

RESOLUCIÓN N° 2292

Resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por Zinc Industrias Nacionales S.A. (ZINSA) e Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) contra la Resolución N° 2272.

LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los artículos 29, 30, 34, 39, 47, 48 y 49 del Acuerdo de Cartagena; los artículos 1 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; las Decisiones 425 y 885, y las Resoluciones 2183, 2272 y 2284 de la Secretaría General de la Comunidad Andina;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- [1] Que, con fecha 20 de junio de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina emitió la Resolución N°2272 Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Número 4491 de 20 de junio de 2022¹;
- [2] Que, el 3 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina recibió la comunicación de las empresas Zinc Industrias Nacionales S.A. (ZINSA) e Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA), mediante la cual interpusieron el recurso de reconsideración contra la Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina N°2272 Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm” y solicitaron la suspensión de los efectos de la Resolución 2272²;
- [3] Que, con carta de 15 de agosto de 2022, las empresas Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) y Zinc Industrias Nacionales S.A. (ZINSA) solicitaron información sobre el estado de la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución 2272 mientras se encuentre en proceso la emisión de la resolución que dará respuesta al Recurso de Reconsideración³;
- [4] Que, a través de la comunicación SG/E/D1/1105/2022⁴ de fecha 16 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina acusó recibo de la solicitud, admitió a trámite el recurso de reconsideración e inició el procedimiento de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N°2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, desestimó la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución recurrida por no contar con los elementos necesarios para evaluar si se cumple con las condiciones establecidas

¹ Folios 0329-0333

² Folios 0361-0438

³ Folios 1091-1175

⁴ Folios 1176-1179

en el artículo 41 de la Decisión 425, ya que la solicitud se limita a indicar un supuesto perjuicio económico de difícil reparación de las dos empresas peruanas que elaboran ánodos de zinc en forma de bolas de zinc, medias bolas y domes de zinc;

- [5] Que, mediante comunicación SG/E/D1/1106/2022⁵ de 16 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina corrió traslado de la admisión del Recurso de Reconsideración a las autoridades de Comercio de los Países Miembros de la Comunidad Andina;
- [6] Que, a través del Oficio N°015-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI⁶ de 17 de agosto de 2022, el Viceministerio de Comercio Exterior del Perú solicitó un plazo adicional de diez (10) días hábiles para la presentación de los comentarios;
- [7] Que, mediante comunicaciones del 18 de agosto de 2022, la empresa Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) presentó una nueva solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución N°2272; y un pedido de Declaración acerca de que la Resolución 2272 de 2022 no tiene efectos retroactivos⁷;
- [8] Que, con comunicación SG/E/D1/1130/2022⁸ de fecha 19 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina informó a los Países Miembros que atiende la solicitud del Gobierno del Perú, solicitada mediante Oficio N° 015-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI concediendo la prórroga solicitada de diez (10) días hábiles, hasta el 7 de septiembre de 2022, misma que, en virtud del principio de igualdad de trato a las partes, se extenderá a los demás Países Miembros;
- [9] Que, en la misma comunicación, la Secretaria General de la Comunidad Andina informó que con el ánimo de no vulnerar plazos y contar con el tiempo suficiente para realizar acciones que permitan resolver el recurso presentado por las empresas ZINSA e IEQSA, en atención a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 44 de la Decisión 425, se ha considerado pertinente extender el plazo hasta por quince días adicionales para emitir el pronunciamiento de este Órgano Comunitario;
- [10] Que, mediante correo electrónico el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, envió a la Secretaria General de la Comunidad Andina sus comentarios respecto al Recurso de Reconsideración presentado contra la Resolución N°2272⁹;
- [11] Que, a través del Oficio Nro.MPCEIP-SN-2022-0657-O¹⁰ de fecha 24 de agosto de 2022, recibido por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 25 de agosto de 2022, se adjuntó el Oficio Nro.SENAE-SENAE-2022-0991-OF de 23 de agosto de 2022, mediante el cual el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador emite sus comentarios respecto al Recurso de Reconsideración presentado contra la Resolución N°2272;
- [12] Que, en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Número 5024 de 25 de agosto de 2022, se publicó la Resolución N°2284¹¹ mediante la cual la Secretaría General de la Comunidad Andina resolvió suspender los efectos de la Resolución N°2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina del 20 de junio de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Número 4491 de la misma fecha, en tanto se emita la resolución definitiva que resuelve el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución N°2272;

⁵ Folios 1180-1181

⁶ Folios 1182-1246

⁷ Folios 1247-1284

⁸ Folios 1286-1287

⁹ Folios 1292-1294

¹⁰ Folios 1295-1299

¹¹ Folios 1303-1312

- [13] Que, con comunicación SG/E/D1/1157/2022¹² de 25 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina puso en conocimiento de los Países Miembros la Resolución N°2284;
- [14] Que, mediante comunicación SG/E/D1/1158/2022¹³ de 25 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina puso en conocimiento de las empresas Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA e Industrias Electro Químicas S.A. – IEQSA la Resolución N°2284;
- [15] Que, por medio de la comunicación SG/E/D1/1173/2022¹⁴ de 31 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina informó a las empresas Zinc Industrias Nacionales S.A. (ZINSA) e Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) la prórroga de diez (10) días hábiles otorgados a los Países Miembros de la Comunidad Andina para que emitan sus comentarios;
- [16] Que, a través de la comunicación SG/E/D1/1191/2022¹⁵ de 31 de agosto de 2022, la Secretaría General de la Comunidad Andina corrió traslado a las Autoridades de Comercio Exterior de los Países Miembros sobre el nuevo pedido de suspensión de los efectos de la Resolución N°2272 por parte de la empresa Industrias Electro Químicas S.A (IEQSA), documento base de la Resolución N°2284;
- [17] Que, con comunicación de fecha 6 de septiembre de 2022, recibida por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 7 de septiembre de 2022, las empresas IEQSA y ZINSA solicitaron se les traslade la documentación presentada por parte de los Países Miembros con relación al procedimiento y se convoque a las partes a audiencia (informe oral) antes de resolver¹⁶;
- [18] Que, mediante Oficio N°018-2022-MINCETUR/VMCE/DGGJCI¹⁷ de 7 de septiembre de 2022 el Viceministerio de Comercio Exterior del Perú remitió sus argumentos respecto a la absolución del recurso de reconsideración interpuesto por Zinc Industrias Nacionales S.A. – ZINSA e Industrias Electro Químicas S.A. – IEQSA contra la Resolución 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- [19] Que, mediante carta de fecha 9 de septiembre de 2022, las empresas Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) y Zinc Industrias Nacionales S.A. (ZINSA) remitieron a la Secretaría General de la Comunidad Andina dos (2) escritos del Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú dirigidos al Juez Vigésimo del Juzgado Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima; y solicitaron que cuando la SGCAN se pronuncie tome en consideración la documentación aportada¹⁸;
- [20] Que, una vez recibidos los cuestionamientos sobre los cuales se efectuará la respectiva revisión y análisis, en el particular se estima necesario referirnos previamente a los siguientes aspectos:

II. NATURALEZA Y ALCANCE DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

¹² Folio 1300

¹³ Folio 1301

¹⁴ Folios 1313-1312

¹⁵ Folios 1315-1316

¹⁶ Folios 1321-1326

¹⁷ Folios 1327-1389

¹⁸ Folios 1390-1419

- [21] El jurista García de Enterría explica que el recurso de reconsideración procede contra “los actos que ponen fin a la vía administrativa y se interpone ante y se resuelve por el propio órgano que dictó aquellos, al que, en definitiva, se pide que reconsidere su primera decisión”¹⁹
- [22] Por su parte, Miguel Rojas indica que “[s]e trata de un recurso horizontal por cuanto corresponde resolverlo a la misma autoridad, y ordinario porque puede fundarse en cualquier motivo jurídico de discrepancia con la decisión”²⁰ El mismo autor señala que “[p]or medio del recurso de reposición o reconsideración el afectado con la decisión provoca un nuevo estudio de la cuestión decidida, por la misma autoridad que la emitió, con el fin de que sea revocada o modificada en beneficio de sus intereses”.²¹
- [23] En la misma línea, Agustín Gordillo señala que “[p]ara algunos autores ‘reconsiderar’ es no sólo ‘reexaminar’, sino ‘reexaminar atentamente’”.²² Asimismo, señala que el “[r]ecurso de reconsideración es el que se presenta ante el mismo órgano que dictó un acto, para que lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio. [...]”²³
- [24] Ahora bien, conforme a lo señalado por Lares Martínez, de manera motivada “la autoridad puede, si desestima las razones del recurrente, confirmar la medida impugnada”²⁴
- [25] En el ámbito comunitario, el artículo 37 de la Decisión 425, establece que los interesados podrán solicitar a la SGCAN, la reconsideración de cualquier Resolución que emita este Órgano Comunitario, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido:

“Artículo 37.- Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas estén vigentes.”

- [26] Asimismo, el artículo 39 dispone que, al solicitar la reconsideración de actos de la SGCAN, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. En adición, indica que cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas:

“Artículo 39.- Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas.”

¹⁹ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. pp. 1483 – 1484.

²⁰ Rojas Miguel (2017). Lecciones de Derecho Procesal, Tomo 1, Teoría del Proceso. p. 301.

²¹ Ibidem.

²² Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. p. 442.

²³ Ibidem.

²⁴ Lares, Martínez, Manual de Derecho Administrativo, p. 627. En el mismo sentido véase Morón, Urbina. Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo. p. 661.

- [27] Por su parte, el artículo 40 de la Decisión 425, señala que corresponde al interesado recurrente probar los vicios que en su opinión afectan al acto recurrido, salvo que un acto sea impugnado por razones de incompetencia de la SGCAN, o por lo previsto en Decisiones sobre temas especiales.

III. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

3.1 Fundamentos de Hecho. Acciones y Omisiones que dan lugar a la Reconsideración de la Resolución 2272.²⁵

- [28] IEQSA y ZINSA (LAS EMPRESAS) señalan que son dos personas jurídicas constituidas en el Perú, dedicadas a la actividad industrial. Entre los productos que elaboran cada una de ellas se encuentran los denominados ánodos de zinc en forma de bolas de zinc, medias bolas y domes de zinc (entre otras).
- [29] LAS EMPRESAS sostienen que con el propósito de destinar los ánodos de zinc en forma de bolas, medias bolas y domes de zinc al régimen de exportación definitiva, se clasifican dichos productos en la subpartida nacional 7907.00.90.00 (subpartida NANDINA 7907.00.90). Ello se lleva a cabo al amparo del adecuado análisis merceológico efectuado sobre la base de un estudio detallado de las referidas mercancías (sustentado en diversos informes emitidos por entidades privadas y públicas) y a la correcta aplicación de las Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria.
- [30] IEQSA y ZINSA han manifestado que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria de la República del Perú (SUNAT) ha aceptado pacíficamente la clasificación arancelaria de las mercancías realizada por LAS EMPRESAS desde 1998 hasta fines del 2017, año en el que esa entidad cuestionó la clasificación arancelaria de los ánodos de zinc en los regímenes de exportación tramitados por LAS EMPRESAS con la única finalidad de desconocer el derecho a acogerse al régimen de restitución simplificada de derechos arancelarios (*drawback*) que les corresponde. Teniendo como sustento esa incorrecta interpretación, en 2018 la SUNAT inició una serie de procedimientos de fiscalización respecto del acogimiento de LAS EMPRESAS al régimen de *drawback* por los periodos no prescritos (desde el 2014 en adelante).
- [31] Indican LAS EMPRESAS que SUNAT, en su calidad de autoridad aduanera peruana, ha venido cuestionando desde finales de 2017, la clasificación arancelaria consignada por LAS EMPRESAS. Dicha autoridad sostiene que los productos consistentes en ánodos de zinc, en forma de bolas, medias bolas y domes de zinc se deberían clasificar en la subpartida nacional 7901.11.00.00 o 7901.12.00.00 (establecida para el zinc en bruto) las cuales se encuentran excluidas del régimen de restitución simplificada de derechos arancelarios o *drawback*.
- [32] Sostienen que la SUNAT inició acciones de fiscalización en las que se cuestionaba el acogimiento de LAS EMPRESAS al régimen de *drawback* (sustentado en una supuesta incorrecta clasificación arancelaria consignada en las declaraciones de exportación de los ánodos de zinc en forma de bolas, medias bolas y domes de zinc de los años precedentes) y, sobre la base de ello, ha requerido la devolución del beneficio obtenido durante los periodos no prescritos e impuesto sanciones a LAS EMPRESAS, más los intereses correspondientes.
- [33] Indican que pese a las acciones de la SUNAT (en su calidad de primera instancia administrativa en materia aduanera), LAS EMPRESAS han logrado consistentemente obtener pronunciamientos favorables en la segunda y última instancia administrativa (mediante resoluciones emitidas por la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal), así como ante

²⁵ Folios 0363-0375

el Poder Judicial de la República del Perú (resoluciones de juzgados especializados en lo contencioso administrativo con subespecialidad en temas tributarios y aduaneros), logrados en el marco de los diversos procesos contencioso administrativos impulsados por la SUNAT contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal.

- [34] IEQSA y ZINSA señalan que las resoluciones y sentencias obtenidas en todos los procedimientos seguidos individualmente por LAS EMPRESAS, ante el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial, de manera uniforme y consistente, la máxima autoridad peruana en materia aduanera y última instancia administrativa, ha acogido la posición de LAS EMPRESAS en el sentido que la clasificación arancelaria correcta para sus productos es a través de la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 y no mediante aquella que incorrectamente pretendía aplicar la SUNAT como es la subpartida arancelaria 7901.11.00.00 o 7901.12.00.00, criterio que ha sido declarado consistentemente contrario a la Ley e incluso nulo por el Tribunal Fiscal.
- [35] Puntualizan que en el marco de estos procesos judiciales de índole contencioso administrativa, LAS EMPRESAS han tomado conocimiento de modo circunstancial que, a inicios del presente año, la Procuraduría Pública de la SUNAT, en coordinación con el MINCETUR de la República del Perú, solicitó a la SGCAN la emisión de un Criterio Vinculante de Clasificación de Mercancías respecto del producto ánodos de zinc, a fin de que determinen la subpartida NANDINA que corresponde a los productos que fabrican y exportan LAS EMPRESAS. Que, conforme han podido conocer recientemente, el 18 de enero de 2022, el MINCETUR por intermedio de su Dirección General de Negociaciones Comerciales Internacionales, remitió el Oficio 008-2022-MINCETUR/VMCE-DGNCI a la SGCAN, solicitando que emita un Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria al amparo de la Resolución 2183 de la SGCAN, alegando que existía una discrepancia de criterios en la clasificación arancelaria de un producto similar comercialmente denominado “BOLAS DE CINC DE 50 mm” en Perú y, “ÁNODOS O BOLAS DE ZINC” en Colombia. Asimismo, el MINCETUR añadió que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del Reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA, aprobado por la Resolución 2183 de la CAN, estaba solicitando la emisión de la Resolución de “Criterio Vinculante de Clasificación de Mercancías”, a fin de que señale la subpartida NANDINA que le corresponde a dicha mercancía.
- [36] IEQSA y ZINSA señalan que en el Informe Técnico 000799-2021-SUNAT/313300 de 21 de diciembre de 2021, con el cual sustentó el MINCETUR su pedido, la SUNAT afirma que:

“Conforme a competencia funcional, las autoridades aduaneras de Perú (SUNAT) y de Colombia (DIAN) han emitido resoluciones que evidencian discrepancia de criterios respecto de la clasificación arancelaria de un producto similar, comercialmente denominado “BOLAS DE CINC DE 50 MM” en Perú y, “ÁNODOS O BOLAS DE ZINC” en Colombia”.

- [37] LAS EMPRESAS indican que en el referido informe, la SUNAT señala que mientras que en Perú la Resolución de División 298-2021-SUNAT/313300 del 25 de abril de 2021 emitida por la SUNAT, de Perú clasifica al producto denominado “BOLAS DE CINC DE 50MM” en la subpartida nacional 7901.11.00.00 (NANDINA 7901.11.00); en el caso de Colombia, la Resolución Número 000137 del 13 de enero de 2021 emitida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, la DIAN) de la República de Colombia, clasifica al producto denominado “ANODOS O BOLAS DE CINC” en la subpartida 7907.00.90.00 (NANDINA 7907.00.90). Debido a ello, en su informe la SUNAT concluye que en razón de existir diferentes criterios de clasificación para una mercancía similar entre Perú y Colombia; es decir, al constatarse una discrepancia de opinión entre las autoridades aduaneras de ambos países respecto de la clasificación arancelaria de un producto similar y, en atención a lo dispuesto por los artículos 16 y 17 del Reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA, aprobado por Resolución 2183, la SUNAT solicita que se eleve

el caso ante la SGCA, para que los expertos en clasificación arancelaria determinen un criterio que será de observancia obligatoria para los Países Miembros de la Comunidad Andina.

- [38] IEQSA y ZINSA señalan: *“Lo que llama poderosamente la atención respecto a dicho informe, es que la SUNAT sustenta la supuesta discrepancia de criterios de clasificación arancelaria, en una resolución emitida por esa misma entidad (Resolución de División 000298-2021-SUNAT/313300) el 25 de abril de 2021.”*
- [39] Sostienen LAS EMPRESAS que la SUNAT en su calidad de autoridad aduanera de primera instancia, no hizo referencia o mención alguna en su informe a que, desde el año 2019 (y de manera consistente), la segunda instancia (y superior jerárquico de SUNAT) en temas aduaneros como es el Tribunal Fiscal, así como también el Poder Judicial del Perú (en el marco de procesos contencioso administrativos cuyos expedientes recayeron en los juzgados con especialización en temas aduaneros), han revocado todos sus pronunciamientos; determinando que la subpartida arancelaria aplicable a los productos conocidos como Bolas de Zinc es la subpartida 7907.00.90.00 (NANDINA 7907.00.90) y no la subpartida nacional 7901.11.00.00 (NANDINA 7901.11.00), tal como afirma la SUNAT.
- [40] Indican que, si la SUNAT no hubiera omitido esa información sustancial al elaborar su informe, la misma que pone en evidencia que las instancias superiores a dicha entidad pública habían ratificado la interpretación históricamente sostenida en el Perú por más de dos décadas, muy probablemente, tanto el MINCETUR primero (antes de plantear el pedido de emisión de Criterio Vinculante) como la propia SGCAN al dar trámite al pedido de emisión de Criterio Vinculante; habrían advertido que en realidad no existía discrepancia en cuanto a los criterios de clasificación arancelaria en lo concerniente al producto bolas de zinc, y ello hubiera evitado que se adoptara el criterio vinculante objeto de su solicitud de reconsideración. Ello se debe a que tanto la autoridad aduanera colombiana (DIAN), como la máxima instancia en dicha materia en el Perú como es el Tribunal Fiscal coinciden en que la subpartida arancelaria aplicable a dichos productos es la subpartida 7907.00.90.00 (NANDINA 7907.00.90).
- [41] IEQSA y ZINSA agregan que, si la SUNAT hubiera informado adecuadamente al MINCETUR acerca de todos los antecedentes actuados durante los últimos tres (3) años a nivel administrativo y judicial en el Perú en lo que concierne a la clasificación arancelaria correspondiente a las Bolas de Zinc, lo que por cierto no es una omisión menor de parte de la SUNAT; resulta altamente probable que dicho ministerio no hubiera impulsado el procedimiento para la adopción del Criterio Vinculante sobre las Bolas de Zinc, puesto que la última de las entidades mencionadas habría advertido claramente que no existía una diferencia de criterios entre las autoridades aduaneras de Colombia y Perú para clasificar arancelariamente esa mercancía y, en todo caso, aún de haberse presentado el caso ante la SGCAN, resulta claro que ésta hubiera desestimado el pedido al no cumplirse los requisitos contemplados en los artículos 16 y 17 de la Resolución 2183 de la SGCA.
- [42] Indican que otro aspecto que resulta preocupante es que LAS EMPRESAS tomaron conocimiento que la SGCAN emitió y publicó en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, la Resolución 2272 del 20 de junio de 2022, mediante la cual se estableció un Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común (NANDINA) del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”, sin que previamente se les haya dado la posibilidad de participar en el proceso de adopción de dicho criterio. En dicha Resolución se señala que estos productos se encuentran comprendidos en la subpartida 7901.11.00. En otras palabras, aquella que ha pretendido incorrectamente aplicar la SUNAT desde finales de 2017. Y que más grave aún, la SUNAT también omitió informar al MINCETUR y, por consiguiente, a la SGCAN, que la Resolución de División 000298- 2021-SUNAT/313300 que sustenta la supuesta discrepancia de criterio en cuanto

a clasificación arancelaria de las Bolas de Zinc entre dos (2) Países Miembros de la CAN, y que además es el único sustento de la supuesta postura aduanera peruana acerca de que la subpartida arancelaria aplicable en el Perú; fue impugnada en el mes de mayo de 2021 (es decir, medio año antes de que emita su Informe Técnico 000799- 2021-SUNAT/313300 que sustentó el pedido de emisión de Criterio Vinculante ante la SGCAN) y que, finalmente, el 1 de junio de 2022 (es decir, diecinueve días antes que la SGCAN emita la Resolución 2272 a través de la que aprobó el Criterio Vinculante; dicha resolución fue declarada NULA (es decir, inválida e inexistente) por el Tribunal Fiscal mediante Resolución 4027-A-2022.

- [43] IEQSA y ZINSA manifiestan que la resolución del Tribunal Fiscal es categórica al indicar por qué anuló y dejó sin efecto la Resolución de División 000298-2021-SUNAT/313300 indicando lo siguiente:

“(...) la Administración Aduanera al emitir la Resolución de División N° 000298-2021- SUNAT/313300, no cumplió con tomar en cuenta estos dos aspectos que se detallan a continuación, el primero, referido a sustentar desde el punto de vista de la Nomenclatura, cuáles serían esos trabajos superiores a un desbarbado grosero, y porque el prensado y tamboreo no podrían ser considerados como dichos trabajos superiores, y porque el proceso de obtención del producto presentado por la recurrente no puede ser considerado como proceso de manufactura, análisis determinante para verificar si corresponde o no clasificar la mercancía en la Partida 79.07, asimismo, en segundo lugar, tampoco verificó si existe o no en el Índice de Criterios de Clasificación aprobados por la Organización Mundial de Aduanas (OMA) la clasificación de la mercancía, análisis que resultan de vital importancia para poder determinar la correcta clasificación arancelaria (...)”.

- [44] Indican LAS EMPRESAS que el Tribunal Fiscal considera que la SUNAT ha efectuado un deficiente análisis al momento de emitir la Resolución que fue materia de apelación, tal como ha resuelto consistentemente desde el año 2019. Por consiguiente, llama la atención que la SUNAT no haya informado al MINCETUR y a la SGCAN que el único sustento de su pedido de emisión de Criterio Vinculante, es decir, la Resolución de División 000298-2021-SUNAT/313300, se encontraba contradicha ante el Tribunal Fiscal; y que existían altísimas probabilidades que el Tribunal Fiscal dejara sin efecto dicho acto administrativo sobre la base de los reiterados y consistentes pronunciamientos de esa alta autoridad administrativa en los casos objeto de las impugnaciones realizadas por IEQSA y ZINSA durante los últimos años). La SUNAT nunca comunicó a MINCETUR y a la SGCAN que el único sustento de su pretensión fue dejado sin efecto inclusive antes de la emisión del Criterio Vinculante. La citada declaración de nulidad, deja sin soporte alguno el pedido que impulsó el Estado Peruano a solicitud de la SUNAT y, por lo tanto, invalida todo el procedimiento de emisión de Criterio Vinculante seguido ante la SGCAN, incluyendo por supuesto su resultado contenido en la Resolución 2272.

- [45] IEQSA y ZINSA manifiestan que resulta llamativo lo señalado en la Resolución 2272, en particular en lo que se refiere a la posición presentada por la República de Colombia, toda vez que en la parte considerativa de la mencionada resolución se indica lo siguiente:

“mediante comunicación electrónica de 2 de mayo de 2022, el gobierno de Colombia emitió su opinión respecto a la solicitud de criterio vinculante de clasificación arancelaria para la mercancía “BOLAS DE CINCO DE 50 mm” en la que explicó que las bolas (esferas) o semiesferas y similares de cinc que no presenten trabajos adicionales sobre su superficie, se deben considerar como cinc en bruto, en tal sentido, y en aplicación de la Regla General Interpretativa 1 que la mercancía se clasifica en la partida arancelaria 79.01”.

- [46] LAS EMPRESAS señalan que con anterioridad a la activación del procedimiento para emisión de Criterio Vinculante impulsado por la República del Perú a instancia de la SUNAT, la autoridad aduanera de la República de Colombia (la DIAN) tenía claro de manera pacífica que la clasificación arancelaria correspondiente a las Bolas de Zinc era la prevista en la Resolución 000137 del 13 de enero de 2020, es decir la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 (NANDINA 7907.00.90). Esa situación además fue comunicada formalmente por la DIAN a los recurrentes y también es reconocida por la propia SUNAT que así lo indica en su informe técnico utilizado como sustento de su pedido para que se active la emisión de un Criterio Vinculante.
- [47] LAS EMPRESAS agregan que a través de la Resolución 000137, la DIAN determinó clasificar la mercancía consistente en Bolas de Zinc (ánodos de zinc) *“en la subpartida 7907.00.90.00 del Arancel de Aduanas, como una manufactura de zinc, de color plateado, de forma geométrica circular, en aplicación de las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del mencionado texto arancelario, contenidas en el Decreto 2153 de 2016 y sus modificaciones”*. Resulta inexplicable que de forma repentina y sin mayor explicación que lo justifique, durante el trámite del procedimiento que dio lugar a la emisión de la Resolución 2272, según lo expresado en dicho acto administrativo, la República de Colombia haya modificado la clasificación arancelaria aplicable a las Bolas de Zinc, contradiciendo lo expresado por la autoridad aduanera de Colombia como es la DIAN, que no solamente informó a través de un acto formal (Resolución Número 000137 del 13 de enero de 2021) a una de LAS EMPRESAS (específicamente a ZINSA) que la subpartida arancelaria aplicable a las Bolas de Zinc era la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 (NANDINA 7907.00.90), sino que además el propio Jefe de Coordinación de Clasificación Arancelaria de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, en comunicación cursada a una de las recurrentes en el mes de octubre de 2021, manifestó que la DIAN *“no ha adelantado ni adelantará ningún tipo de actuación que contradiga la voluntad del interesado”* en lo concerniente a la clasificación arancelaria del producto Bolas de Zinc.
- [48] IEQSA y ZINSA sostienen que resulta preocupante que durante el procedimiento de determinación se haya impedido o cuando menos obviado la participación de LAS EMPRESAS, siendo estas las principales y directamente afectadas por cualquier decisión que la SGCA pudiera adoptar respecto a la clasificación arancelaria, como en la práctica ha sido la emisión del Criterio Vinculante contenido en la Resolución 2272.
- [49] IEQSA y ZINSA señalan que cuando de forma no oficial LAS EMPRESAS tomaron conocimiento que se encontraba en trámite y ya bastante avanzado el procedimiento seguido ante la SGCA para la emisión del Criterio Vinculante (el pedido del MINCETUR se formuló en el mes de enero de 2022 y el procedimiento culminó el 20 de junio de este año con la emisión y difusión de la Resolución 2272); el 1 de junio de 2022 el funcionario de una de las recurrentes solicitó acceso a la información respecto de dicho procedimiento. En respuesta a ello, la SGCAN respondió mediante Carta SG/E/DI/786/2022 del 03 de junio de 2022, señalando expresamente lo siguiente:
- ““(…) el órgano de enlace es la entidad que presenta la solicitud de emisión de criterios vinculantes de clasificación de mercancías a la Secretaría General de la CAN (…) siendo para el caso del Perú, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo la entidad que, de acuerdo a la norma, presentará tanto la solicitud como la documentación que sustente la misma”*
- El órgano de enlace coordinará con la aduana del País Miembro la elaboración del informe técnico y a su vez con la empresa interesada”*
(Subrayado agregado)”
- [50] IEQSA y ZINSA indican que en vista de la respuesta otorgada por la SGCAN, el 9 de junio de 2022 el funcionario de una de las recurrentes, reiteró su solicitud de acceso a la

información respecto al procedimiento de clasificación en trámite, obteniendo como respuesta de la SGCAN, mediante Carta SG/E/DI/820/2022 del 10 de junio de 2022 lo siguiente:

“Mediante comunicación SG/E/D1/786/2022, de 3 de junio de 2022, cuya copia se adjunta, se informó que este procedimiento no puede hacerlo sino, únicamente, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo conjuntamente con la autoridad aduanera del país, en este caso la SUNAT, en coordinación con la empresa productora de la mercancía.”

- [51] Puntualizan LAS EMPRESAS que lo indicado por la propia SGCAN en la referida comunicación resulta revelador por cuanto ella, con anterioridad a la emisión del Criterio Vinculante referido a la clasificación arancelaria aplicable a las bolas de zinc, informó a una de LAS EMPRESAS que cuando la autoridad aduanera del Perú (la SUNAT) elabore el informe técnico que serviría de sustento para pedir la emisión de un Criterio Vinculante; debería ser coordinado previamente tanto con el órgano de enlace (el MINCETUR) así como con LAS EMPRESAS interesadas y productoras, en este caso IEQSA y ZINSA. Sin embargo, en la práctica ello no ocurrió así pues el informe técnico que emitió la SUNAT y que presentó al MINCETUR para que a su vez éste solicite a la SGCAN la emisión del Criterio Vinculante se elaboró sin participación ni conocimiento de LAS EMPRESAS, las cuales recién durante el mes de julio de 2022 han podido acceder a la información que respaldó el pedido de la República del Perú para la emisión del Criterio Vinculante.
- [52] IEQSA y ZINSA agregan que ello pone de manifiesto que no se han cumplido reglas elementales e indispensables para el desarrollo del procedimiento ante la SGCAN, razón que por sí misma pone en evidencia el vicio e invalidez insalvables que afectan al procedimiento seguido ante dicho órgano de la CAN, debido a omisiones exclusivamente imputables a las autoridades peruanas. En otras palabras, la SUNAT y el MINCETUR han actuado sin considerar a LAS EMPRESAS, dejando a estas en situación de indefensión al no haberles brindado la oportunidad de conocer el procedimiento que se estaba planteando y, por tanto, no haber tenido la oportunidad de expresar su punto de vista y presentar el sustento de su posición en relación con la pretensión de la SUNAT para que se emita un innecesario Criterio Vinculante para la clasificación arancelaria de las bolas de zinc.
- [53] Señalan que se debe tener presente que el artículo 17 de la Resolución 2183 de la CAN respecto a que *“Las solicitudes de emisión de Criterios Vinculantes de Clasificación de Mercancías que formulen a la Secretaría General los Países Miembros a través de sus respectivos órganos de enlace, previo informe técnico de su Administración Aduanera, deberán contener los datos siguientes:(...)”* La Referida disposición resulta clara en el sentido que el órgano de enlace (en el caso de Perú, el MINCETUR) es quien debe formular la solicitud, la cual debe cumplir con indicar toda la información que establece el artículo 17. Sin embargo, en el caso de la solicitud cursada por el MINCETUR a la SGCAN mediante Oficio 008-2022-MINCETUR/VMCE-DGNCI, a través de la que se solicitó la emisión de un Criterio Vinculante referido a la clasificación arancelaria de las bolas de zinc, se aprecia que el referido órgano de enlace del Estado Peruano, únicamente señaló lo siguiente:

“Me dirijo a usted con relación a la discrepancia de criterios en la clasificación arancelaria de un producto similar, comercialmente denominado “BOLAS DE CINCO DE 50 MM” en Perú y, “ÁNODOS O BOLAS DE ZINC” en Colombia. Sobre el particular, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del Reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA, aprobado por la Resolución N° 2183, se solicita la emisión de la Resolución de “Criterio Vinculante de Clasificación de Mercancías”, a fin de que señale la subpartida NANDINA que le corresponde a dicha mercancía. En ese sentido, se adjunta al presente, un Informe Técnico elaborado por la División de Clasificación

Arancelaria de esta Intendencia de la SUNAT, conforme a lo establecido en el artículo 17 del Reglamento citado”.

- [54] Indican, IEQSA y ZINSA que el MINCETUR se limitó a adjuntar a su solicitud el informe técnico previo elaborado por la SUNAT en su calidad de entidad competente en materia aduanera en el Perú, omitiendo desarrollar los seis (6) ítems exigidos en el artículo 17 de la Resolución 2183 de la CAN. Si bien el informe técnico de la SUNAT hace alusión a dichos seis (6) elementos exigidos por la normativa andina, lo cierto es que ello no corresponde a la SUNAT (a la que solamente le compete elaborar el informe técnico previo), y con dicho insumo, es el MINCETUR quien debió analizar, convocar a los interesados y considerar dicha información; y en caso compartir dicho criterio, hacerla suya de modo tal que la solicitud para la adopción del Criterio Vinculante recogiera la posición oficial del Estado Peruano, lo que en la práctica no ha ocurrido, dado el carácter sucinto de la solicitud formulada por la República del Perú.
- [55] IEQSA y ZINSA sostienen que conforme a lo expresamente indicado por la SGCAN en su Carta SG/E/DI/786/2022 del 3 de junio de 2022 y en su Carta SG/E/DI/820/2022 del 10 de junio de 2022, el referido informe técnico debió ser coordinado por MINCETUR con la autoridad aduanera nacional y con las empresas interesadas. Pero lo cierto es que, como se anticipó, LAS EMPRESAS no solo no participaron en la elaboración y emisión de dicho informe técnico de la SUNAT, sino que ni siquiera conocieron de su existencia ni de la intención de la SUNAT, el MINCETUR y de la República del Perú en impulsar el procedimiento ante la SGCAN para la emisión del Criterio Vinculante. Es por ello que en dicho viciado e ilegal informe técnico, existen aseveraciones que faltan a la verdad, como es el caso de la contenida en la página 5 de ese documento en que se afirma que “Perú clasifica el producto bajo el código arancelario 7901.11.00”, lo que no se condice con la realidad dado que la SUNAT conoce perfectamente que desde 1998 las bolas de zinc en el Perú han estado clasificadas dentro de la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 y, aunque desde finales de 2017 la SUNAT ha pretendido que ello se modifique; lo cierto es que de forma uniforme y reiterada, su superior jerárquico como es el Tribunal Fiscal, con posterioridad el Poder Judicial del Perú, han desvirtuado dicha posición, ratificando que la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 es la que corresponde aplicar a dicha mercancía.

3.2 Fundamentos Técnicos y Merceológicos que sustentan el pedido de Reconsideración de la Resolución 2272²⁶.

- [56] Las empresas ZINSA e IEQSA señalan que como productores y concedores en la realidad del producto al cual se aplica el Criterio Vinculante, ellas cuentan con una opinión sustentada, consistente y categórica que difiere de la errada decisión reflejada en la Resolución 2272, error ocasionado por la actuación impulsada por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).
- [57] Asimismo, señalan que los productos bolas de zinc no se le puede atribuir incorrectamente la condición de lingotes de zinc (zinc en bruto), pues si bien el proceso de obtención de las bolas de zinc involucra el colado del lingote de zinc y su colocación en estado líquido en moldes en forma esférica, dicha situación en modo alguno resulta determinante para concluir que las mercancías bolas de zinc tienen la condición de lingotes de zinc (productos de zinc en bruto).
- [58] Además, exponen que el hecho de atribuirle la condición de lingotes de zinc a los productos bolas de zinc, implicaría caer en el absurdo de someter al zinc en bruto en forma de lingotes a un proceso de manufactura para obtener nuevamente zinc en bruto en forma de lingotes.

²⁶ Folios 0375-0398

- [59] En complementación, las Notas Explicativas del Capítulo 79 del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (en adelante, SA) de la Organización Mundial de Aduanas (en adelante, OMA) evidencia cual es la forma de obtención del zinc en bruto. Así, en las Consideraciones Generales señala lo siguiente:

“El zinc se extrae principalmente del mineral sulfurado (bienda o esfalerita y, en menor grado, de los minerales carbonatados y solicitados (smithsonita, calamina, etc) (véase la Nota Explicativa de la partida 26.08).

El mineral se enriquece primero y después se transforma por tostación o calcinación, en óxido de zinc (en el caso de los minerales sulfurados o carbonatados) o en el silicato anhidro de zinc (en el caso de los minerales silicatados). El zinc se extrae a continuación por reducción térmica o por electrólisis (salvo en el caso de los silicatos).

*I. La reducción se hace calentando el óxido o el silicato de zinc mezclados con coque en crisoles cerrados. La temperatura es suficiente para producir vapores de zinc que se condensan por enfriamiento en aparatos llamados condensadores **en los que se recoge la mayor parte del zinc en bruto.** El zinc impuro puede utilizarse directamente para la galvanización, pero puede también afinarse por distintos procedimientos.*

Se recoge igualmente una parte del zinc en forma de polvo de metal impuro en los dispositivos llamados alargaderas, que prolongan los crisoles.

Un perfeccionamiento moderno de este procedimiento se basa en la reducción continua del óxido de zinc y la destilación en retortas verticales. Este procedimiento da un metal muy puro que se utiliza para la obtención de aleaciones por moldeo a presión.

II. En el procedimiento por electrólisis, el óxido de zinc se disuelve en ácido sulfúrico diluido. La disolución de sulfato de zinc obtenido así, a la que previamente se le han eliminado las impurezas (cadmio, hierro, cobre, etc.) se somete a la electrólisis, obteniéndose un zinc muy puro.

El zinc también se obtiene refundiendo los desperdicios y desechos de zinc.”

- [60] Por lo anterior y de acuerdo con los alcances previstos en las Consideraciones Generales de las Notas Explicativas del Capítulo 79 del SA, advertimos que tales alcances se circunscriben al proceso de obtención del zinc en bruto, proceso que coincide con el de obtención del lingote de zinc (zinc en bruto).
- [61] Además, señalan que la afirmación de atribuirle la condición de lingotes a los productos bolas de zinc carece de sustento técnico, pues de acuerdo con la nota del numeral 3.2 de norma técnica BS EN 1179:2003 zinc primario (zinc en bruto) “es normalmente suministrado en forma de lingote, pero también podría encontrarse en formas líquidas (...)” (Traducción libre). Siendo así, tenemos que, conforme a la norma técnica, el lingote es la forma usual del zinc en bruto.
- [62] Con la finalidad de complementar el entendimiento de las formas primarias o brutas de zinc, la Real Academia Española (RAE) reconoce las siguientes acepciones respecto al término bruto: “Dicho de una cosa: Tosca y sin pulimento”; “Dicho de un producto: En su estado natural”. En ese sentido, un producto “bruto” es aquel que no ha pasado por procesos de manufactura, por lo que se presenta en una forma primaria (tosca y sin pulimento).
- [63] Para mayor claridad, las empresas ZINSA e IEQSA se remiten a lo previsto a la nota 7 del capítulo 39 del Arancel de Aduanas, que si bien ha previsto las reglas aplicables a una

mercancía distinta al zinc (plástico y sus manufacturas), precisa lo que se debe entender por formas primarias. Así, la nota señala que:

“(...) la expresión formas primarias se aplica únicamente a las formas siguientes:

a) Líquidos y pastas, incluidas las dispersiones (emulsiones y suspensiones) y las disoluciones;

*b) bloques **irregulares, trozos, grumos**, polvo (incluido el polvo para moldear), gránulos, copos y **masas no coherentes similares**”.*

[64] Por lo tanto, para las empresas ZINSA e IEQSA le es claro que las formas brutas o primarias consisten en formas irregulares, no coherentes, sin pulimento, situación que cobra relevancia en el hecho que la forma en un producto en bruto o primario no es determinante. Resultando evidente que los productos Bolas de Zinc, al poseer una forma definida y que ha sido obtenida en base a un proceso de manufactura que parte de la segunda etapa de la cadena productiva del zinc y no de la primera (como es el caso de los lingotes), en modo alguno califican como solo lingotes de zinc.

[65] Finalmente, las empresas ZINSA e IEQSA con sus exposiciones de informes y fichas técnicas del sector productivo especializado e interpretaciones de las Notas Explicativas del capítulo 79 de la Sistema Armonizado, dejan en claro que los productos “Bolas de Zinc” se deben clasificar en la subpartida NANDINA 7907.00.90 y no por la subpartida NANDINA 7901.00.00 con lo resuelve la Resolución 2272, debido a que estos productos no son materia prima sino un producto manufacturado debido a los procesos descritos en su Recurso de Reconsideración y anexos adjuntados al mismo.

3.2 Fundamentos de Derecho que sustentan el pedido de Reconsideración de la Resolución N°2272 ²⁷

[66] IEQSA y ZINSA sustentan su pedido de Reconsideración contra la Resolución 2272 en los artículos 37 y 39 de la Decisión 425 y fundamenta su Recurso de Reconsideración en las siguientes causales:

3.2.1 La Resolución 2272 es nula de pleno derecho pues se adoptó “con prescindencia de normas esenciales del procedimiento” por no haberse vinculado a la EMPRESAS al procedimiento administrativo, a pesar de tener un interés directo por ser productoras de Bolas de Zinc.

[67] Las empresas IEQSA y ZINSA, en su escrito de Reconsideración han argumentado que la Resolución 2272 es nula de pleno derecho por cuanto en el procedimiento administrativo que culminó con su expedición se vulneró gravemente el debido proceso, derecho de audiencia, derecho de defensa y de contradicción de las EMPRESAS al no haber sido convocadas al procedimiento para la modificación del Criterio Vinculante, a pesar de tener un interés directo en el mismo por ser las únicas productoras de bolas de zinc en los Países Miembros de la Comunidad Andina. Es decir, son las únicas afectadas en sus derechos subjetivos e intereses legítimos como consecuencia de la adopción del Criterio Vinculante de Interpretación que señala que dicho producto debe clasificarse en la partida 79.01 y no en la partida 79.07, como pacíficamente lo había señalado la propia la SUNAT para Perú desde 1998, y como lo había señalado recientemente la DIAN para Colombia en la Resolución 137 de 2021.

[68] LAS EMPRESAS han enfatizado que según lo establecido en el artículo 2 de Decisión 425, para los efectos de cualquier procedimiento administrativo que adelante la SGCAN, define

²⁷ Folios 0398-0421

legalmente qué se entiende por interesado. De acuerdo con dicho artículo, interesado es cualquier persona natural o jurídica que acredite ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo para actuar en el procedimiento de incumplimiento que adelantó la Secretaría General. Como consecuencia de la solicitud para la determinación del Criterio Vinculante de interpretación para la clasificación arancelaria de las Bolas de Zinc, que pacíficamente desde 1998 la SUNAT consideraba acertado en la partida 79.07, para modificarla a su conveniencia a la partida 79.01, en el procedimiento administrativo que se adelantó con fundamento en la Resolución 2183 de la SGCA; se debió aplicar la Decisión 425 como norma de superior jerarquía para garantizar la participación de los interesados, en este caso, las EMPRESAS por ser las únicas productoras en la Comunidad Andina de las Bolas de Zinc. Más aún cuando un cambio de clasificación de la partida 79.07, en la que se obtiene el beneficio del drawback por las exportaciones del producto, a la 79.01, las privaría de ese beneficio, con las graves consecuencias negativas para la industria.

[69] IEQSA y ZINSA han argumentado que en el procedimiento administrativo que culminó con la Resolución 2272, se omitió la obligación de aplicar el artículo 5º de la Decisión 425 por lo siguiente:

“• **Se incurrió en omisión en la aplicación del principio de legalidad:** La SGCA no aplicó la Decisión 425 en los asuntos no previstos en la Resolución 2183 para garantizar la vinculación de las **EMPRESAS** como terceros interesados afectados en sus derechos subjetivos e intereses legítimos por la solicitud de la **SUNAT**.

• **Se incurrió en omisión en la aplicación del principio de igualdad de trato a las partes:** Lo anterior por cuanto, a la luz de la Decisión 425, se debe garantizar en todos los procedimientos administrativos la participación de los interesados cuando la Resolución de la **SGCA** afecte sus derechos subjetivos e intereses legítimos, como ocurre en este caso con el cambio de Criterio Vinculante contenido en la Resolución 2272.

• **Se incurrió en omisión en la aplicación del debido proceso o en el “uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa”.**”

[70] LAS EMPRESAS han señalado que no existe razón fáctica o jurídica que justifique no haber vinculado al procedimiento administrativo iniciado, a solicitud de la SUNAT, a las EMPRESAS, pues ZINSA e IEQSA son las únicas productoras de Bolas de Zinc en Perú y en la Comunidad Andina. Y que como consecuencia de lo anterior, además de vulnerar el debido proceso, se vulneró el derecho de defensa y de contradicción, así como el principio de igualdad de armas, por cuanto las EMPRESAS:

“• No tuvieron acceso al expediente.

• No pudieron incorporar al procedimiento administrativo los informes técnicos y merceológicas a su disposición para acreditar que las Bolas de Zinc debían mantenerse clasificadas en la partida 79.07, en defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

• Como consecuencia de lo anterior, no se les citó ni se les permitió asistir a las audiencias informativas que tuvieron lugar.

• No pudieron presentar alegatos ni escritos adicionales para oponerse a la solicitud de la **SUNAT**, ni para informar a las demás autoridades y aduaneras y a la **SGCA** de los procesos ya resueltos contra la **SUNAT** y en curso ante el Tribunal Fiscal y ante el **Poder Judicial**.

• No pudieron controvertir el informe técnico aportado por la **SUNAT**, y tampoco pudieron advertir que el mismo se fundamentó en la Resolución 298, declarada nula por el **Tribunal Fiscal**.”

[71] De otra parte, LAS EMPRESAS en su escrito de Reconsideración han indicado que en virtud de los artículos 19 y 20 de la Decisión 425, en el presente caso al no haber sido vinculados al procedimiento administrativo regulado por la Resolución 2183 en concordancia con la Decisión 425, no se garantizó a las EMPRESAS, en su condición de interesadas, el acceso al expediente; ni se informó a las EMPRESAS el estado de tramitación del procedimiento administrativo para la adopción del Criterio Vinculante de la Resolución 2272 al no haber sido vinculadas al mismo.

3.2.2 La Resolución 2272 es nula de pleno derecho pues se adoptó “con prescindencia de normas esenciales del procedimiento” por no haberse permitido que pusieran en conocimiento de los Expertos los informes técnicos y merceológicas que demuestran que las Bolas de Zinc deben clasificarse en la partida 79.07 y no en la partida 79.01.

[72] Las empresas IEQSA y ZINSA han afirmado que la Resolución 2272 es nula de pleno derecho por cuanto fue adoptada “con prescindencia de normas esenciales del procedimiento”, toda vez que no se les vinculó al procedimiento administrativo, y por lo mismo, no pudieron aportar los elementos de prueba técnicos y merceológicos que dejan establecido que las BOLAS DE ZINC deben estar clasificadas en la partida 79.07 por cuanto se trata de un producto totalmente diferente a las barras o lingotes de zinc de la partida 79.01, debido al proceso de transformación anteriormente explicado.

3.2.3 La Resolución 2272 es nula de pleno derecho pues se adoptó “con prescindencia de normas esenciales del procedimiento” por vulnerar la Resolución 2183 de la SGCA, toda vez que no se cumplió con acreditar todos los requisitos establecidos en su artículo 17 para adoptar el Criterio Vinculante allí acogido.

[73] Las empresas IEQSA y ZINSA han indicado en su escrito de Reconsideración que de conformidad con el artículo 17 de la Resolución 2183 de la SGCAN la solicitud de emisión del Criterio Vinculante solicitado por la SUNAT debía contener la siguiente información: “5. Justificación técnica y legal de la clasificación arancelaria.”

[74] Sostienen además que el informe o justificación técnica suministrado por la SUNAT a la SGCAN es incompleto por cuanto carece de la sustentación merceológica que resulta determinante para que las Bolas de Zinc se mantengan en la partida 79.07. La SUNAT tampoco aportó a la SGCAN los informes técnicos y merceológicos que anteriormente le habían sido entregados por ZINSA e IEQSA, respectivamente. Con su conducta, la SUNAT incumplió el requisito de suministrar con su solicitud a la SGCAN la justificación técnica correspondiente; y, que la SUNAT entregó como parte de la justificación legal de la solicitud para la emisión del Criterio Vinculante que se adoptó con la Resolución 2272, la Resolución 298 SUNAT, sin informar a la SGCAN y a las demás autoridades aduaneras de los Países Miembros, que esta última resolución había sido apelada, y sin informar que el Tribunal Fiscal accedió a la apelación y la revocó.

[75] IEQSA y ZINSA indicaron también que la SUNAT incumplió el requisito de indicar a la SGCAN y a las demás autoridades aduaneras “6. Otros motivos que sustenten la clasificación propuesta”, al omitir informarles, como era su deber legal y por razones de lealtad procesal y transparencia, que sus numerosas resoluciones adoptadas a partir de 2017 por las cuales había establecido que las EMPRESAS debían clasificar las Bolas de Zinc en la partida 79.01 y no en la 79.07 para la exportación de dicho producto, habían sido revocadas en su totalidad por el Tribunal Fiscal, máxima autoridad aduanera de la República de Perú. La SUNAT también omitió informar que las decisiones hasta ahora adoptadas por el Poder Judicial habían desestimado su pretensión de clasificar las Bolas de Zinc en la partida 79.01.

- [76] Además, han señalado LAS EMPRESAS que el MINCETUR se limitó a adjuntar a su solicitud el informe técnico previo elaborado por la SUNAT en su calidad de entidad competente en materia aduanera en el Perú; pero omitió desarrollar en su solicitud los seis (6) ítems exigidos en el artículo 17 de la Resolución 2183 de la CAN. En particular los numerales 5 y 6 citados.
- [77] LAS EMPRESAS han manifestado que en el informe técnico de la SUNAT, existen aseveraciones que faltan a la verdad, como es el caso de la contenida en la página 5 de dicho documento, en que se afirma que “Perú clasifica el producto bajo el código arancelario 7901.11.00”. Ello no se condice con la realidad ya que la SUNAT conoce perfectamente que desde 1998 las bolas de zinc en el Perú han estado clasificadas dentro de la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 y, aunque desde 2017 la SUNAT ha pretendido que ello se modifique, lo cierto es que de forma uniforme y constante, su superior jerárquico como es el Tribunal Fiscal, y ulteriormente también el Poder Judicial, le han enmendado la plana, ratificando que la subpartida arancelaria 7907.00.90.00 es la que corresponde aplicar a dicha mercancía.

3.2.4 La Resolución 2272 está viciada de nulidad por falsa motivación al no haberse fundamentado en los estudios técnicos y merceológicos que la SUNAT debió aportar para conocimiento de las demás autoridades aduaneras de los otros Países Miembros.

- [78] Las empresas IEQSA y ZINSA en su escrito de Reconsideración han señalado que la indebida motivación o la falta de motivación del acto administrativo hace que este se encuentre viciado de nulidad, como ocurre en este caso con la Resolución 2272, razón por la cual se debe revocar.
- [79] Puntualizando que la Resolución 2272 está viciada de nulidad por falsa motivación por cuanto no se fundamenta en los estudios técnicos y merceológicos completos que la SUNAT debió aportar para conocimiento de las demás autoridades aduaneras de los otros Países Miembros. Que debido a que el informe técnico suministrado por la SUNAT, además de ser incompleto, está fundamentado en la Resolución 000298-2021- SUNAT/313300 que fue declarada nula por el Tribunal Fiscal, hecho que no fue informado por la SUNAT a la SGCAN y tampoco a las demás autoridades aduaneras de los Países Miembros. Lo anterior trae como consecuencia que la Resolución 2272 sea contraria al principio de veracidad “que rige todo acto administrativo que debe cimentarse en antecedentes, hechos o supuestos verdaderos; quien juzga o emite un acto valiéndose de hechos falsos, está viciando la realidad fáctica de un proceso y la esencia de la motivación, circunstancias que darían lugar a la nulidad del acto por un vicio intrínseco en su fundamentación”.
- [80] Las empresas IEQSA y ZINSA han concluido que la actuación de la SUNAT, que conllevó a la expedición de la Resolución 2272, está viciada de nulidad por falsa motivación por cuanto dicha Resolución carece de una efectiva motivación que se fundamente en un informe técnico completo. La SUNAT no suministró, como era su obligación de acuerdo con el artículo 17 de la Resolución 2183, la mercadología de las Bolas de Zinc, la cual, junto con el informe técnico, arrojaría que el Criterio Vinculante clasificaría dicho producto en la partida 79.07.

3.2.5 La Resolución 2272 está viciada de nulidad por falsa motivación por cuanto la SUNAT no informó a las demás autoridades aduaneras de los Países Miembros que en Perú han cursado numerosos procesos administrativos ante el Tribunal Fiscal y ante el Poder Judicial en los cuales ha quedado establecido que las Bolas de Zinc deben clasificarse en la partida 79.07.

[81] IEQSA y ZINSA en su escrito de Reconsideración han presentado como fundamento de derecho que la falsa motivación está plenamente acreditada por cuanto ni de los documentos correspondientes al procedimiento que culminó con la Resolución 2272, ni en sus considerandos, se acreditó que la SUNAT hubiera informado, como era su deber por razones de legalidad, lealtad procesal y transparencia a las demás autoridades aduaneras y a la SGCA, acerca de la existencia de numerosos procesos resueltos por el Tribunal Fiscal en su contra, y por el Poder Judicial que ha resuelto a la fecha diversos casos en contra de la SUNAT, en los cuales el criterio de la SUNAT de clasificar las Bolas de Zinc en la partida 79.01 carece de fundamento técnico, merceológico y jurídico, y por tanto, se mantuvo el producto en la partida 79.07. Esta información que no reveló la SUNAT conllevó a que las autoridades aduaneras de los otros Países Miembros acogieran el Criterio Vinculante de Interpretación que clasifica dicho producto en la partida 79.01, lo que deja establecida la falsa motivación.

3.2.6 La Resolución 2272 está viciada de nulidad por desviación de poder debido a que la SUNAT utilizó indebidamente el procedimiento regulado por la Resolución 2183 de la SGCA con el único propósito de obtener la expedición de la Resolución 2272 y utilizarla como prueba con fines de que se les aplique efectos retroactivos, para revertir la totalidad de los pronunciamientos del Tribunal Fiscal y de los jueces que se han pronunciado en contra del criterio de la SUNAT de clasificar las Bolas de Zinc en la partida 79.01.

[82] Las empresas ZINSA e IEQSA en su escrito de Reconsideración han señalado que la causal de nulidad de la Resolución 2272 se configura por cuanto:

“ Si bien la Resolución 2272 puede estar cubierta por el manto del cumplimiento de los requisitos formales; está demostrado en el expediente que la SUNAT se alejó de la finalidad del buen servicio que señala que la determinación del Criterio Vinculante está encaminado a precisar la interpretación y aplicación de una partida arancelaria, cuando en la realidad existen sobrados motivos de duda.

• La SUNAT empleó el procedimiento previsto en la Resolución 2183 de la SGCA, no con la finalidad de lograr un Criterio Vinculante de interpretación encaminado a precisar la interpretación y aplicación de una partida arancelaria cuando existen verdaderos motivos de duda; sino a obtener un Criterio Vinculante para utilizarlo como prueba en los procesos administrativos en los que es parte ante el Tribunal Fiscal y en los procesos ante el Poder Judicial en los cuales dichas autoridades habían negado sistemáticamente su posición de considerar las Bolas de Zinc clasificadas en la partida 79.01, ya que la clasificación de dicho producto es en la partida 79.07.”

[83] Puntualizando que la prueba de la desviación de poder de la Resolución 2272 se encuentra, como lo establece la jurisprudencia citada “en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa”. Esto es, en decisiones judiciales y administrativas adversas al criterio de la SUNAT, para lo cual utilizó con un propósito diferente al establecido en la Resolución 2183, el procedimiento para la adopción del Criterio Vinculante que se incluyó en la Resolución 2272. Que el fin perseguido por la SUNAT es totalmente ajeno al que pretende la Resolución 2183 de la SGCA y, por lo mismo, resulta indiscutiblemente arbitrario e ilegítimo, puesto que para obtener el resultado que quería lograr a toda costa, no sólo motivó que se convoque indebidamente a las demás autoridades aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina; sino que también las llevó a error al incorporar al informe que utilizó para motivar el inicio del procedimiento, una actuación que había sido cuestionada, impugnada y finalmente declarada NULA por el Tribunal Fiscal, esto es, su propia Resolución

SUNAT 298, que empleó como único y exclusivo sustento del informe técnico que presentó ante la SGCA.

[84] LAS EMPRESAS sostienen en su escrito que la SUNAT utilizó una Resolución Declarada Nula por el Tribunal Fiscal como sustente de su Informe Técnico que presentó a la SGCAN.

[85] IEQSA y ZINSA han indicado, además como pruebas de desviación de poder que vicia la nulidad de la Resolución 2272 las siguientes:

(...) la SUNAT consideró que no debía informar a las demás autoridades aduaneras de la CAN ni a la SGCA de los numerosos procesos que había perdido ante el Tribunal Fiscal y ante el Poder Judicial del Perú, en los que estas autoridades establecieron en todos los casos, sin duda alguna, que las bolas de zinc están clasificadas en la partida 79.07 y no en la 79.01 como es el deseo de la SUNAT.

*(...) la SUNAT la remitió a varios procesos judiciales para activar su intención (la cual hemos puesto al descubierto en el presente escrito) de que se considerara como prueba y **se aplicara con efectos retroactivos la nueva clasificación arancelaria**. Su propósito era evidente: Obtener una resolución de la SGCA para modificar el curso y las decisiones del Tribunal Fiscal por parte del Poder Judicial. Están incorporados al expediente los recientes pronunciamientos del Poder Judicial del Perú en los que, con acertada aplicación de la justicia y el derecho, se niega la petición de la SUNAT de incorporar como prueba y aplicar con efectos retroactivos la viciada Resolución 2272. (Énfasis añadido)*

3.2.7 La Resolución 2272 es nula de pleno derecho por haberse adoptado contraviniendo el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular el artículo 17 de la Resolución 2183 de la SGCA y está viciada de nulidad por falsa motivación y desviación de poder por cuanto la SUNAT en el procedimiento administrativo utilizó ante las demás autoridades aduaneras de la CAN para lograr el Criterio Vinculante la Resolución 298 que había sido declarada nula por el Poder Judicial.

[86] IEQSA y ZINSA en su escrito de Reconsideración han afirmado que el simple hecho de que la SUNAT haya fundamentado su informe técnico a la SGCA y a las demás autoridades aduaneras de la Comunidad Andina, en la Resolución SUNAT 298 que fue apelada y concedida la apelación por el Tribunal Fiscal, deja establecido que el Criterio Vinculante contenido en la Resolución 2272, que únicamente favorece a la SUNAT en su afán de defender su posición en el sentido que las Bolas de Zinc deben clasificarse en la partida 79.01 y no en la 79.07; vulnera gravemente la Resolución 2183 de la SGCA, y da lugar a que se revoque la Resolución 2272 y se modifique el Criterio Vinculante, de acuerdo con el artículo 20 literal c) de la Resolución 2183, toda vez que la resolución impugnada se fundamentó en un informe técnico inexacto y basado en una “notoria falsedad”.

IV. COMENTARIOS PRESENTADOS POR LOS PAÍSES MIEMBROS

[87] Sobre este Recurso de Reconsideración, la Secretaría General de la Comunidad Andina recibió los criterios de Ecuador y Perú.

4.1. Colombia²⁸

²⁸ Folio 1293

- [88] Colombia ha manifestado que una vez estudiados los fundamentos del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 2272 de 2022 sobre el producto “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”, la Coordinación de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN ratifica la subpartida arancelaria 7901.11.00 determinada en dicha Resolución.

4.2. Ecuador²⁹

- [89] Ecuador ha manifestado que el criterio de clasificación arancelaria emitido para la mercancía de nombre comercial “BOLAS DE CINCO DE 50 mm” se emitió en virtud del análisis merceológico de la información contenida en documentos presentados con oficio SG/E/D1/199/2022 y, en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6 comprendidas en la Nomenclatura Común – NANDINA, se definió la subpartida arancelaria “7901.11.00 - - Con un contenido de cinc superior o igual al 99,99 % en peso”; y, contó con la opinión favorable del Comité Andino de Asuntos Aduaneros en reunión de 08 de junio de 2022.

4.3. Perú³⁰

- [90] Por su parte, Perú ha señalado que la SGCAN no debió tramitar el recurso de reconsideración, dado que LAS EMPRESAS no han cumplido con acreditar la condición de interesados y la SGCAN no ha motivado debidamente por qué las empresas tendrían la condición de interesados, señala Perú que la Nota SG/E/D1/1105/2022 de 16 de agosto de 2022 adolece de falta de motivación, pues no fundamenta por qué se considera que las empresas recurrentes supuestamente tendrían la calidad de interesados, y por tanto poseerían legitimación activa.
- [91] Perú ha manifestado que la SGCAN no ha motivado debidamente la Resolución N°2284, mediante la cual se ordenó la suspensión de los efectos de la Resolución N°2272 en tanto se resuelva el recurso de consideración, donde la SGCAN consideró que supuestamente existiría la posibilidad de generarse un daño de difícil reparación debido a la posibilidad de que la Resolución N°2272 se aplique retroactivamente, por lo que ha indicado que la SUNAT no ha cuestionado la Resolución ni ha solicitado su aplicación retroactivamente en ningún procedimiento administrativo ante el Tribunal Fiscal, ni en los procesos judiciales que se encuentran en trámite.
- [92] Sobre los cuestionamientos de fondo, Perú ha manifestado que la solicitud de emisión de un Criterio Vinculante presentada por el MINCETUR, a solicitud de la SUNAT, cumplió plenamente con los requisitos y procedimiento establecido en las regulaciones comunitarias. Tanto la parte colombiana sustentó los argumentos de su Resolución N°000137, como la parte peruana presentó los propios. En este contexto, los Países Miembros no se manifestaron sobre los argumentos esgrimidos por la aduana peruana, sino de los argumentos técnicos adoptados por los expertos en NANDINA, que motivaron la Resolución N°2272. Además, señala que de conformidad con lo establecido en la Resolución N°2183 de la SGCAN la participación de privados no se encuentra prevista y no establece como requisito para la presentación de una solicitud de Criterio Vinculante, que el País Miembro solicitante haya adoptado el criterio de una resolución o acto administrativo similar.
- [93] Además, señala Perú que el artículo 17 del Reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA precisa que las solicitudes de emisión de Criterio Vinculante deben ser presentadas por los respectivos órganos de enlace (en el caso peruano es

²⁹ Folio 1297

³⁰ Folios 1327-1389

el MINCETUR), previo informe técnico de su Administración Aduanera. Sobre esta base, mediante el Informe Técnico N°000799-2021-SUNAT/313300 la SUNAT propuso al MINCETUR presentar una solicitud de emisión de Criterio Vinculante, sustentando técnica, transparente, objetivamente la diferencia técnica que existía entre la clasificación arancelaria realizada por dicha autoridad aduanera, de aquella realizada por su par en Colombia.

- [94] Perú explica que al realizar la solicitud de emisión de Criterio Vinculante, además de presentar la información requerida por el artículo 17 de la Resolución N°2183 de la SGCAN y el sustento de la clasificación arancelaria, se adjuntó la Resolución N°000137 de 13 de enero de 20121 de la DIAN, así como la Resolución de División N°298-2021-SUNAT/313300, mediante la cual la SUNAT dio respuesta a la solicitud de clasificación arancelaria realizada por Corporación de Aleaciones S.A., debido a que en dichas resoluciones se clasifica la misma mercancía en subpartidas arancelarias distintas. Destaca que el reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA no establece como requisito para solicitar un Criterio Vinculante, que la parte solicitante o la Secretaría Técnica de los Expertos en NANDINA deban difundir o publicar el inicio de dicho procedimiento, así como tampoco establece obligación respecto de poner en conocimiento del público la existencia de algún procedimiento contencioso, en ese sentido, la solicitud de Criterio Vinculante incoada por la SUNAT cumplió escrupulosamente lo dispuesto en el Reglamento.
- [95] Perú puntualiza que la información sobre las características y detalle del proceso de obtención que las empresas recurrentes han esgrimido, son coincidentes con las características merceológicas que determinan la clasificación, respecto de la presentada por Corporación de Aleaciones S:A., de tal forma que los expertos en NANDINA han evaluado exhaustiva y minuciosamente tal información arribando a una recomendación de Criterio Vinculante unánime.
- [96] Sobre los aspectos procedimentales internos, Perú sostiene que en mérito de una solicitud de Clasificación Arancelaria de 10 de diciembre de 1998 presentada por la empresa Fundición de Metales Sol del Perú S.A., se emite la Resolución de Intendencia Nacional N°2131 que clasificó la mercancía denominada “BOLAS DE ZINC” con una pureza de 99.9% en la subpartida 7907.0090.00 del Arancel de la Aduana aprobado por Decreto Supremo N°119-97-EF. Posteriormente, amparada en el artículo 149 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo N°1053, la SUNAT modifica la Resolución precitada emitiendo la Resolución de División N°000-313300/2018-000262 del 26 de abril de 2018, que clasifica la mercancía precitada en la subpartida 7901.12.00.00 con el debido sustento técnico. Asimismo, es importante resaltar que la modificación del criterio contenido en la Resolución de Intendencia Nacional N°2131, se sustentó debidamente en la Resolución de División N°000-313300/2018-000262, emitida al amparo de la Ley General de Aduanas que resguarda los derechos de los administrados.
- [97] Agrega que cuando se emite el Informe Técnico N°799-2021-SUNAT/313300 se recoge la información del producto que sustentó la Resolución de División N°298-2021- SUNAT/313300 y que corresponde a la presentada por la empresa Corporación de Aleaciones S.A. en la solicitud de clasificación de mercancía denominada “BOLAS DE ZINC DE 50 MM”. La SUNAT asimismo acompañó íntegramente, como un anexo del informe, toda la documentación presentada por la referida empresa en su solicitud ingresada al sistema de trámite documentario denominado “e-chasqui”.
- [98] Perú manifiesta que la clasificación arancelaria debatida en los procedimientos administrativos ante el Tribunal Fiscal, así como en los procesos contencioso administrativos ante el Poder Judicial, que indican las empresas recurrentes, no se

fundamentan en la Resolución N°298-2021-SUNAT/313300 que sustenta la discrepancia con la emitida por la DIAN, sino en actos administrativos realizados en relación a despachos concretos. Al respecto, cabe indicar que dichos procesos siguen su curso y en ninguno de ellos se ha alcanzado decisión firme.

- [99] Sobre el actuar de los órganos jurisdiccionales respecto de la Resolución N°2272, Perú comenta que éstos han actuado de diferentes formas en ejercicio independiente de sus atribuciones, siendo que algunos han declarado expresamente su inaplicación, atendiendo a su fecha de entrada en vigencia; otros no la han admitido como nueva prueba; mientras que un solo juzgado ha recogido los fundamentos y los ha aplicado al caso concreto. En este sentido, como se señaló anteriormente, estos procesos siguen su curso y en ninguno de ellos se ha alcanzado decisión firme aún.
- [100] Por su parte, el Tribunal Fiscal dictó la Resolución N°05226-A-2022 (presentada por IEQSA el 18 de agosto de 2022), mediante la cual aplicó la Resolución 2272 de la SGCAN al correspondiente procedimiento en curso, considerando que constituye una norma interpretativa, de carácter declarativo, por lo que rige desde la entrada en vigor de la norma interpretada. Dicho Tribunal es un órgano resolutorio de segunda instancia de controversias administrativas; que no forma parte de la SUNAT, sino que resuelve las controversias entre los contribuyentes y las Administraciones Tributarias, con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, al resolver, el Tribunal Fiscal asumió la Resolución 2272 de la SGCAN considerando que, por la materia de clasificación arancelaria sobre la que versa, la misma no tiene carácter constitutivo, sino declarativo, dado que el CVCM ha sido emitido en base a la NANDINA, el cual se encontraba vigente previamente. Si bien el Tribunal Fiscal no lo consigna expresamente, la Resolución N°05226-A-2022 tiene como sustento la Sentencia N°00002-2006-AI dictada por el Tribunal Constitucional peruano en el proceso de inconstitucionalidad N°0002- 2006- PI-TC (Anexo 2), donde se distingue la norma interpretativa de la norma innovativa y sus efectos en el tiempo; señalando que, en el caso de una norma interpretativa, esta rige desde la entrada en vigencia de la norma interpretada; criterio que el Tribunal Fiscal traslada a la Resolución 2272 para emitir la Resolución N°05226-A-2022.
- [101] Respecto de los supuestos aspectos económicos y los mecanismos de reintegros tributarios que no se habrían ponderado en la adopción de la Resolución N°2272, Perú señala que la clasificación arancelaria es un proceso estrictamente técnico que se centra en las características, uso y funcionamiento de un producto para determinar su ubicación en la Nomenclatura del Sistema Armonizado y su posterior identificación a nivel NANDINA y nacional. Otros aspectos que no estén vinculados puntualmente a los aspectos técnicos que presenta el producto (como los costos de producción, la oportunidad de obtener beneficios económicos o tributarios, la mercadología, etc.), no son trascendentes ni tienen objeto alguno para su estudio merceológico y posterior clasificación arancelaria.
- [102] Con relación al perjuicio económico aludido por dejar de percibir el beneficio del Drawback, Perú expresa que la ley determina las competencias y facultades de la Administración Aduanera. Por ello, la autoridad aduanera asegura el cumplimiento de la legislación aduanera, conforme al artículo 2 de la Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo N°1053), y despliega sus facultades y atribuciones a través de la potestad aduanera para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero, según lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley General de Aduanas. Por tanto, se rechaza el argumento de las empresas ZINSA e IEQSA relativo a que el cambio de criterio de clasificación se encuentre vinculado a dejar de otorgarles el beneficio económico previsto en el régimen aduanero de Drawback. Precisa que, como parte del proceso de clasificación arancelaria, no corresponde a los Expertos en NANDINA tomar en consideración los

aspectos económicos y los impactos en los costos e incentivos de reintegro tributario, pues su labor se circunscribe a la técnica de la nomenclatura arancelaria y reglas rectoras de la OMA, que a los Expertos en NANDINA y a los Países Miembros de la Comunidad Andina corresponde preservar.

V. ANÁLISIS DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

- [103] En el marco de lo señalado en los puntos anteriores, a continuación se evaluarán los cuestionamientos formulados en el recurso de reconsideración presentado por las empresas Zinc Industrias Nacionales S.A. (ZINSA) e Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) contra la Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina N°2272 Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm” y solicitaron la suspensión de los efectos de la Resolución 2272, a fin de determinar la procedencia del mismo.
- [104] La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) examinará los actos de fondo y forma que, de conformidad con lo señalado por las empresas ZINSA e IEQSA, se produjeron en la expedición de la Resolución N°2272 de la SGCAN así como los comentarios remitidos por los Países Miembros dentro de este proceso.

5.1 De las causales de impugnación

- [105] Todo Recurso de Reconsideración interpuesto contra una Resolución de este Órgano Comunitario o contra uno de sus actos señalados en el artículo 37 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (aprobado mediante Decisión 425), debe resolverse en observancia de la regulación sobre la admisión, conocimiento y alcance de la decisión sobre dichos recursos que contempla el citado Reglamento en el Capítulo II “*Del recurso de reconsideración*” de su Título IV “*De la Revisión de los actos de la Secretaría General*”.
- [106] Conforme determina el ordenamiento jurídico andino, las causales de impugnación de un Recurso de Reconsideración dirigido sobre un acto emitido por la SGCAN se encuentran establecidas en el artículo 39 de la Decisión 425 y se enuncian como: i) vicios de fondo; y, ii) vicios de forma (que pueden ser sustanciales o accidentales).
- [107] A efectos del pleno entendimiento de las causales constituidas por vicios de forma o de fondo que causan una nulidad de pleno derecho, corresponde acudir al contenido del Capítulo II “*De los vicios de los actos*” del Título II de la Decisión 425.
- [108] Con respecto a dicho Capítulo, en su artículo 12, indica que las Resoluciones y los actos de este Órgano Comunitario serán nulos de pleno derecho cuando: i) “*contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*”, lo que puede generarse por un vicio de fondo o por un vicio de forma sustancial; ii) “*su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución*”, lo que puede generarse por un vicio de fondo; y, iii) “*hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento*”, lo que puede generarse por un vicio de forma sustancial.

5.2. Sobre las pretensiones contenidas en la Reconsideración presentada contra la Resolución N°2272 y los comentarios emitidos por los Países Miembros

- [109] Las empresas ZINSA e IEQSA han sustentado su recurso de reconsideración en fundamentos de hecho y derecho que dan lugar al pedido de Reconsideración de la Resolución N°2272, así como en los fundamentos técnicos y merceológicos que lo sustentan.

- [110] Respecto al argumento que la Resolución N°2272 es nula de pleno derecho por cuanto en el procedimiento administrativo que culminó con su expedición se vulneró gravemente el debido proceso, derecho de audiencia, derecho de defensa y de contradicción de las empresas al no haber sido convocadas al procedimiento para la modificación del Criterio Vinculante; y que se omitió la obligación de aplicar el artículo 5 de la Decisión 425, cabe precisar que la Resolución N°2272 fue emitida en el marco regulatorio de la normativa comunitaria vigente, en virtud de la solicitud presentada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de Perú y posterior revisión del Comité Andino de Asuntos Aduaneros.
- [111] De conformidad con el Reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA (Resolución N°2183 SGCAN), corresponde a los expertos en NANDINA analizar y recomendar al Comité Andino de Asuntos Aduaneros sobre la adopción, mediante Resolución de la SGCAN, de criterios vinculantes de clasificación de mercancías en la NANDINA, teniendo en cuenta las solicitudes presentadas por los Países Miembros. Estas solicitudes son presentadas a la SGCAN por los Países Miembros, a través de sus respectivos órganos de enlace y previo informe técnico de su administración aduanera.
- [112] Acerca del señalamiento que la Resolución N°2272 es nula de pleno derecho por cuanto fue adoptada *“con prescindencia de normas esenciales del debido procedimiento”* toda vez que no se vinculó a LAS EMPRESAS al procedimiento administrativo y que no se garantizó a LAS EMPRESAS, en su condición de interesadas, el acceso al expediente, ni se les informó el estado de tramitación del procedimiento administrativo para la adopción del Criterio Vinculante de la Resolución N°2272, es importante enfatizar que de conformidad con el literal I) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena la Secretaría General de la Comunidad Andina es depositaria de las actas de las reuniones y demás documentos de los Órganos del Sistema Andino de Integración. En ese mismo contexto, el artículo 3 de la Resolución 852 de la SGCAN *“Normas sobre acceso del público al acervo documental de la Comunidad Andina”*, dispone que los documentos de los que sea depositaria y se encuentren en posesión de la SGCAN, se consideran públicos y consecuentemente no se denegará su acceso. Cabe indicar que los Comités de carácter técnico coordinados por la SGCAN no forman parte de los Órganos del Sistema Andino de Integración.
- [113] Sobre este punto es importante indicar que el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado mediante la Decisión 472 dispone:
- “Artículo 1. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:
- a) *El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;*
 - b) *El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;*
 - c) *Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;*
 - d) *Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y*
 - e) *Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.”*
- [114] En esta línea exhaustiva no están incluidos los Comités de carácter técnico coordinados por la SGCAN, estos órganos asesores son creados por la Comisión de la Comunidad Andina, en el marco de lo señalado en el artículo 36 de la Decisión 471:

“Artículo 36.- La Comisión, mediante Decisión, podrá crear Comités de carácter técnico, conformados por autoridades sectoriales de alto nivel de los Países Miembros o por funcionarios con capacidad para comprometerlos, los cuales serán coordinados por la Secretaría General.”

- [115] En concordancia con lo señalado, los artículos 37 y 38 de la misma Decisión prescriben:

“Artículo 37.- (...)

Los Comités tendrán carácter permanente y estarán encargados de emitir opinión técnica no vinculante en el ámbito de los temas para los que fueron creados y de asesorar a la Comisión o a la Secretaría General para el mejor desempeño de sus actividades si así se les requiera.

(...)”

“Artículo 38.- La Comisión y la Secretaría General podrán constituir grupos asesores ad-hoc o disponer la celebración de reuniones de expertos gubernamentales o no gubernamentales bajo la coordinación de la Secretaría General, con el objeto de someterles a consideración técnica de los temas de su competencia.

Dichos grupos o reuniones tendrán carácter temporal y estarán encargados de emitir opinión técnica no vinculante.

(...)”

- [116] En consecuencia y en virtud del marco normativo comunitario, el Comité Andino de Asuntos Aduaneros es de carácter técnico coordinado por la SGCAN, no forma parte del Sistema Andino de Integración, las opiniones técnicas contenidas en las actas y demás documentos de las reuniones de este Comité no son documentos oficiales ni vinculantes, por los que no son públicos.
- [117] También corresponde indicar que la aprobación de criterios vinculantes de clasificación de mercancías es una función que le corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina, previa opinión del Comité Andino de Asuntos Aduaneros y por solicitud de cualquiera de los Países Miembros a través de sus respectivos órganos de enlace, el marco normativo comunitario no contempla la vinculación de privados al procedimiento de revisión de criterios vinculantes de las mercancías.
- [118] Con relación al argumento que la Resolución N°2272 está viciada de nulidad por falsa motivación por cuanto no se fundamenta en los estudios técnicos y merceológicos completos de la SUNAT, a la que solamente le compete elaborar el informe técnico previo y que dicho insumo debió ser analizado por el MINCETUR, cabe señalar que los sustentos de hecho y derecho de la Resolución guardan correspondencia con lo en ella decidido. De otra parte, la solicitud de emisión de un criterio vinculante de clasificación arancelaria para el producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINC DE 50mm”, presentado mediante Oficio N°008-2022-MINCETUR/VMCE/DGNCI de 28 de enero de 2022 cumplió con la formalidad del artículo 17 del Reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA.
- [119] Con respecto a la motivación de los actos administrativos, el TJCANN ha señalado, en el marco del Proceso 03-AN-97 lo siguiente:

*“La motivación en los actos administrativos tiende a reflejar las causas o las razones que inclinan al funcionario a pronunciarse en uno u otro sentido tomando como antecedente las normas legales y los hechos materiales o las situaciones fácticas que precedieron para la emisión de un acto. **La motivación se contrae en definitiva a explicar el porqué del acto y la razón de ser de la Resolución o declaración, constituyendo por ello una formalidad sustancial cuya ausencia, insuficiencia, error o falsedad implica o puede llevar a la nulidad del acto. La plena justificación entre los argumentos esgrimidos por el administrador sobre derecho y los hechos y la resolución adoptada frente a los efectos que el acto va a producir, constituirá la ecuación jurídica para hablar de una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación.**”³¹ (Énfasis añadido)*

- [120] En ese orden, se tiene que la motivación de los actos administrativos, deben guardar relación con el artículo 7 de la Decisión 425, disposiciones que se evidencian en el contenido de la Resolución N°2272. En este extremo, la SGCAN cumplió, en su actuación administrativa, con el debido proceso establecido en la norma Andina.
- [121] Del mismo modo, es importante reiterar que el ordenamiento normativo comunitario de manera taxativa, a través del artículo 12 de la Decisión 425, prescribe tres (3) causales por las cuales pueda alegarse la nulidad de las Resoluciones de la SGCAN: a) cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; b) cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y, c) cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento. Vicios que no han sido advertidos en la expedición de la Resolución N°2272 que puedan conducir a declarar su nulidad.
- [122] Ahora bien sobre el argumento que la Resolución 2272 está viciada de nulidad por desviación de poder debido a que la SUNAT utilizó indebidamente el procedimiento regulado por la Resolución 2183 de la SGCA **con el único propósito de obtener la expedición de la Resolución 2272 y utilizarla como prueba con fines de que se les aplique efectos retroactivos**, para revertir la totalidad de los pronunciamientos del Tribunal Fiscal y de los jueces que se han pronunciado en contra del criterio de la SUNAT de clasificar las Bolas de Zinc en la partida 79.01, esta Secretaría General ha constatado que la Resolución N°05226-A-2022 del Tribunal Fiscal de la República del Perú de fecha 15 de julio de 2022, mediante la cual se resuelve la apelación interpuesta por Industrias Electro Químicas S.A. contra la Resolución de División N°000077-2021-SUNAT/323200 emitida el 26 de mayo de 2021 por la Intendencia Nacional de Control Aduanero, que declaró infundado el recurso de reclamación interpuesto contra las Resoluciones de División N°000 323100/2020-000248 y 000 323100/2020-000249, ambas de 15 de septiembre de 2020 y sus respectivas liquidaciones de cobranza, que ordenó el reembolso del monto obtenido por acogimiento indebido al régimen de Drawback, respecto de las solicitudes de restitución de derechos arancelarios expone los argumentos siguientes:

“(…) Que mediante la Resolución N° 2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de 20 de junio de 2022, se estableció el Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”.

Que tal como se señala en la citada Resolución, con fecha 18 de enero de 2022 la Secretaría General de la Comunidad Andina recibió el oficio N° 008 - 2022 - MINCETUR/VMCE/DGNCI del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de Perú

³¹ GOAC N°343 de 26 de mayo de 1998.

y la comunicación electrónica de 28 de enero de 2022, mediante los cuales se solicitó la emisión de un criterio vinculante de clasificación arancelaria para el producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”, al existir discrepancias en su clasificación arancelaria, entre las aduanas de Perú y Colombia (subpartidas NANDINA 7901.11.00 y 7907.00.90 respectivamente).

(...)

Que de acuerdo a lo dispuesto en su Artículo 2, esta Resolución entró en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Que las normas que conforman el derecho comunitario andino gozan de características particulares, derivadas de la naturaleza misma del derecho de la integración dentro del cual se encuentran enmarcadas. Así, estas normas tienen aplicación directa (es decir, son de obligatorio cumplimiento para los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a no ser que las mismas normas señalen una fecha posterior); tienen primacía sobre el derecho nacional (es decir, los Países Miembros están en la obligación de inaplicar cualquier dispositivo nacional que eventualmente pudiera ser contrario a alguna norma andina) y, finalmente, tienen efecto directo (es decir, los particulares pueden acudir directamente ante los tribunales nacionales por una eventual infracción a sus derechos derivados del ordenamiento jurídico andino).

Que en consecuencia, la Resolución N° 2272 emitida por la Secretaría General forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, estableciendo un criterio vinculante para el Perú en su condición de país miembro.

Que de conformidad con el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General entran en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, salvo que señalen una fecha posterior; sin embargo, el criterio vinculante expedido por la Secretaría General sobre clasificación arancelaria tiene carácter declarativo y no constitutivo, esto, atendiendo a la naturaleza de la clasificación arancelaria, puesto que la declaración de la clasificación arancelaria correcta es de carácter declarativo; es decir, se declara que a dicha mercancía siempre le ha correspondido determinada clasificación arancelaria y no que a partir de dicha fecha recién deba clasificarse en una partida arancelaria/subpartida.

Que en razón a ello, para la correcta interpretación de los criterios vinculantes expedidos por la Secretaría General, no corresponde considerar el principio de irretroactividad, pues se trata más bien de un criterio interpretativo vinculante que tiene efectos declarativos con relación a las características merceológicas de la mercancía en cuestión y la aplicación de la nomenclatura NANDINA.

Que en tal sentido, teniendo en cuenta que las mercancías materia de fiscalización presentan características merceológicas equiparables al producto clasificado con el Criterio Vinculante previsto con la Resolución N° 2272, la Subpartida NANDINA que le corresponde a dichos productos es la 7901.11.00, y no habiéndose desdoblado a nivel nacional, corresponde clasificar a los productos en cuestión en la Subpartida Nacional 7901.11.00.00, en aplicación de la 1era. y 6ta. Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura del Arancel de Aduanas, aprobado por Decreto Supremo N° 238-2011-EF.

(...)” (Énfasis añadido)

[123] Es importante subrayar que esta Resolución trata de solicitudes de restitución de derechos arancelarios presentadas en el año 2016.

[124] Asimismo, del escrito de apelación de sentencia de fecha 05 de agosto de 2022 (Expediente: 05876-2021-0-1801-JR-CA-20) del Ministerio de Economía y Finanzas de Perú presentado ante el Juez del Vigésimo Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios Aduaneros de la República de Perú, se tiene lo siguiente:

“(..)

Señor Juez, como puede verse del documento denominado “Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50mm”, contenida en la **Resolución N°2272 de fecha 20 de junio de 2022**, es uno que, en efecto, se ha emitido de **manera extemporánea** a la fecha de emisión de la **RTF N°03873-A-2021**, materia de controversia, pues la misma tiene fecha **05 de mayo de 2021**.

En esta línea, el Tribunal Fiscal a la fecha en que venía conociendo el caso, **no le era posible conocer de los criterios, decisiones y posición asumida por la Comunidad Andina**, pues evidentemente, estos fueron **emitidos más de un año después** de la emisión de la RTF N°03873-A-2021, materia de controversia.

Como podrá verificar, Señor Juez, el **recurso de apelación** presentado por nuestro codemandado, fue elevado al Tribunal Fiscal en fecha **12 de DICIEMBRE DE 2019** (...)

En ese sentido, dado que la propia **Resolución N°2272 señala que la VIGENCIA de los criterios vertidos en ella, recién SERÁN DE APLICACIÓN A PARTIR DE LA FECHA DE SU PUBLICACIÓN**, entonces, los mismos no pueden ser aplicados a la RTF N°03873-A-2021, materia de controversia, pues la misma ha sido emitida en fecha **05 DE MAYO DE 2021**.
(...)”

[125] Argumento similar fue expuesto en el escrito de apelación de sentencia de fecha 3 de agosto de 2022 (Expediente 05817-2021-0-1801-JR-CA-20), presentado ante el Juez de 20° Juzgado Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas de Perú señala que el criterio vinculante de clasificación arancelaria contenido en la Resolución N°2272 se ha emitido de manera extemporánea a la fecha de emisión de la RTF N°04030-A-2021, materia de controversia, pues la misma tiene fecha 10 de mayo de 2021.

[126] De manera categórica la Secretaría General de la Comunidad Andina rechaza estas conjeturas y aclara que la **normativa comunitaria no tiene carácter retroactivo**. Como garantía fundamental del derecho comunitario y en virtud del principio de no retroactividad de la norma, las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina entrarán en vigencia y producirán sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que la propia

Resolución señale una fecha distinta.³² En concordancia, el artículo 2 de la Resolución N°2272 “*Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común – NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”*” dispone:

“(…)

Artículo 2.- *La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.*

“(…)”

[127] Esta Resolución no prevé una fecha distinta para su entrada en vigencia que la fecha de su publicación, es decir que la Resolución N°2272 producirá sus efectos a partir del “20 de junio de 2022”. En consecuencia, las disposiciones contenidas en ella son de obligatorio cumplimiento y se aplican en los Países Miembros de la Comunidad Andina a partir de su vigencia, por lo que la aseveración que para la correcta interpretación de los criterios vinculantes expedidos por la SGCAN, no corresponde considerar el principio de irretroactividad, es desacertado en toda su extensión.

[128] Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en sus pronunciamientos ha precisado:

“a) ***Irretroactividad de la Ley.*** - *Es abundante su tratamiento en derecho y constituye noción elemental al estudiar las aplicaciones de las leyes en el tiempo, el principio generalmente aceptado de que las leyes no producen efectos retroactivos, o lo que es lo mismo, que ellas solo disponen para el futuro. Para resumir el significado de este principio básico de derecho que ha sido objeto de debate amplísimo dentro del estudio de los derechos adquiridos, (Blondeau), de las más recientes teorías sobre las situaciones jurídicas concretas (Boncasse) o la teoría de la “facta praeterita” (Savigni, Roubier), conviene anotar que todas las teorías se dirigen a sustentar desde diversos enfoques la no retroactividad de la ley, es decir la imposibilidad de que la nueva norma jurídica pueda afectar los derechos adquiridos, las situaciones jurídicas concretas o los hechos cumplidos antes de su vigencia.”³³ (Énfasis añadido)*

“El postulado anterior se basa en el acatamiento al principio de no retroactividad de la ley, por la cual la norma legal nueva debe respetar el pasado. Este principio ha sido reconocido expresa y uniformemente en la legislación comunitaria, particularmente en las Decisiones sobre propiedad industrial citadas atrás, como lo destacan las sentencias del Tribunal.”³⁴ (Énfasis añadido)

[129] En este sentido, los derechos adquiridos antes de la vigencia de la Resolución N°2272 no deberían ser afectados invocando una “*inaplicabilidad de irretroactividad*” improcedente. La norma comunitaria debe ser interpretada de manera razonable y debe ser usada sólo como instrumento para alcanzar los objetivos de la misma. En ese orden y en virtud de su función constitutiva, la SGCAN insta a los Países Miembros a cumplir de manera procedente con la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

³² Decisión 425 Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, artículo 15

³³ Proceso 25-IP-95 (GOAC 253 de 7 de marzo de 1997)

³⁴ Proceso 1-IP-88 (GOAC 33 de 26 de julio de 1988)

Proceso 6-IP-93 (GOAC 150 de 25 de marzo de 1994)

- [130] Acerca del cuestionamiento de Perú respecto a que la SGCAN no debió tramitar el recurso de reconsideración, dado que IEQSA y ZINSA no han cumplido con acreditar la condición de interesados, cabe recalcar que para la admisibilidad de un Recurso de Reconsideración por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina, primero se debe tener en consideración la acreditación del interesado que en virtud del artículo 2 de la Decisión 425 son los Países Miembros de la Comunidad Andina, los órganos e instituciones de la CAN y las personas naturales y jurídicas que acrediten ser titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en el asunto de que se trate. La solicitud de Recurso de Reconsideración presentada por las empresas ZINSA e IEQSA, cumplen con esta condición, ya que, conforme a la información suministrada, se trata de dos personas jurídicas domiciliadas en la República de Perú, dedicadas a la elaboración de los productos industriales ánodos de zinc en forma de bolas y domes de zinc.
- [131] De otra parte, el artículo 44 del citado Reglamento dispone que el Recurso de Reconsideración sólo podrá ser interpuesto dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la notificación del acto que se impugna. En este contexto cabe precisar que la Resolución 2272 *“Criterio Vinculante de Clasificación Arancelaria en la Nomenclatura Común –NANDINA del producto denominado comercialmente “BOLAS DE CINCO DE 50 mm”*”, fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Número 4491 de 20 de junio de 2022. En este caso, las empresas ZINSA e IEQSA han presentado su Recurso de Reconsideración dentro del plazo estipulado en la Decisión 425, cumpliendo en este extremo con esa condición.
- [132] Respecto a la falta de motivación de la Resolución N°2284 y el señalamiento que la SUNAT no ha solicitado la aplicación de la Resolución N°2272 en ningún procedimiento administrativo ante el Tribunal Fiscal, ni en procesos judiciales que se encuentran en trámite, la SGCAN es enfática en recalcar que la Resolución N°2272 no fue emitida para ser aplicada de manera retroactiva, no surte efecto para actos previos a su vigencia. Como previamente se ha expresado, le corresponde a la SGCAN velar por la aplicación cabal de sus normas, es así que con la finalidad de no afectar derechos, ésta puede aplicar medidas cautelares temporales, como es la suspensión de los efectos de sus Resoluciones, es por ello que conforme a la información presentada por parte de las recurrentes se pudo evidenciar que la Resolución N°2272 estaba siendo invocada en procesos judiciales del Perú que habían sido iniciados con anterioridad a su vigencia, y lo que es más inquietante, en estos procesos se ha realizado una interpretación de retroactividad de la norma comunitaria absolutamente inconsecuente.

Por lo expuesto, de conformidad con las consideraciones antes señaladas, esta Secretaría General;

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por las empresas Zinc Industrias Nacionales S.A. (ZINSA) e Industrias Electro Químicas S.A. (IEQSA) contra la Resolución N°2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por los argumentos expuestos en la presente Resolución y confirmarla en todos sus extremos.

Artículo 2.- Declarar que la Resolución N°2272 de la Secretaría General de la Comunidad Andina no tiene carácter retroactivo, sus efectos se producen desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Comuníquese a las Partes, interesados y 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 quince días del mes de septiembre del año dos mil veintidós.

Diego Caicedo Pinoargote
Secretario General a.i.