modificación de la NANDINA (Nomenclatura armonizada a 8 dígitos), que comprende, entre otras, las subpartidas y sus Notas Complementarias que le sean presentadas por la Secretaría General o por solicitud de algún País Miembro, no estando comprendido el caso de las Notas Complementarias Nacionales, y debiendo observarse para su creación los criterios establecidos en la Disposición Transitoria Única de la Decisión 653 y no en la aludida Resolución 871.

Debe señalarse además que, respecto al argumento formulado por el Gobierno del Ecuador, en el sentido que las bebidas energizantes podrían ser clasificadas en la subpartida

⁹ Ver página 6 del escrito de reclamo presentado por Embotelladora Don Jorge S.A.C.

¹⁰ Ver el Registro Oficial del Ecuador N° 334, de fecha 12 de mayo de 2008; y en particular, las comunicaciones GGN-GGA-DNA-UNT-OF-006 (hoja de trámite No. 08-01-SEGE-04587); y GGN-GGA-DNA-UNT-OF-007 (hoja de trámite No. 08-01-SEGE-04586). Dicha información es de acceso público, y se encuentra disponible en: <http://www.derechoecuador.com> (página visitada el 18 de agosto de 2010).

¹¹ Actualmente sustituida por Resolución 1243.



2202.10.00.00, la Nota Complementaria Nacional introducida en virtud al Decreto Supremo N° 017-2007-EF no contiene disposición alguna que señale que dichos productos deben ser clasificados en esa subpartida, razón por la cual su preocupación no es relevante para el presente caso.

Para finalizar, es necesario destacar que, de acuerdo a lo señalado en el Punto 5 de las Consideraciones Generales del Anexo de la NANDINA: *“Los Países Miembros no podrán introducir en sus aranceles nacionales disposiciones que modifiquen el alcance de las Notas legales de Sección, Capítulo o Subpartidas, de las Notas subregionales Complementarias, de los textos de partida o subpartida, ni de las Reglas Generales de interpretación”*, situación que no se habría generado en el presente caso,

ya que la Nota Complementaria no habría modificado la Nomenclatura de la NANDINA.

V. CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, esta Secretaría General, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los argumentos expuestos en el presente Dictamen, considera que no ha quedado demostrado que la República del Perú ha incumplido con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Decisión 653 – Actualización de la Nomenclatura Común - NANDINA, al emitir el Decreto Supremo N° 017-2007-EF.

ANA MARÍA TENENBAUM DE REÁTEGUI
Directora General
Encargada de la Secretaría General

RESOLUCION 1351

Recurso de reconsideración a la Resolución 1324 sobre Actualización de la Nómina de Bienes no Producidos en la Subregión y de la Nómina de Producción Exclusiva del Perú

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El artículo 83 del Acuerdo de Cartagena; las Decisiones 370, 414, 416, 425, 653, 675, 703 y 722; y la Resolución 756 de la Secretaría General; y,

CONSIDERANDO: Que, mediante Resolución 1324, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1840 del 2 de junio de 2010, la Secretaría General dispuso, en atención a una solicitud formulada por el Gobierno del Perú, excluir de la Nómina de Bienes no Producidos en la Subregión, las *“juntas o empaquetaduras”* y los *“(hilados texturados) de nailon o demás poliamidas, de título inferior o igual a 50 tex por hilo sencillo”*, correspondientes a las subpartidas NANDINA 4823.90.40 y 5402.31.00 respectivamente; disponiendo además su inclusión en la Nómina de Producción Exclusiva del Perú;

Que, dentro del plazo contemplado en el artículo 44 de la Decisión 425, la República del Ecuador interpone recurso de reconsideración a

la Resolución 1324, en el extremo que dispone la modificación de la Nómina de Producción Exclusiva del Perú (artículo 2); dada la existencia de producción ecuatoriana en la subpartida NANDINA 5402.31.00;

Que adicionalmente, el Gobierno de Ecuador solicita, de conformidad con el artículo 8 de la Resolución 756 *“Procedimiento para la actualización de la Nómina de Bienes No Producidos y la Nómina de Producción Exclusiva del Perú”*, se registre correctamente en la base de datos de producción de la subregión, la producción ecuatoriana correspondiente a la subpartida 5402.31.00;

Que para tales efectos, el Gobierno de Ecuador adjunta en el citado escrito de reconsideración, la Ficha Técnica de Verificación de Producción de la empresa ENKADOR S.A., debidamente diligenciada;

Que con fecha 23 de julio de 2010, la Secretaría General remitió las comunicaciones SG-F/D.1.9/814/2010 y SG-F/D.1.9/815/2010 a los



Gobiernos de Perú y Ecuador respectivamente; solicitándoles ampliar, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, la información remitida con respecto a la producción correspondiente a la subpartida NANDINA 5402.31.00; ello a efectos de poder verificar si dicha producción corresponde a la totalidad de bienes de la subpartida, o solo a parte de ellos;

Que con fecha 2 de agosto de 2010, el Gobierno de Ecuador remitió la Nota N° 18373/DGINC/2010, en la cual informa que la producción de la empresa ENKADOR S.A. correspondiente a la subpartida NANDINA 5402.31.00, no abarca otras poliamidas distintas al nailon;

Que con fecha 11 de agosto de 2010, el Gobierno de Perú remitió el Facsímil N° 175-2010-MINCETUR/VMCE/DNINCI, en el cual señala que la empresa Filamentos Industriales S.A. produce "hilados texturados de nylon - 6", clasificados en la subpartida 5402.31.00, sin hacer referencia alguna a la existencia de producción de otras poliamidas distintas al nailon;

Que la Secretaría General analizó la información proporcionada por el Gobierno del Ecuador, donde se detalla la identificación del producto, especificaciones técnicas, proceso productivo y materias primas e insumos, encontrando que existe información acerca de la capacidad instalada de producción anual, así como de la demanda interna y las exportaciones del referido producto realizadas en los últimos tres años;

Que del análisis de la información proporcionada por el Gobierno de Ecuador, se desprende que la empresa ENKADOR S.A. ha registrado producción interna correspondiente a la subpartida NANDINA 5402.31.00 durante los años 2007 al 2009, por un total de 333, 283 y 244 toneladas respectivamente;

Que esta Secretaría General ha verificado, de la revisión de la página de Internet de la empresa ENKADOR S.A. (www.enkador.com), que ésta produce hilatura de filamento de poliamida 6 desde el año 1987;

Que finalmente, este Órgano Comunitario ha verificado también que la República del Ecuador ha exportado, durante los últimos tres años, productos incluidos en la subpartida 5402.31.00; siendo que parte de dichas exportaciones fueron efectuadas por la empresa ENKADOR S.A., al menos durante el año 2009;

Que en virtud a ello, habiéndose comprobado que existe producción en Ecuador de una parte de los bienes comprendidos en la subpartida NANDINA 5402.31.00, corresponde a la Secretaría General acoger favorablemente el recurso de reconsideración formulado por dicho País Miembro;

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar fundado el recurso de reconsideración formulado por la República del Ecuador, y en consecuencia, modificar el artículo 2 de la Resolución 1324, de forma tal que se excluya a la subpartida NANDINA 5402.31.00 de la Nómina de Producción Exclusiva del Perú. En consecuencia, se modifica el artículo 2 de la Resolución 1324 con el siguiente texto:

Artículo 2.- *Modificar la Nómina de Producción Exclusiva del Perú con el fin de incluir los productos contenidos en las subpartidas NANDINA que se detallan a continuación:*

NANDINA DESIGNACIÓN DE LA MERCANCÍA
4823.90.40 Juntas o empaquetaduras

Artículo 2.- Modificar la Nómina de Bienes No Producidos en la Subregión con el fin de excluir los productos contenidos en la subpartida NANDINA que se detalla a continuación:

NANDINA DESIGNACIÓN DE LA MERCANCÍA
4823.90.40 Juntas o empaquetaduras

Artículo 3.- Modificar la Nómina de Bienes No Producidos en la Subregión con el fin de incluir los productos contenidos en la subpartida NANDINA que se detalla a continuación:

NANDINA	DESIGNACIÓN DE LA MERCANCÍA	OBSERVACION
5402.31.00	De nailon o demás poliamidas, de título inferior o igual a 50 tex por hilo sencillo	Únicamente: Hilados texturados de las demás poliamidas.



Artículo 4.- Dejar sin efecto el artículo 1 de la Resolución 1324.

Artículo 5.- Comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil diez.

ANA MARÍA TENENBAUM DE REÁTEGUI
Directora General
Encargada de la Secretaría General





