

**RESPECTO AL EXPEDIENTE DE HECHOS PRELIMINAR ELABORADO POR LA SECRETARÍA PARA LAS SOLICITUDES SOBRE ASUNTOS DE CUMPLIMIENTO AMBIENTAL – SACA-SEEM/PE/002/2019**

**POSICIÓN DEL GOBIERNO PERUANO**

Mediante el presente documento, el Gobierno peruano presenta sus comentarios al Expediente de Hechos Preliminar (en adelante, **Expediente de Hechos Preliminar**) enviado el 10 de setiembre de 2021 al Consejo de Asuntos Ambientales (en adelante, **CAA**) correspondiente a la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019 (en adelante, **la Solicitud**).

Sobre el particular, procedemos a presentar comentarios sobre la certeza del Expediente de Hechos Preliminar dentro del plazo establecido en el numeral 5 del artículo 18.9 del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú – Estados Unidos<sup>1</sup>, para lo cual, de manera preliminar, reiteramos lo señalado en los documentos presentados por el Perú el 1 de junio de 2020 en respuesta a la Solicitud y el 12 de febrero de 2021 luego de recomendarse la elaboración del Expediente de Hechos. En dichos documentos el Gobierno peruano ha expuesto los argumentos que sustentan que la Solicitud no cumple con los requisitos establecidos en el APC para su admisión, ni para que se requiera una respuesta y tampoco se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos.

De acuerdo a lo indicado, procedemos a pronunciamos seguidamente respecto a la certeza del Expediente de Hechos Preliminar alcanzado por la “Secretaría para las Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento Ambiental” (en adelante, **la Secretaría**)<sup>2</sup>:

**I. ANTECEDENTES**

1. El 25 de julio de 2019, cinco personas de nacionalidad peruana (en adelante, **los solicitantes**) presentaron una solicitud a la Secretaría, en la cual, alegaron que el Gobierno peruano no ha aplicado efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694, “*Ley que regula el contenido de azufre en el combustible diésel*”, y, por tanto, incurre en la falta de aplicación de la “*legislación ambiental*”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18.1 del APC.
2. El artículo 3 de la Ley N° 28694 objeto de cuestionamiento en la referida solicitud establece lo siguiente:

*“Artículo 3.- Medidas tributarias de promoción de combustibles limpios*

*Gradualmente, a partir del 1 de enero de 2008, se determinará el Impuesto Selectivo al Consumo a los combustibles, introduciendo el criterio de proporcionalidad al grado de nocividad por los contaminantes que éstos contengan para la salud de la población. Para tal efecto, el Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Consejo Nacional del Ambiente - CONAM, aprobarán anualmente los índices de nocividad relativa que serán*

---

<sup>1</sup> “5. La secretaria presentará un expediente de hechos preliminar al Consejo. Cualquier Parte podrá presentar comentarios sobre la certeza del expediente de hechos preliminar dentro de los 45 días siguientes”.

<sup>2</sup> En junio de 2015, las Partes firmaron el “Entendimiento para Implementar el Artículo 18.8 del APC”, creándose la Secretaría que, a través de Memorándum de Entendimiento, acuerda que la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) albergará y apoyará a la Secretaría en su sede en Washington D.C., Estados Unidos. Dicho entendimiento entró en vigor el 20 de marzo de 2016.

*utilizados. Esta reestructuración deberá realizarse de forma gradual hasta el 1 de enero de 2016 como máximo, fecha en que la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad.”*

3. Mediante correo electrónico de fecha 26 de julio de 2019, la Secretaría notificó al CAA la versión pública de la solicitud, la cual mantenía la identificación de los solicitantes en reserva. Con fecha 25 de setiembre de 2019, los miembros del CAA consultaron a la Secretaría si remitirá la versión no confidencial de la información, sin embargo, la Secretaría mantuvo la identidad de los solicitantes en reserva hasta la notificación de la Carta Determinación SACA-SEEM/PE/02/2019<sup>3</sup>.
4. Mediante correo electrónico de fecha 30 de septiembre de 2019, el Director Ejecutivo de la Secretaría respondió que, *“Si la Secretaría determina que la presentación mencionada amerita solicitar una respuesta de la Parte, seguiré las instrucciones del Consejo de Asuntos Ambientales que se detallan en su correo electrónico. Pero primero comunicaré esta decisión a los Peticionarios para aclarar que la Petición completa sin redacciones estará disponible para el Consejo de Asuntos Ambientales”*.<sup>4</sup>
5. El 18 de octubre de 2019, la Secretaría emitió la Determinación SACA – SEEM/PE/002/2019/D1, en la que se indicó que la Solicitud invoca la falta de aplicación de la legislación ambiental de una Parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.8 (1) del APC. Asimismo, se señaló que la Solicitud cumple con los requisitos de admisibilidad contenidos en el artículo 18.8 (2) del APC.
6. Con fecha 2 de abril de 2020, mediante Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D2, la Secretaría tras examinar la Solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, y en virtud del artículo 18.8 (4) del APC, consideró que la solicitud ameritaba una respuesta del Gobierno peruano.
7. Con fecha 1 de junio de 2020<sup>5</sup>, el Gobierno peruano remitió un escrito de respuesta a la Secretaría de acuerdo a lo requerido mediante Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D2, en el cual presentó, entre otros, los siguientes argumentos:
  - a) La Solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad concurrentes establecidos en el artículo 18.8 (2) del APC. En efecto, la comunicación adjunta en la Solicitud remitida al Congreso de la República no ha sido dirigida a la institución relevante, conforme al literal e)

---

<sup>3</sup> El artículo 8 del Entendimiento para Implementar el Artículo 18.8 sobre confidencialidad establece que : La Secretaría no proporcionará al público la información que reciba, ni permitirá que este tenga acceso a la misma, si: (a) (i) quién presenta la información la identifica como confidencial de conformidad con los procedimientos que el Consejo establezca para proteger la información confidencial; (ii) la información no esté, de otro modo, a disposición del público; y (iii) la divulgación de la información podría revelar: (1) la identidad del remitente, sometiéndolo así a una grave represalia; o (2) información comercial o de dominio privado; o (b) es información cuya divulgación, según la Parte que la entrega, impediría la aplicación de la ley, comprometería la privacidad personal, o revelaría información comercial confidencial, o de dominio privado, o información para la toma de decisiones gubernamentales.

<sup>4</sup> Extracto de la versión original del mensaje en inglés: *“If the Secretariat determines that the aforementioned submission merits requesting a response from the Party I will follow the instructions from the Environmental Affairs Council set out in your email. But first I will communicate this decision to the Submitters in order to clarify that the Submission in full with no redactions will be made available to the Environmental Affairs Council”*.

<sup>5</sup> Mediante comunicación electrónica de fecha 17 de abril de 2020, el Estado peruano solicitó a la Secretaría una ampliación del plazo por quince (15) días adicionales, hasta el 1 de junio de 2020, a fin de dar respuesta a la referida determinación, la cual fue concedida.

del párrafo 2 del artículo 18.8 del APC, en la medida que el Congreso de la República no es la entidad competente, correspondiendo más bien que el asunto materia de la Solicitud haya sido informado al Ministerio del Ambiente (MINAM) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) como entidades competentes del Poder Ejecutivo, y por ende, entidades relevantes para efectos del APC.

- b) El Gobierno peruano ha cumplido con aplicar el artículo 3 de la Ley N° 28694, no existiendo el daño alegado en la Solicitud.
  - c) No debe realizarse una interpretación aislada del artículo 3 de la Ley N° 28694 y su aplicación. La norma se ha cumplido cabalmente desde su dación. Específicamente, el último Índice de Nocividad (INC) para el periodo 2018 – 2019 se encontraba vigente y fue considerado, entre otros, como criterio para la determinación del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC).
8. El 30 de julio de 2020, la Secretaría remitió a las Partes la Notificación SACA-SEEM/PE/002/2019/N1, de conformidad con el artículo 18.9 (1) del APC, en la cual considera que la Solicitud justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos, en virtud a los siguientes argumentos:
- a) La Secretaría considera que sí se ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 18.8 (2) literal (e) del APC, ya que la comunicación presentada al Congreso puede ser compartida sin problema alguno a través de los mecanismos internos del propio Estado peruano. Adicionalmente, la Secretaría señala que los requisitos del artículo 18.8 (2) del APC deben tener un umbral relativamente bajo en comparación con los que se exigen en el marco de un procedimiento judicial internacional.
  - b) La Secretaría señala que el literal (a) del artículo 18.8 (4) del APC no determina que es necesario delimitar el daño únicamente a los solicitantes. Asimismo, no establece qué tipo de daño se debe alegar. Por ello, que se trate de un daño *“difuso, general e intergeneracional”* no deslegitima en absoluto a la Solicitud.
  - c) La Secretaría considera que el Gobierno peruano no ha implementado de manera efectiva el artículo 3 de la Ley N° 28694 sobre la aprobación anual de los índices de nocividad para los combustibles. Adicionalmente, menciona que la exigencia legal obligatoria, puntual y específica del artículo 3 de la Ley N° 28694, consiste en que el Gobierno peruano apruebe anualmente, desde el año 2008 hasta el año 2016, inclusive, índices de nocividad para los combustibles.
  - d) La parte final del artículo 3 de la Ley N° 28694, establece que al 2016 la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad. En este sentido, sostiene que el ISC no es el único tributo que grava a los combustibles, por lo que debe analizarse si estos otros tributos, como el impuesto general a las ventas, el impuesto al rodaje y los aranceles aplicables a las importaciones, han sido considerados en la reestructuración a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley N° 28694.

9. El 1 de octubre del 2020, los representantes del CAA por parte de los Estados Unidos (Departamento de Estado de los Estados Unidos y la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos - USTR) remitieron una comunicación al Director Ejecutivo de la Secretaría instruyéndolo a elaborar un Expediente de Hechos para la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18.9 (2) del APC.
10. El 12 de febrero de 2021, el Gobierno peruano envió una comunicación a la Secretaría, que incluye los argumentos vertidos en su respuesta de fecha 1 de junio de 2020 señalando lo siguiente:
  - a) La Solicitud no cumple con los requisitos previstos en el APC, en la medida que ésta no fue remitida a la entidad relevante (los Ministerios competentes, sino al Congreso de la República), por lo que no cabe interpretación distinta a lo que establece el APC.
  - b) Conforme a los términos previstos en el APC, se debe invocar un daño real, en el presente caso, los solicitantes no han acreditado tal daño. Sin ningún sustento y sin evaluar los cuestionamientos del Gobierno peruano sobre la presunta prueba de daño presentada por los solicitantes, se da por cumplido este requisito previsto de manera expresa en el APC.
  - c) La Secretaría no ha realizado ningún análisis respecto a si el Estudio mencionado por los solicitantes es pertinente y acredita efectivamente un daño en los términos del APC.
  - d) Para la determinación del ISC a los combustibles se considera en su evaluación el índice de nocividad (INC), el cual coadyuva a estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, independientemente del monto que se pueda establecer como base.
  - e) El Gobierno peruano no ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, teniendo en consideración que para los otros años se ha tomado como referencia los Decretos Supremos anteriores: el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD que rigió hasta el 1 de mayo del año 2014, pues fue una norma con plena vigencia por lo que cubrió el periodo de agosto de 2005 hasta el 1 de mayo de 2014 y el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM que rigió desde el 2 de mayo de 2014 hasta el 9 de mayo de 2018 {fecha en la que se publicó el Decreto Supremo N° 003-2018-MINAM.} Asimismo, mediante Decreto Supremo No. 007-2020-MINAM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de agosto de 2020, se aprobaron los INC para el periodo 2020-2021.
  - f) El INC aprobado para el periodo 2018-2019, permaneció vigente hasta su actualización, es decir, no caducó, por lo que no hubo periodo en el que no se haya considerado dicho índice. Por tanto, siguiendo lo establecido por la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional y la doctrina, el último INC aprobado sigue vigente hasta que el mismo no sea modificado, suspendido o derogado por otra norma.
  - g) La estructuración de la carga tributaria del ISC a los combustibles considera criterios concurrentes, entre ellos el INC, el cual es una escala referencial para que el Ministerio de

Economía y Finanzas, en el marco de lo dispuesto por el artículo 61 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del IGV e ISC establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del ISC a los combustibles.

- h) Sobre otros tributos distintos al ISC, no corresponde su inclusión, principalmente por no haber sido parte de la notificación, así como por la falta de sustento de este argumento por parte de los propios solicitantes, de la Secretaría, y las razones técnicas consignadas en el documento de fecha 1 de junio de 2020 presentado por el Gobierno peruano.
11. El 10 de setiembre de 2021, la Secretaría envió al CAA el Expediente de Hechos Preliminar correspondiente a la Solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, en cumplimiento de la instrucción recibida el 1 de octubre de 2020 por parte de los representantes de EEUU del CAA, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5 del artículo 18.9 del APC. Entre los argumentos relevantes sostenidos por la Secretaría en dicho documento se pueden extraer los siguientes puntos:
- a) Existe un mandato legal (Ley N° 28694) para que el Estado peruano apruebe anualmente, desde el año 2008 hasta el año 2016 inclusive, índices de nocividad para todos los combustibles, no solamente del diésel.
  - b) A partir del 1 de enero de 2016, la tributación que grava los combustibles debió considerar plenamente el criterio de nocividad utilizado para gravar con mayor impuesto a los combustibles más contaminantes, desde ese entonces, ya no debía considerarse índices de nocividad proporcionales, sino de carácter pleno o absoluto.
  - c) El ISC no es el único tributo que grava a los combustibles, existen otros tributos como el impuesto al rodaje, el Impuesto General a las Ventas (IGV), y los aranceles a la importación, los que pueden ser alcanzados por la exigencia contenida en el artículo 3 de la Ley N° 28694, puesto que dicha disposición no se refiere específicamente al ISC sino que menciona de forma amplia la tributación que grava a los combustibles en el Perú.
  - d) La comunicación de fecha 12 de febrero de 2021 del Perú excede el alcance del proceso previsto en el APC. Sin perjuicio de ello, esta comunicación estará disponible en el sitio web de la Secretaría con el expediente final de hechos.
  - e) El Expediente de Hechos brinda información relevante sobre presuntas fallas en la aplicación efectiva de la legislación ambiental y permite a los solicitantes y al público sacar sus propias conclusiones con respecto a la aplicación de la legislación ambiental, por una Parte, así como proporcionar información valiosa a las Partes del APC mientras buscan cumplir con sus obligaciones en virtud del Acuerdo.

## II. ANÁLISIS

### 2.1 Cuestión Previa

#### 2.1.1 Sobre la confidencialidad conforme a los términos del APC

12. La Secretaría ha indicado que los cinco solicitantes identificaron su información personal como confidencial; razón por la cual no reveló inicialmente al CAA la identidad de los mismos<sup>6</sup>. Al respecto, el artículo 8 del Entendimiento para Implementar el Artículo 18.8 del APC, establece que la Secretaría no proporcionará al público la información que reciba si el solicitante la identifica como confidencial:

*“Artículo 8: Confidencialidad*

***La Secretaría no proporcionará al público la información que reciba, ni permitirá que este tenga acceso a la misma, si: (a) (i) quien presenta la información la identifica como confidencial, de conformidad con los procedimientos que el Consejo establezca para proteger la información confidencial; (...).”*** (Énfasis agregado)

13. Como se desprende de lo establecido en el Entendimiento, la información proporcionada por los solicitantes puede tener carácter confidencial, sin embargo, la disposición es clara respecto a que dicha reserva únicamente alcanza al público y no al CAA. Al respecto, cabe indicar que, la Secretaría no cumplió con brindar a los miembros del CAA la información referida a la identificación de los solicitantes de manera oportuna, pese a que dicha información fue requerida al momento en que se recibió la solicitud. La Secretaría aplicó la disposición erradamente en el sentido de que, si la solicitud ameritaba solicitar una respuesta de la Parte, seguiría las instrucciones del CAA, precisando que primero comunicaría esta decisión a los Peticionarios. De esta forma, la tramitación de la solicitud no habría sido realizada conforme a lo expresamente establecido en el APC.
14. De acuerdo a lo anterior, resulta imprescindible que la Secretaría aplique adecuadamente el artículo 8 del Entendimiento y no desnaturalice lo establecido expresamente en el mismo y proporcione dicha información a los miembros del CAA desde un primer momento. Ello, no es meramente un asunto formal, toda vez que además de no responder a la obligación acordada por las Partes, de mantenerse, se generaría un vicio en la tramitación de cualquier

---

<sup>6</sup> En correo de fecha 30 de septiembre de 2019 remitido a los miembros del Consejo de Asuntos Ambientales, el Director Ejecutivo de la Secretaría responde que, “Si la Secretaría determina que la presentación mencionada amerita solicitar una respuesta de la Parte, seguiré las instrucciones del Consejo de Asuntos Ambientales que se detallan en su correo electrónico. Pero primero comunicaré esta decisión a los Peticionarios para aclarar que la Petición completa sin redacciones estará disponible para el Consejo de Asuntos Ambientales.

Aunque entiendo la necesidad de una Parte de poder identificar a los Peticionarios, especialmente para 18.8.5 (b) (ii), creo que la confidencialidad sobre la información personal de los Peticionarios que afirman que una Parte no está haciendo cumplir efectivamente sus leyes es razonable, no solo la confidencialidad con respecto al público en general, sino especialmente a la Parte a la que se refiere la presentación. Espero que el Consejo de Asuntos Ambientales pueda discutir este tema en el futuro”. (traducción nuestra). La respuesta fue en inglés: “If the Secretariat determines that the aforementioned submission merits requesting a response from the Party I will follow the instructions from the Environmental Affairs Council set out in your email. But first I will communicate this decision to the Submitters in order to clarify that the Submission in full with no redactions will be made available to the Environmental Affairs Council.

Although I understand the need from a Party to be able to identify the Submitters, especially for 18.8.5 (b) (ii), I do think that confidentiality over the personal information from Submitters asserting that a Party is failing to effectively enforce its environmental laws is reasonable, not only confidentiality regarding the general public but especially from the Party that the submission is about. I hope the Environmental Affairs Council can discuss this issue in the future.”

solicitud presentada a la Secretaría, puesto que no permite a la Parte sobre la que versa la solicitud de cumplimiento, verificar si la solicitud cumple o no con los requisitos de admisibilidad.

### 2.1.2 Respetto a la función de interpretación del Acuerdo

15. Es importante recalcar que el APC refleja el entendimiento alcanzado entre dos Estados soberanos, por lo que la aplicación de sus disposiciones por parte de la Secretaría tiene que guardar consistencia con el resultado de lo negociado y acordado entre las Partes en dicho Tratado.
16. La función de la Secretaría no consiste en interpretar las disposiciones del APC, sino aplicar sus disposiciones, verificando que los requisitos establecidos en él o en los procedimientos complementarios que establezca el CAA, en el marco del artículo 5° del Entendimiento para implementar el artículo 18.8 del APC<sup>7</sup>, sean cumplidos por los solicitantes. Por tanto, la evaluación de una Solicitud por parte de la Secretaría, debe ceñirse a aplicar únicamente lo dispuesto en el Tratado, así como en los procedimientos que apruebe el CAA.
17. Al respecto, debemos señalar que la única entidad que podría emitir una interpretación de alguna disposición del APC o resolver alguna divergencia de interpretación entre las Partes, es la Comisión de Libre Comercio, conforme a lo establecido en el artículo 20.1 del APC<sup>8</sup>.
18. Además de lo señalado, resulta fundamental tener en consideración que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, **Convención de Viena**), los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, el contexto de los mismos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
19. En este sentido, cabe destacar la importancia de una adecuada aplicación de las disposiciones de los instrumentos acordados entre las Partes del APC por parte de la Secretaría en la evaluación de las solicitudes a fin de no desnaturalizarlas y evitar interpretaciones que no corresponden a su función.

### 2.1.3 Sobre el escrito de posición del Gobierno peruano presentado el 12 de febrero de 2021

20. El 12 de febrero de 2021, el Gobierno peruano remitió a la Secretaría el documento “*Respecto a la justificación para el desarrollo de un expediente de hechos –SACA-SEEM/PE/002/2019*”; en el cual se desarrollan los argumentos que llevan a concluir que el Gobierno peruano

---

<sup>7</sup> De acuerdo al numeral 2 del citado Entendimiento que entró en vigor el 20.3.16: “La Secretaría aplicará los procedimientos operativos y otros procedimientos que el Consejo establezca para considerar las solicitudes del público, preparar los expedientes de hechos, consultar a los expertos, preparar los informes que se presentarán al Consejo, proteger información confidencial, hacer los documentos disponibles al público, u otros asuntos relacionados con sus funciones”.

<sup>8</sup> Artículo 20.1: La Comisión de Libre Comercio

(...)

2.La Comisión deberá:

(...) (c) buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este Acuerdo;

(...)

sí ha cumplido con aplicar el artículo 3 de la Ley N° 28694, en consecuencia, no se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos.

21. En el Expediente de Hechos Preliminar, la Secretaría observa que la comunicación remitida por el Gobierno peruano excede el alcance del proceso previsto en los artículos 18.8 y 18.9 del TPA. Sin embargo, cabe destacar que, de conformidad con el artículo 18.9.4 del TPA, *“Al preparar un expediente de hechos, la Secretaría considerará cualquier información suministrada por una Parte y podrá considerar cualquier información técnica, científica o de otro tipo.”* Por tanto, el documento enviado por el Perú contribuye a la elaboración del Expediente de Hechos, en línea con lo expresado en el TPA, puesto que incluye información que es relevante y útil para la consideración de la Secretaría.
22. Al respecto, en virtud del artículo 18.9.4) del APC, la Secretaría al preparar el Expediente de Hechos Preliminar debió ***“considerar cualquier información suministrada por una Parte”***<sup>9</sup>, más aún si el objetivo del Expediente de Hechos Preliminar es proporcionar información relevante respecto de la aplicación efectiva de la legislación ambiental de una Parte, de conformidad con los artículos 18.8 y 18.9 del APC. Por lo tanto, el documento de posición remitido por el Gobierno peruano con fecha 12 de febrero de 2021 debió considerarse en la elaboración del Expediente de Hechos Preliminar por parte de la Secretaría, cumpliendo con lo expresado en el APC, de modo que, la Secretaría disponga de toda la información relevante y suficiente que le permita proceder con todos los elementos disponibles a su revisión.
23. En ese sentido, la actuación de la Secretaría al no considerar el documento de posición del Gobierno peruano de fecha 12 de febrero de 2021 en la elaboración del Expediente de Hechos Preliminar, estaría ignorando lo establecido en el 18.9.4 que es claro al establecer que, al preparar un expediente de hechos, la Secretaría considerará cualquier información suministrada por una Parte, menoscabando de este modo el legítimo derecho de defensa de una Parte y, por ende, afectando gravemente el debido proceso pues la información proporcionada por el Gobierno peruano no estaría siendo tomada en cuenta a pesar que este procedimiento no ha concluido.
24. Más preocupante aún, resulta que la Secretaría, sin ser parte de sus funciones, interprete un artículo del APC, y lo haga inclusive en un sentido contrario a lo que de manera expresa ha sido establecido por las Partes del Acuerdo como resultado de un proceso de negociación, en el que cada término representa no solo el balance de dicho proceso, sino también, de manera literal, la voluntad de las Partes.
25. Asimismo, nos llama la atención que la Secretaría se pronuncie sobre este asunto de trascendental importancia para el derecho de defensa de una Parte en una nota al pie de página en el Expediente de Hechos Preliminar, limitándose a señalar que la Secretaría no puede considerar el contenido de esta comunicación, pero por acuerdo de las Partes, esta comunicación estará disponible en el sitio web de la Secretaría con el expediente final de hechos. Al respecto, la actuación de la Secretaría no se ha ajustado a lo previsto en el APC y desvirtúa lo acordado por las Partes en dicho Tratado.

---

<sup>9</sup> **Artículo 18.9: Expedientes de Hechos y Cooperación Relacionada**  
(...)

4. Al preparar un expediente de hechos, la secretaria considerará cualquier información suministrada por una Parte (...).



26. Cabe precisar que, en el caso de una solicitud anterior presentada ante la Secretaría y al conocerse la recomendación de elaborar un Expediente de Hechos, el Gobierno del Perú, presentó un documento de posición al igual que en esta oportunidad y el Director Ejecutivo respondió con un informe que remitió a los miembros del CAA y procedió a publicar el documento del Perú antes de la finalización del Expediente de Hechos. Asimismo, incluyó todos los documentos presentados por el Perú como anexos en el Expediente de Hechos. En este sentido, nos extraña esta nueva interpretación de alcance y oportunidad de publicación, dados los antecedentes, la cual no se condice con la transparencia que debe caracterizar estos procedimientos.<sup>10</sup>

### 2.1.3 Sobre la naturaleza jurídica de los informes de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República del Perú

27. La Secretaría en la elaboración del Expediente de Hechos Preliminar hizo referencia a los siguientes informes de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República del Perú para explicar las presuntas fallas en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, de conformidad con los artículos 18.8 y 18.9 del APC:
- **Informe Defensorial N° 116**, denominado *“La Calidad del Aire en Lima y su Impacto en la Salud y la Vida de sus Habitantes”* (2006), el cual contiene un conjunto de recomendaciones dirigidas a reducir los niveles de contaminación atmosférica en la ciudad de Lima.
  - **Informe Defensorial N° 136**, denominado *“La Calidad del Aire en Lima y su Impacto en la Salud y la Vida de sus Habitantes: Seguimiento de las Recomendaciones Defensoriales”* (2008), en el cual se busca analizar las acciones adoptadas por las diversas instituciones del Estado para cumplir con las recomendaciones del Informe Defensorial N° 116 antes citado y, asimismo, reiterarlas con el propósito de generar medidas tendientes a dar solución al problema de la contaminación del aire en Lima.
  - **Informe N° 659-2011-CG/MAC-VE** elaborado por la Contraloría General de la República, denominado *“Actualización del índice de Nocividad de Combustible y Temas vinculados a la Gestión de la Calidad del Aire”* (2011), mediante el cual se identificaron situaciones generadoras de riesgo en la gestión del Índice de Nocividad de Combustibles (INC) en el marco de la Ley N° 28694 y temas vinculados a la calidad del aire.
28. Específicamente, los informes mencionados por la Secretaría, constituyen documentos que buscan poner énfasis en la relación que existe entre la contaminación atmosférica y el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población urbana de Lima, en los cuales se explica el funcionamiento e interacciones de los principales instrumentos de gestión ambiental que deben ser utilizados por el Gobierno peruano para mejorar la calidad del aire, evalúa el estado de su implementación, y concluye formulando, sobre la base de un análisis,

---

<sup>10</sup> El 17 de junio de 2019, el Gobierno de los Estados Unidos remitió una instrucción a la Secretaría para preparar un Expediente de Hechos para la Solicitud SACA-SEEM/PE/002/2018, conforme a lo dispuesto por el artículo 18.9 del APC. El 17 de agosto de 2019, el Gobierno del Perú remitió a la Secretaría, el documento “Respecto a la recomendación de la Secretaría para las Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento Ambiental para el desarrollo de un Expediente de Hechos - Posición del Gobierno del Perú”. El 2 de abril de 2020, la Secretaría remitió un informe a los miembros del CAA en el que procede a dar respuesta al documento de posición presentado por el Perú.

una serie de recomendaciones a la administración estatal, destinadas a mejorar la gestión estatal del aire respirable en la ciudad de Lima.

29. Al respecto, cabe precisar que los referidos informes no son vinculantes sino más bien sólo constituyen opiniones y/o recomendaciones emitidas por dichas entidades, en virtud a lo establecido en sus respectivos Reglamentos de Organización y Funciones (aprobados por Resolución Defensorial N° 007-2019/DP de fecha 2 de abril de 2019 y Resolución de la Contraloría N° 292-2019-CG del 27 de setiembre de 2019), en los cuales emiten una serie de recomendaciones dirigidas a la administración estatal, con el fin de contribuir a la mejora del estado de la calidad del aire en Lima Metropolitana.

Adicionalmente, no se debe perder de vista que toda modificación del ISC se da al amparo del artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC, el cual entre otros aspectos prevé que toda modificación del ISC se realiza por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

Asimismo, de acuerdo con el Texto Integrado actualizado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas<sup>11</sup>, aprobado por la Resolución Ministerial N° 213-2020-EF-41, el Ministerio de Economía y Finanzas tiene competencia a nivel nacional en materia tributaria, y como función general formula, propone y ejecuta las políticas, normas y lineamientos técnicos sobre materia tributaria.

En ese sentido, el ente rector que ejerce la competencia exclusiva en el diseño de la política tributaria nacional y emisión de normas tributarias, como el ISC es el Ministerio de Economía y Finanzas. Por tanto, el análisis en materia tributaria en los referidos informes no ha sido realizado por el ente competente para la regulación del ISC, siendo que el mismo resulta inválido y no vinculante para el Poder Ejecutivo, ni para el resto de Poderes del Estado, por no haber sido emitidas por el Ministerio con competencia constitucional y legal para ello<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> “Artículos 2. Jurisdicción

El Ministerio de Economía y Finanzas ejerce sus competencias a nivel nacional en las siguientes materias: (...); f) Tributario, ingresos no tributarios, aduanero, arancelario y contrataciones públicas; (...)”

Artículo 3. Funciones Generales

El Ministerio de Economía y Finanzas tiene las siguientes funciones generales: (...); l) Formular, proponer, ejecutar y evaluar las políticas, normas y lineamientos técnicos sobre materia tributaria, ingresos no tributarios, aduanera, arancelaria, de ingresos fiscales e ingresos públicos en general; (...)”

<sup>12</sup> Conforme se indica en el Informe Jurídico N° 007-2015-JUS/DGDOJ es preciso señalar que, “en el ejercicio de sus funciones, la Administración Pública debe de actuar con sujeción a los principios del Procedimiento Administrativo, tal es el caso del Principio de Legalidad según el cual la Administración Pública debe actuar con respeto a la Constitución, las normas con rango de ley, los reglamentos administrativos, los principios generales del derecho y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. En suma, significa que la Administración Pública debe actuar con arreglo al Derecho”. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. 2016. Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. Sobre la aplicación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera edición.

## 2.2. SOBRE LA SOLICITUD SACA-SEEM/PE/002/2019

### 2.2.1 La solicitud no cumple los requisitos de admisibilidad ni ameritaba una respuesta del Gobierno peruano

30. Como ya ha sido indicado por el Gobierno peruano en el escrito de junio de 2020 y reiterado en el documento de posición del Perú de febrero de 2021, la Solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el APC, en la medida que ésta no fue remitida a la entidad relevante, por consiguiente, la Secretaría no debió considerar que la Solicitud justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos, de conformidad con el artículo 18.9 (1) del APC.
31. En tal sentido, seguidamente pasamos a desarrollar los argumentos esgrimidos por la Secretaría en el Expediente de Hechos Preliminar, resaltando que ésta no ha tomado en cuenta aspectos de suma relevancia para el presente caso.

***a) La Secretaría considera que sí se ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 18.8 (2) literal (e) ya que la comunicación presentada al Congreso puede ser compartida sin problema alguno a través de los mecanismos internos del propio Estado peruano. Adicionalmente, la Secretaría señala que los requisitos del artículo 18.8 (2) del APC deben tener un umbral relativamente bajo en comparación con los que se exigen en el marco de un procedimiento judicial internacional.***

32. La Secretaría afirma que el Congreso cuenta con competencias como la de control político, entre otras funciones específicas, y que dentro de éstas se encuentra reconocida la función fiscalizadora del Congreso, de acuerdo a la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso, y que, por ende, dentro de estas funciones el Congreso se encuentra en la capacidad de fiscalizar los actos de administración del Estado, siendo uno de éstos el cumplimiento de lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694.
33. Sumado a ello, la Secretaría señala que la comunicación enviada por los solicitantes ha cumplido con el requisito previsto en el literal (e) del artículo 18.8 (2) del APC, puesto que ésta ha sido enviada a una autoridad relevante de la Parte. En ese sentido, la Secretaría afirma que “(…) la comunicación puede ser compartida sin problema alguno a través de los mecanismos internos del propio Estado Peruano” (énfasis agregado).

#### Comentarios al Expediente de Hechos Preliminar

34. En relación a lo sostenido por la Secretaría en este extremo, resulta importante citar lo establecido en el APC en el artículo 18.8 (2) literal (e):

*“18 Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento*

*(…)*

*18.2. La secretaria podrá considerar una solicitud bajo este Artículo si encuentra que la solicitud:*

*(e) indica que el asunto ha sido comunicado por escrito a las instituciones*

*relevantes de la Parte e indica la respuesta de la Parte, si la hubiera” (énfasis agregado).*

35. Como se puede observar, el APC es claro respecto a este requisito, por lo que no cabe interpretación distinta a lo que establece expresamente el Acuerdo en cuanto a que la comunicación debe ser dirigida a las instituciones relevantes. En ese sentido, la afirmación que realiza la Secretaría en torno a que la comunicación puede ser compartida sin problema alguno por los propios mecanismos internos del Estado peruano no se ciñe a lo previsto en el APC, en la medida en que dicha misiva no ha sido enviada directamente a las instituciones relevantes para efectos de la materia objeto de la solicitud.
36. En ese sentido, la Secretaría asume que cualquier institución del Estado peruano tiene la condición de “institución relevante” (sin importar si forma parte del Poder Ejecutivo, Legislativo e incluso Judicial), puesto que puede compartir (es decir, redirigir) la solicitud a la institución competente para conocer la materia de la solicitud, lo cual en los hechos deja sin efectos y vacía de contenido el artículo 18.8 (2) literal (e) del APC que establece, sin excepción, que la solicitud debe ser comunicada por escrito a las instituciones relevantes. Cabe precisar que, la comunicación no fue “compartida” por el Congreso a las instituciones relevantes del presente caso.
37. Siendo la función de la Secretaría aplicar las disposiciones del APC, en este caso no ha tenido en cuenta uno de los términos negociados por las Partes en el artículo 18.8 (2) (e), en el cual se establece que la comunicación deberá ser remitida por escrito a “las instituciones relevantes”, actuando en contravención del ámbito de aplicación del APC al sostener que solo bastaría con enviar una comunicación a cualquier entidad del Estado para considerar válido el envío de la comunicación.
38. Adicionalmente a ello, la Secretaría al afirmar que no debe imponerse una carga excesiva a los solicitantes para la presentación de las solicitudes, ya que los requisitos del artículo 18.8 (2) del APC deben tener un **umbral relativamente bajo en comparación con los que se exigen en el marco de un procedimiento judicial internacional**, contraviene la naturaleza y carácter de la Secretaría y los procedimientos tramitados ante ésta. Cabe destacar al respecto, que la Secretaría se encarga de procesar solicitudes y aplicar las disposiciones en los términos pactados por las Partes en el APC; careciendo la misma de funciones jurisdiccionales que no podría equipararse a órganos judiciales internacionales que emiten decisiones vinculantes, por lo que la referencia o comparación con un procedimiento judicial internacional no corresponde, más aún, si el proceso que se tramita ante la Secretaría es de naturaleza no contenciosa que culmina con el expediente de hechos definitivos, más no así, con una sentencia típica.
39. Adicionalmente, es inaceptable el planteamiento de la Secretaría respecto a que el umbral de las solicitudes debe ser bajo, toda vez que conforme a lo establecido en el APC, no se deben tramitar ante la Secretaría aquellas solicitudes consideradas como frívolas, debiendo entenderse por dicho término (frívolo) como ligero y de poca sustancia. En ese sentido, si el umbral de las solicitudes debe ser bajo, se estarían aceptando solicitudes frívolas en contravención a lo establecido en el APC.

40. El argumento señalado por la Secretaría carece de sustento conforme a lo previsto en el APC, en la medida que la propia Secretaría se atribuye suficiente margen de discrecionalidad para incumplir con lo dispuesto en un tratado internacional, a efectos de seguir un estándar de lo que considera que razonablemente puede exigirse a los solicitantes en cada caso. Además, preocupa que la Secretaría haga extensivo este razonamiento a todos los requisitos previstos en el artículo 18.8 (2) del APC, lo cual conllevaría a que en la evaluación del cumplimiento de dichos requisitos no se cumpla lo establecido expresamente en el Acuerdo.
41. Por consiguiente, resulta de suma importancia que se evalúe la solicitud a la luz de lo expresamente acordado por las Partes en el APC, sin perder de vista que la Secretaría está obligada a aplicar más no interpretar las disposiciones del APC conforme a lo estrictamente señalado en ellas, **y en el caso que realice una interpretación, deberá observar los criterios de interpretación contenidos en el artículo 31 de la Convención de Viena. Como es conocido, los textos de tratados son negociados cuidadosamente para evitar interpretaciones que vayan más allá de lo que las Partes negociaron al celebrar el Acuerdo.**
42. En este orden de ideas, discrepamos totalmente de la evaluación realizada por la Secretaría respecto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la Solicitud y que permite que pueda considerar que la Solicitud justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos. Ello, en atención a que no solo vacía de contenido lo establecido en el artículo 18.8 (2) (e) del APC, sino que también conlleva a asignarle a la Secretaría funciones que no le competen al interpretar el APC e incluso sugiere cómo debe operar el Gobierno peruano, cuando una entidad que no tiene la condición de “institución relevante” recibe una solicitud respecto de la que carece de competencia; de forma tal, que se aleja de los términos previstos en el APC.
43. Los tres poderes del Estado peruano tienen funciones de fiscalización entre ellos, en tanto son funciones necesarias para un balance de poderes; no obstante, bajo la errada interpretación de la Secretaría, se podría llegar al absurdo de aceptar inclusive solicitudes que se presentaron ante un juzgado en tanto dichos entes, al pertenecer a un poder del estado, tienen funciones de fiscalización de otros poderes.

### **2.2.2 La Solicitud y la Secretaría no ofrecen información ni sustentación suficiente para su admisión**

44. El Expediente de Hechos Preliminar elaborado por la Secretaría estaría considerando que el Gobierno peruano ha dejado de aplicar la legislación ambiental. El Gobierno peruano destaca, que en el Expediente de Hechos Preliminar no se incorporan debidamente los principales argumentos esgrimidos en los documentos de posición presentados con anterioridad que sustentan el cumplimiento del artículo 3 de la Ley No. 28694, tales como:
  - La Solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad concurrentes establecidos en el artículo 18.8 (2) del APC. En efecto, la comunicación adjunta en la Solicitud remitida al Congreso de la República no ha sido dirigida a la institución relevante, conforme al literal e) del párrafo 2 del artículo 18.8 del APC, en la medida que el Congreso de la República no es la entidad competente, correspondiendo más bien que el asunto materia de la Solicitud

haya sido informado al MINAM y al MEF como entidades competentes del Poder Ejecutivo y, por ende, entidades relevantes.

- No existe evidencia del daño alegado en la Solicitud. Conforme a los términos previstos en el APC, se debe invocar un daño real, en el presente caso, no se acredita tal daño.
- No debe realizarse una interpretación aislada del artículo 3 de la Ley N° 28694 y su aplicación. La norma se ha cumplido cabalmente desde su dación. Específicamente, el último INC para el periodo 2018 – 2019 sigue vigente y ha sido considerado como criterio para la determinación del ISC correspondiente al mismo periodo.
- Para la determinación del ISC a los combustibles se considera en su evaluación el INC, el cual coadyuva a estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, independientemente del monto que se pueda establecer como base.
- El Perú ha contado con un índice actualizado anualmente para los periodos 2014-2015 y 2018-2019, con los Decretos Supremos No. 006-2014-MINAM y No. 003-2018-MINAM, respectivamente. Cabe señalar que se encuentran aprobados los INC para el periodo 2020-2021, mediante el Decreto Supremo No. 007-2020-MINAM publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de agosto de 2020.
- El INC aprobado para el periodo 2018-2019, permaneció vigente hasta su actualización, es decir, no caduca, por lo que no hay periodo en el que no se considere dicho índice. Por tanto, siguiendo lo establecido por la Constitución, el Tribunal Constitucional y la doctrina, el último INC aprobado sigue vigente, hasta que el mismo sea modificado, suspendido o derogado por otra norma.
- El Gobierno peruano no ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, teniendo en consideración que para los otros años se ha tomado como referencia los Decretos Supremos anteriores: el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD que rigió hasta el 1 de mayo del año 2014, pues fue una norma con plena vigencia por lo que cubrió el periodo de agosto 2005 hasta el 1 de mayo de 2014 y el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM que rigió desde el 2 de mayo del 2014 hasta el 9 de mayo de 2018 (fecha en la que se publicó el Decreto Supremo No. 003-2018-MINAM.)
- La estructuración de la carga tributaria del ISC a los combustibles considera criterios concurrentes, entre ellos el INC, el cual es una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de lo dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del ISC a los combustibles.
- Sobre otros tributos distintos al ISC, no corresponde su inclusión, no solo por no haber sido parte de la notificación, sino fundamentalmente por la falta de sustento de este argumento por parte de los propios solicitantes, de la Secretaría, y las razones técnicas consignadas en este documento.

## **2.3. EL GOBIERNO PERUANO HA CUMPLIDO CON APLICAR EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY N° 28694**

### **2.3.1 Expediente de Hechos Preliminar de la Secretaría**

45. El Gobierno peruano seguidamente reitera y profundiza los argumentos por los cuales considera que el Expediente de Hechos Preliminar elaborado por la Secretaría carece de certeza debido a que mantiene las inexactitudes presentadas en las determinaciones previas de la

Secretaría respecto a la Solicitud (**Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D1 y Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D2**).

### 2.3.1.1 Falta de acreditación del daño a los efectos del APC.

**a) La Secretaría señala que el literal (a) del artículo 18.8 (4) del APC no determina que es necesario delimitar el daño únicamente a los solicitantes.**

46. En la Notificación, la Secretaría indica que en el literal (a) del artículo 18.8 (4) del APC no se determina que es necesario delimitar el daño únicamente a los solicitantes ni establece qué tipo de daño se debe alegar. De este modo, la Secretaría aplica la disposición en el sentido de que puede tratarse de un daño “difuso, general e intergeneracional” y que ello no deslegitima en absoluto la solicitud.
47. Sobre lo señalado por la Secretaría respecto del daño, en primer lugar, es importante mencionar que no se ha tomado en consideración los argumentos del Gobierno peruano expuestos en el escrito “Respecto a la solicitud sobre asuntos de cumplimiento ambiental SACA-SEEM/002/2019” relacionados con las supuestas pruebas presentadas por los solicitantes para evidenciar el daño alegado; situación que como ya se ha indicado, ignora lo establecido en el APC en el artículo 18.8.4, lo cual debe ser subsanado en la versión final del Expediente de Hechos.
48. Como se indicó en el escrito citado anteriormente presentado por el Gobierno peruano, los solicitantes justifican la existencia de un daño basados solamente en un supuesto estudio elaborado sobre la calidad del aire; sin embargo, el Gobierno peruano ya advirtió en los documentos presentados que dicho estudio no es adecuado ni el aplicable para demostrar la existencia de un daño real a los solicitantes.
49. En efecto, el estudio mencionado por los solicitantes denominado “*Global Urban Ambient Air Pollution Database*”, es un documento que consiste en una base de datos de calidad de aire urbano que no establece concretamente algún ranking, el cual además presenta información de calidad del aire desactualizada<sup>13</sup> (hasta el año 2014 en el caso del Perú)<sup>14</sup>.
50. Por el contrario, diversos reportes oficiales del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología (SENAMHI), el Comité de Gestión de la Iniciativa de Aire Limpio para Lima – Callao y la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (DIGESA), así como reportes internacionales como el *World Air Quality Report* de *+IQAir*<sup>15</sup> permiten demostrar que la

---

<sup>13</sup> Independientemente de las discusiones técnicas que pudieran existir detrás de los rankings de ciudades más contaminadas en Latinoamérica (LATAM), es importante resaltar que el año 2018 dicha institución colocó a Lima- Perú en el puesto 8 de ciudades más contaminadas en el aire (con un promedio anual de 28 µg/m<sup>3</sup>); sin embargo, en el año 2019 indicó que al cierre del mismo, Lima-Perú se encontraría fuera del ranking de las 15 ciudades más contaminadas en el aire de LATAM (con un promedio anual de 23,7 µg/m<sup>3</sup>). Todo ello denota que las instituciones internacionales reconocen una mejora en la calidad del aire de la ciudad. (Ver últimos reportes en: <https://www.iqair.com/world-most-polluted-cities/world-air-quality-report-2018-en.pdf> y <https://www.iqair.com/world-most-polluted-cities/world-air-quality-report-2019-en.pdf>).

<sup>14</sup> Base de datos mundial de la OMS sobre contaminación del aire ambiental urbano (Última actualización 2016). Para los fines en cuestión ver la Base de datos de contaminación del aire ambiental, por país (Observatorio de Salud Global), cuya última información registrada para Perú fue el año 2014.

<sup>15</sup> WORLD AIR QUALITY REPORT Región & City PM2.5 Ranking. Cabe informar que el Informe mundial sobre la calidad del

calidad del aire ha venido mejorando de manera gradual por las diversas acciones que viene desplegando el Gobierno peruano desde la promulgación de la Ley N° 28694 y la adopción del Índice de Nocividad como uno de los criterios para la determinación del impuesto selectivo al consumo por el Ministerio de Economía y Finanzas.

51. En segundo lugar, la Secretaría al señalar erradamente que se trata de un daño “difuso, general e intergeneracional” que no deslegitima en absoluto a la Solicitud, no está considerando apropiadamente los términos negociados del APC.
52. Como es de conocimiento de la Secretaría, con relación al daño, el artículo 18.8 (4) (a) del APC dispone lo siguiente:

*“Artículo 18.8: Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento*

*(...) 4. Cuando la secretaría determine que la solicitud cumple los criterios descritos en el párrafo 2, la secretaría determinará si la solicitud amerita requerir una respuesta de la Parte. Para decidir si requerir una respuesta, la secretaría se conducirá atendiendo a si:*

*(a) la solicitud no es frívola e invoca un daño a la persona que hace la solicitud; (...)” (énfasis agregado)*

53. Bajo el razonamiento seguido por la Secretaría, cabría cuestionarse cómo se podrá justificar que el daño alegado por los solicitantes se enmarca en el concepto de daño al que se refiere el artículo 18.8 (4) (a) del APC. La Secretaría, no ha realizado ninguna evaluación de la certeza ni un análisis de las pruebas presentadas por los solicitantes. En este caso, la Secretaría no ha aplicado de manera adecuada lo establecido en el artículo 18.8 (4) del APC. En la misma línea de lo comentado en el acápite anterior, la aplicación realizada de este artículo no solo no se condice con el artículo 31 de la Convención de Viena y excede las funciones de la Secretaría, sino que además de manera más grave toma el estudio presentado por los solicitantes como prueba cierta e irrefutable de que se está generando un daño, sin ningún tipo de análisis ni sustento; pese a que el APC prevé como requisito *sine qua non* para la admisión de una solicitud ante la Secretaría, la invocación de un daño a la persona que presenta esta última.
54. Cabe señalar que el APC hace referencia a un daño real no difuso, general o intergeneracional.
55. Debe recordarse que, la Real Academia Española define el término “daño” de la siguiente manera: “*Daño: Efecto de dañar.*” “*Dañar: causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.*” Es claro que, en este caso, la Secretaría no ha evaluado seriamente si realmente se ha producido un menoscabo en los solicitantes en el sentido de lo establecido en el APC  
Por el contrario, la Secretaría tiene una posición en la que acepta solicitudes frívolas (como se ha indicado anteriormente, ligeras y de poca sustancia) en las que se argumenta la supuesta existencia de un daño difuso (es decir: vago e impreciso), general (común a todos y no dirigido

---

aire se basa en datos de la plataforma centralizada más grande del mundo para el aire en tiempo real, que—combinado los esfuerzos de miles de iniciativas llevadas a cabo por ciudadanos, comunidades, empresas, organizaciones sin fines de lucro y gobiernos (información presentada por SENAMHI). Ver: <https://www.iqair.com/world-most-polluted-cities?continent=59af929e3e70001c1bd78e50&country=6FC843efEKrPZzBdK&state=&page=1&perPage=50&cities=>



al solicitante) e intergeneracional (es decir que es un daño no presente sino que se podría producir o no entre dos o más generaciones).

56. Como se ha señalado, la Solicitud hace referencia a un daño ambiental en la atmósfera (representado en emisiones de Gases de Efecto Invernadero - GEI) y se indica que éste tendría un alcance difuso, general e intergeneracional en el párrafo 8 de la misma. Sin embargo, el artículo 18.8 (4) (a) del APC, es claro, se trata de un daño real, identificable y efectivo que haya afectado al Solicitante. La Secretaría asimila el concepto de daño difuso al término “daño” de forma tal, que se está aplicando erradamente el artículo 18.8 (4) (a) del APC, al darle un alcance extensivo, por lo que no corresponde fundamentar la admisibilidad de la Solicitud bajo dicho concepto.
57. En este sentido, resulta que el análisis efectuado por la Secretaría no se ajusta a lo señalado en el APC, puesto que, sin ningún tipo de sustento y sin evaluar debidamente los argumentos ni los cuestionamientos formulados por el Gobierno peruano sobre la presunta prueba de daño presentada por los Solicitantes, basada en un único estudio que además cuenta con información desactualizada, da por cumplido un requisito establecido por el APC, lo cual resulta arbitrario a todas luces.

***b) La Secretaría considera que la exigencia legal obligatoria, puntual y específica del artículo 3 de la Ley N° 28694, consiste en que el Estado Peruano apruebe anualmente, desde el año 2008 hasta el año 2016, inclusive, índices de nocividad para los combustibles.***

58. La Secretaría sostiene erradamente que el Gobierno peruano y las entidades responsables de cumplir con el mandato imperativo contenido en el artículo 3 de la Ley N° 28694 (referido a que cada año a partir del 2008, sin excepción alguna, se apruebe los Índices de Nocividad relativa de los Combustibles), han aceptado de forma expresa que hasta el momento de la aprobación del Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM, en el Perú no se había cumplido con la obligación anual de determinación de los citados índices.
59. Así, de acuerdo a la Secretaría, el Gobierno peruano no habría cumplido con su función de aprobar anualmente los referidos índices debido a que en la parte considerativa del Decreto Supremo N° 003-2018-MINAM, se indica que “(...) mediante Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM, refrendado por los Ministros de Ambiente y de Economía y Finanzas, se aprobaron los Índices de Nocividad de los Combustibles para el Período 2014 – 2015”. Por tanto, la Secretaría pone de manifiesto que las entidades públicas integrantes del Gobierno peruano y responsables de cumplir con el mandato imperativo contenido en el artículo 3 de la Ley N° 28694, han aceptado de forma indudable que, hasta antes de la aprobación de dicho dispositivo, el antecedente más cercano de aprobación del índice de nocividad de los combustibles en el Perú es el correspondiente a los años 2014 y 2015.
60. Adicionalmente, la Secretaría señala que considera necesario resaltar que tanto en el Decreto Supremo N° 006- 2014-MINAM, como en el Decreto Supremo N° 003-2018-MINAM, se aprobaron los índices de nocividad de combustibles para períodos de dos años (2014 – 2015 y 2018 – 2019, respectivamente), lo que no se condice con el artículo 3 de la Ley N° 28694 que dispuso que dichos índices debían ser aprobados anualmente, aspecto que además es señalado expresamente en los dos decretos supremos mencionados en este párrafo.

61. En ese sentido, la Secretaría considera que la exigencia legal, obligatoria, puntual y específica del artículo 3 de la Ley N° 28694, que es además precisamente materia central de la Solicitud, consiste en que el Gobierno peruano apruebe anualmente, desde el año 2008 hasta el año 2016, inclusive, índices de nocividad para los combustibles.
62. Así también, la Secretaría señala que el artículo 3 de la Ley N° 28694 exige que la aprobación de índices de nocividad de combustibles se vaya ajustando de forma gradual cada año. Al respecto, puntualiza que la citada gradualidad no se habría dado debido a que la mayoría de los años transcurridos desde el 2008 no se aprobó índice de nocividad alguno respecto a los combustibles que permita configurar tal gradualidad. Sumado a ello, el artículo 3 de la Ley N° 28694, exige que, al 1 de enero de 2016, culmine la gradualidad del índice de nocividad de combustibles y que, a partir de esa fecha, se considere plenamente el criterio de nocividad.
63. A continuación, nos pronunciaremos sobre lo señalado por la Secretaría demostrando que los argumentos sobre el supuesto incumplimiento por parte del Perú carecen de sustento.

#### 2.3.1.2 Índices vigentes de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694

64. Como se hizo mención en el escrito de fecha 1 de junio de 2020 que envió el Gobierno peruano a la Secretaría, el INC aprobado para el periodo 2018-2019, permaneció vigente hasta su actualización, es decir, no caduca, por lo que no hay periodo en el que no se considere dicho índice. De acuerdo a los artículos 51 y 109 de la Constitución Política del Perú, para que una norma sea considerada como vigente debe ser publicada y ésta cobra vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, salvo tenga disposición contraria en la propia norma; asimismo, permanecerá vigente mientras no sea suspendida, modificada o derogada por otra de rango equivalente o superior, o por sentencia de acuerdo a los procedimientos establecidos.
65. Adicionalmente, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2005-PI se estableció que para que una norma sea considerada vigente, ésta depende *prima facie*, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución Política del Perú. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz<sup>16</sup>.
66. En la misma línea, el jurista Marcial Rubio ha señalado que ***“una norma es vigente mientras no sea suspendida, modificada o derogada por otra de rango equivalente o superior, o por sentencia de acuerdo a los procedimientos establecidos”***<sup>17</sup> (énfasis agregado). Por tanto, siguiendo lo estipulado tanto por la propia Constitución, como por el Tribunal Constitucional y la doctrina, el último INC aprobado sigue vigente, pues el mismo no ha sido ni modificado,

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 22 de enero del 2007 en el expediente N° 00017-2005-PI, Asimismo, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de diciembre del 2003 en el expediente 0014-2003-AI/TC, el tribunal también señala que “(...) Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica [STC N.º 0010-2002-AI/TC].”

<sup>17</sup> RUBIO CORREA, M. “El Sistema Jurídico: Introducción al derecho”. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

ni suspendido ni derogado por otra norma. Por esta razón, el Gobierno peruano se encuentra en conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694.

67. Por tanto, el Gobierno peruano sí ha implementado de manera efectiva el artículo 3 de la Ley N° 28694 sobre la aprobación anual de los índices de nocividad para los combustibles.
68. Resulta importante resaltar que, mediante Decreto Supremo N° 007-2020-MINAM publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de agosto de 2020, se han aprobado los INC para el período 2020 – 2021, el cual, adjuntamos a la presente.
69. Cabe indicar, que previo a la dación del Decreto Supremo N° 007-2020-MINAM, mediante la Resolución Ministerial N° 412-2019-MINAM, aprobada el 31 de diciembre de 2019 y publicada en el Diario Oficial el Peruano el 5 de enero de 2020 se dispuso la pre-publicación del proyecto de Decreto Supremo que aprueba los Índices de Nocividad de Combustibles (INC) para el período 2020-2021, a fin de conocer las opiniones y/o sugerencias de los interesados, **dándose a los ciudadanos la oportunidad y espacio para remitir comentario y/o aportes**, garantizando de esta manera el derecho de participación ciudadana en materia ambiental.
70. De esta forma, el 19 de agosto del 2020 se actualizaron los índices publicados en el Decreto Supremo N° 003-2018-MINAM correspondientes a los periodos 2018-2019 respectivamente. Teniendo los otros años como referencia a los Decretos Supremos anteriores (el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD rigió desde agosto del 2005 hasta el 1 de mayo del año 2014, pues fue una norma con plena vigencia por lo que cubrió el periodo 2008 – 2014 y el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM que entró en vigencia el 2 de mayo del 2014 y rigió hasta el 9 de mayo del 2018); siendo ello así, el Gobierno peruano no ha dejado de cumplir con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694.
  - c) ***La Secretaría afirma que la parte final del artículo 3 de la Ley N° 28694, establece que al 2016 la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad. En este sentido, la Secretaría considera que el ISC no es el único tributo que grava a los combustibles por lo que debe analizarse si estos otros tributos, como el Impuesto General a las Ventas (IGV), el Impuesto al rodaje y los aranceles aplicables a las importaciones, han sido considerados en la reestructuración a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley N°28694.***
71. En primer lugar, cabe tener presente que la Solicitud se centra exclusivamente en la aplicación del INC y del ISC. Tal es así que, las pruebas documentarias son los Decretos Supremos N° 006-2014-MINAM y N° 003-2018-MINAM, mediante los cuales se aprueban los INC, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley N° 28694.
72. No obstante ello, los Solicitantes sostienen, de manera general y sin mayor fundamentación, en su solicitud que el índice de nocividad resulta aplicable a otros tributos.
73. Al respecto, cabe resaltar que, de la revisión de la Solicitud, no se advierte de qué manera sus argumentos respecto a la aplicación del INC al ISC resultan también aplicables para afirmar

que lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694 alcanzaría a otros tributos distintos al ISC.

74. Asimismo, resulta de suma importancia remarcar que la Solicitud únicamente presenta alguna evidencia documentaria referida al ISC, pero que no presenta información alguna sobre los otros tributos ni explica la manera de cómo podría entenderse de que éstos podrían incorporar gradualmente el criterio de nocividad.
75. Como consecuencia de ello, si la Secretaría hubiese considerado que forma parte del asunto objeto de discusión la aplicación del INC respecto de otros tributos, ello debió haberse encontrado sujeto a un análisis del cumplimiento de requisitos de admisibilidad (como, por ejemplo: entrega de prueba documentaria). Sin embargo, ello no fue abordado por la Secretaría en la Determinación SACA–SEEM/PE/002/2019/D1, en la cual consideró que la solicitud cumple con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 18.8 (2) del APC.
76. En ese sentido, llama poderosamente la atención que la Secretaría en forma extemporánea en la Notificación SACA-SEEM/PE/002/2019/N1 pretende ampliar el asunto objeto de discusión a otros tributos distintos al ISC, sin sustento alguno.
77. Sin perjuicio de la observación expuesta en los puntos precedentes, respecto a la aplicación del INC, se debe señalar que, conforme con el artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (en adelante, **TUO de la Ley del IGV e ISC**), aprobado por el Decreto Supremo N° 055-99-EF y normas modificatorias, el ISC grava, entre otros: a) La venta en el país a nivel de productor y la importación de los bienes especificados en los Apéndices III y IV; y, b) La venta en el país por el importador de los bienes especificados en el literal A del Apéndice IV.
78. Para el caso de los combustibles, el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC establece los siguientes rangos:

#### Apéndice III: Sistema Específico

Productos	Unidad de Medida	Porcentaje Precio Productor	
		Mínimo	Máximo
Gasolina para motores	Galón	1%	140%
Queroseno y carburorreactores tipo queroseno para reactores y turbinas (Turbo A1)	Galón	1%	140%
Gasoiils	Galón	1%	140%
Hulla	Tonelada	1%	100%
Otros combustibles	Galón o metro cúbico	0%	140%

79. Adicionalmente a lo establecido en el TUO de la Ley del IGV e ISC, para la determinación del ISC se tiene en cuenta los Lineamientos de Política Tributaria del Marco Macroeconómico Multianual (MMM)<sup>18</sup>. Así tenemos que, de acuerdo al MMM 2021-2024<sup>19</sup>, el ISC deberá consolidar su función recaudadora de ingresos, además de seguir perfeccionando su rol como herramienta de política tributaria en el combate de las externalidades negativas generadas por el consumo de ciertos bienes y servicios.
80. En esa misma línea, los MMM precedentes recogen el mismo lineamiento. Así, en el MMM 2020-2023<sup>20</sup>, se establece que el ISC es una importante herramienta de política tributaria que coadyuva a combatir externalidades negativas, desincentivando o modificando el consumo de los bienes o servicios sobre los cuales se aplica; además de ello contribuye con la generación recursos para financiar las necesidades de gasto público.
81. En el MMM 2019-2022<sup>21</sup> también se recogió como lineamiento de política tributaria en el caso del ISC que este impuesto busca, entre otros, combatir las externalidades negativas de los bienes y servicios afectos sobre la salud de las personas y el medio ambiente, ya sea disminuyendo el consumo del bien pernicioso o consiguiendo los recursos para cubrir los gastos que irroga en la sociedad.
82. Sumado a ello, el MMM 2018-2021<sup>22</sup> estableció como lineamiento de política tributaria en el caso del ISC que se continuará revisando la afectación del referido impuesto, de manera que refleje las externalidades negativas de los bienes afectos. En este análisis se considerarán – entre otros criterios– el efecto del consumo de estos bienes sobre el medio ambiente y la salud de la población. Todo esto, en el marco de los objetivos de presión tributaria y estabilidad macroeconómica.
83. Como corolario de las normas y lineamientos antes señalados se tiene que la determinación del ISC que grava a los combustibles derivados del petróleo se efectúa al amparo de lo dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC respetándose los rangos establecidos por dicho artículo, y tomando como referencia los lineamientos de política tributaria. Dichos lineamientos prevén que el ISC será determinado, entre otros criterios, en función a la externalidad negativa que genera el consumo de los bienes afectos.
84. Cabe resaltar que dichos lineamientos de política tributaria para el ISC han sido considerados desde la publicación de la Ley N° 28694, tal como puede apreciarse en los Lineamientos Generales de Política Tributaria contenidos en la Declaración de Principios de Política Fiscal 2006-2008<sup>23</sup> donde se señalaba que respecto del ISC:

*“[...] se buscará [...] reorientar el consumo en función a criterios de protección*

---

<sup>18</sup> El MMM es el documento más relevante que el Gobierno del Perú emite en materia económica, el cual contiene proyecciones macroeconómicas elaboradas con un horizonte temporal de tres años

<sup>19</sup> Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 26.08.2020. Dicho MMM, establece como innovación que en concordancia con las recomendaciones internacionales de la OCDE se evaluará la creación de impuestos ambientales.

<sup>20</sup> Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 21.08.2019.

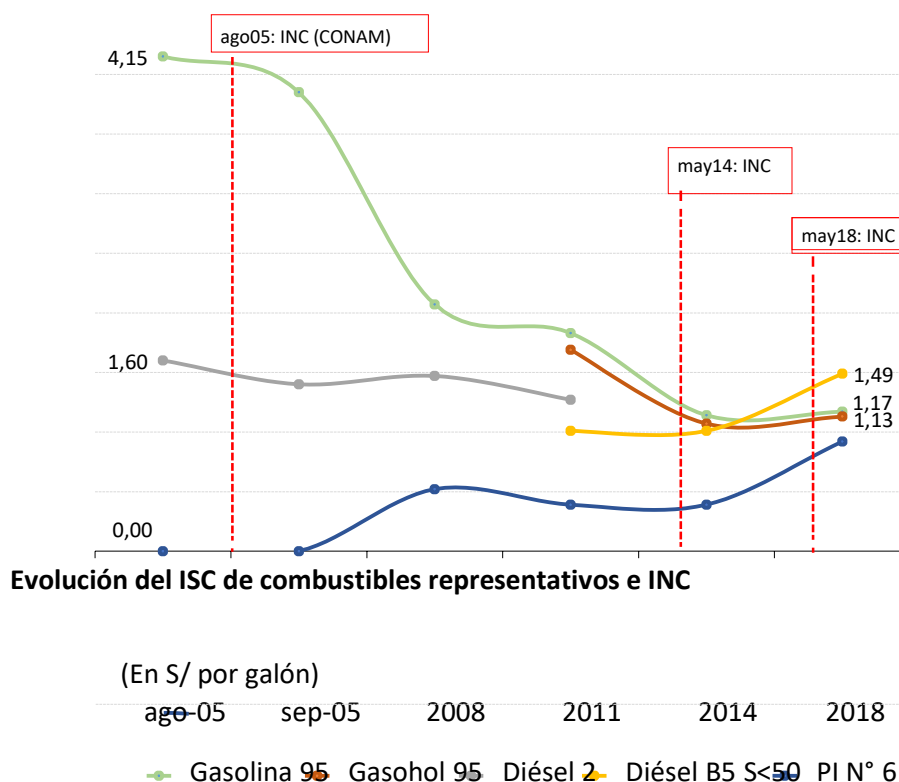
<sup>21</sup> Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 22.08.2018.

<sup>22</sup> Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros del 23.08.2017

<sup>23</sup> Aprobado por Resolución Ministerial N° 225–2005–EF/15, publicada el 02.06.2005.

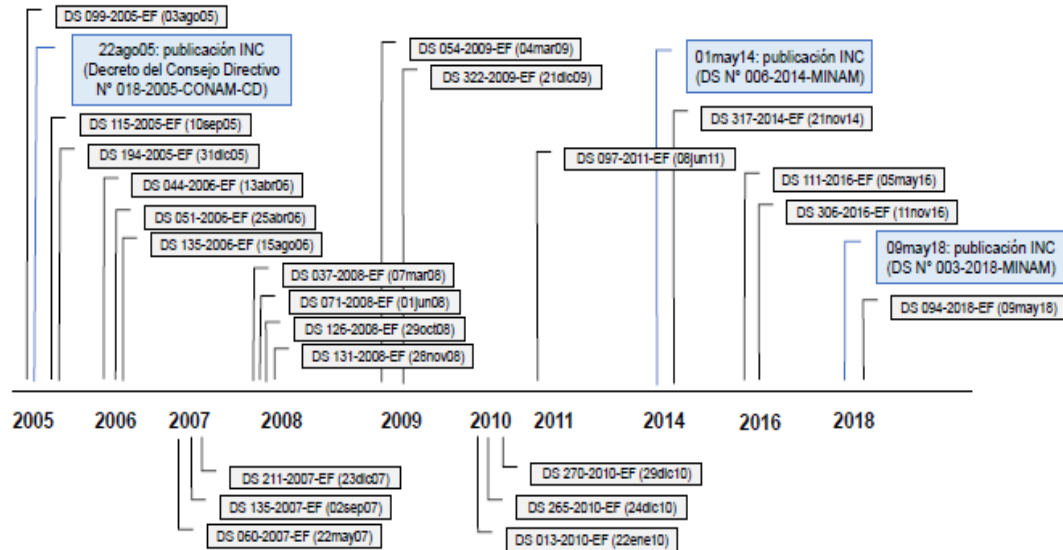
de salud y/o medio ambiente”.

85. El objetivo de la Ley N° 28694, en lo que respecta a las implicancias tributarias de su artículo 3, es disponer que los usuarios de los combustibles contaminantes comiencen a internalizar el daño ocasionado a la salud de la población a través del ISC –el cual, apunta a valorar la externalidad negativa generada– y promover la utilización de los combustibles menos contaminantes, que soportarían una menor carga tributaria por concepto de ese impuesto.
86. En torno a la aplicación gradual de los índices de nocividad, como ya se hizo mención en los párrafos 55, 56, 57, 58 y 59 de nuestro escrito de fecha 1 de junio de 2020, desde que se publicó el primer INC en el año 2005 (Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD), la determinación del ISC ha tomado como referencia, entre otros criterios, la nocividad, incorporando este índice a fin de ordenar la afectación al consumo de los combustibles de acuerdo a la toxicidad de cada uno. En el siguiente gráfico se observan las publicaciones de tres INC (2005, 2014 y 2018) y cómo la política tributaria en lo referente al ISC Combustibles ha ido reestructurando la carga impositiva de tal manera que los ISC aplicables a combustibles más nocivos, como del Petróleo Industrial N° 6 (PI N° 6) fueron modificados al alza, mientras que los combustibles menos nocivos, como la Gasolina 95 (y posteriormente el Gasohol 95), fueron modificados a la baja.



87. Cabe indicar que, si bien cada una de las publicaciones del INC antes referidas ha sido seguida con una modificación del ISC a los combustibles, la no actualización de nuevos índices de nocividad no ha impedido que los lineamientos de política tributaria respecto del ISC se sigan

observando para efectos de estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, tal como se puede observar en la siguiente línea de tiempo. Así, luego de la primera publicación del primer INC el 22 de agosto del 2005, se modificó el ISC a los combustibles el 10 de septiembre del mismo año.



Fuente: Normas Legales y Compendio de tasas de la SUNAT.  
Elaboración: MEF

88. La inclusión del INC como uno de los criterios a considerar en la determinación de los montos fijos del ISC es importante, ya que establece parámetros funcionales de la mayor o menor carga tributaria por ISC. Cabe indicar que el INC es uno de los criterios a ser utilizados para determinar el ISC aplicable a los combustibles, pero no establece valores directos relacionados al monto del ISC; existiendo además criterios adicionales que son tomados en consideración por el MEF en cumplimiento de los rangos dispuestos por el artículo 61 del TULO de la Ley del IGV e ISC, y tomando como referencia los lineamientos de política tributaria respecto del ISC.
89. En ese sentido, el INC es uno de los criterios utilizados para determinar el ISC aplicable a los combustibles, conforme se señala en el Informe Técnico N° 801-2013-DGCA-VMGA/MINAM:

*“El INC es un índice relativo que señala la diferencia entre la nocividad (entiéndase toxicidad) y la suma de otros parámetros ambientales relacionados al uso de un combustible de diversos combustibles que se utilizan en el mercado nacional. El INC sirve como una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) de los combustibles gaseosos, líquidos y sólidos; independientemente del monto que se pueda establecer como base. El INC no establece valores directos relacionados al monto del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) solo proporciona uno de los criterios que utiliza el MEF para gravar los combustibles.”*

90. Como puede observarse, los montos fijos establecidos en los Decretos Supremos que modifican los ISC consideran en su evaluación el INC. Sin embargo, es importante mencionar que además del INC existen criterios adicionales que son considerados en la determinación de la carga tributaria del ISC a los combustibles, tales como la participación del petróleo y derivados en las cadenas productivas nacionales, los efectos de la variación de los precios de los combustibles sobre la inflación y los precios de bienes y servicios de primera necesidad, y su impacto en la mayoría de la población, el impacto de la variación de precios de los combustibles en la competitividad de sectores o segmentos clave y de uso masivo como es el caso de las tarifas de electricidad, o el costo de transporte de pasajeros y de carga, entre otros, los mismos que posteriormente podrían tener efectos sobre la generación de empleos y en la recaudación fiscal.
91. De acuerdo a ello, dichos criterios pueden servir como una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de lo dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC, establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del ISC a los combustibles gaseosos, líquidos y sólidos; independientemente del monto que se pueda establecer como base, coadyuvando así a re-direccionar el consumo de aquellos combustibles más contaminantes al incentivar el uso de combustibles limpios.
92. Así pues, la estructuración de la carga tributaria del ISC a los combustibles considera múltiples criterios concurrentes y no solo uno aislado, ello debido, entre otros, a su doble finalidad: fiscal y extra-fiscal, y a sus efectos sobre otros índices como la inflación, la competitividad y la generación de empleo.
93. En ese sentido, la consideración del INC en la determinación del ISC permite estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, la que resulta una valoración de la externalidad negativa generada por el consumo de dichos bienes. Siendo el criterio de la externalidad negativa, una característica exclusiva del ISC, que no se presenta en la estructura de los demás impuestos que prevé la legislación nacional.
94. Por otra parte, respecto al ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley N° 28694, cabe señalar que en ninguno de los Proyectos de la Ley debatidos en el Congreso<sup>24</sup> que constituyen sus antecedentes legislativos (los cuales, son de conocimiento general y acceso público porque se encuentran en el portal institucional del Congreso de la República<sup>25</sup>), se realiza alguna referencia a alguno de los otros tributos enunciados por los solicitantes y la Secretaría.
95. Adicionalmente, cabe puntualizar que en la Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D1 y la Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D2, la Secretaría no hizo referencia alguna a otros tributos distintos al ISC. En tal sentido, la Secretaría no puede pretender en forma

---

<sup>24</sup> PL N° 12089  
PL N° 12130  
PL N° 12152  
PL N° 12719  
PL N° 12798  
PL N° 13773  
PL N° 13364

<sup>25</sup> <http://www.congreso.gob.pe/pley-2001-2006/>



extemporánea ampliar el asunto objeto de discusión a otros tributos distintos al ISC, cuando ello no fue debidamente fundamentado por los solicitantes y, mucho menos, se presentó evidencia documentaria al respecto.

96. Por todo lo anterior, es sumamente llamativo que en su reciente Notificación la Secretaría ahora indique, sin ningún desarrollo adicional, que el ISC no es el único tributo que grava a los combustibles, por lo que debe analizarse si el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto al rodaje y los aranceles aplicables a las importaciones, han sido considerados en la reestructuración a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley N° 28694. Ello no solo afectaría indudablemente el derecho de defensa y al debido proceso del Gobierno peruano, pues no ha formado parte del asunto objeto de discusión que fue delimitado por la Secretaría en sus determinaciones anteriores, sino que carece de sustento por parte de los propios solicitantes y no corresponde su consideración por las razones técnicas consignadas en este documento. Recuérdese que la Secretaría ha analizado las pruebas documentarias presentadas por los solicitantes que se encuentran referidas exclusivamente al ISC y no ha requerido ni se ha pronunciado sobre pruebas documentarias de los otros tributos que ahora menciona en la Notificación SACA-SEEM/PE/002/2019/N1, generándose una situación de indefensión para el Gobierno peruano.
97. Conforme a la postura del Gobierno peruano, la lectura de la norma nacional realizada por la Secretaría en su Notificación es a todas luces errada pues identifica selectivamente la palabra “tributación” y la saca de contexto del artículo 3 de la Ley N° 28694, para sostener que dicho dispositivo hace referencia a otros tributos, a pesar de que el primer párrafo de este articulado expresamente señala que se está refiriendo al ISC.
98. Ahora bien en el supuesto negado que el extremo final del artículo 3 de la Ley N° 28694 que a la letra establece que *“[esta reestructuración deberá realizarse de forma gradual hasta el 1 de enero de 2016 como máximo, fecha en que la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad”* estuviera refiriéndose a otros tributos, cabe hacer notar que el combustible no se encuentra *per se* gravado con ningún tributo, mucho menos con los otros tributos que señala la Secretaría como son el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto al rodaje y los aranceles.

#### **d) Sobre los INC aprobados en el año 2014**

99. En el párrafo 68 del Expediente de Hechos Preliminar, la Secretaría señala que en el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM se aprobaron INC únicamente respecto de 11 tipos de combustible mientras que en el año 2013 se había propuesto que tales índices alcancen a 21 hidrocarburos.
100. En el párrafo 69 del Expediente de Hechos Preliminar, la Secretaría sostiene que en el mencionado Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM se establecieron INC menos onerosos en su cuantía que aquellos que fueron sugeridos en el documento elaborado por el MINAM en el año 2013, existiendo en el decreto aprobado, diferencias más estrechas entre la cuantía asignada al combustible menos contaminante y aquél identificado como más dañoso para la salud y el ambiente.

101. Al respecto, resulta errada la inclusión de estos nuevos argumentos por parte de la Secretaría en el Expediente de Hechos Preliminar, puesto que no puede pretender en forma extemporánea ampliar el asunto objeto de discusión, cuando ello no fue debidamente fundamentado por los solicitantes y, mucho menos, se presentó evidencia documentaria al respecto.
102. Ello no solo afectaría indudablemente el derecho de defensa y al debido proceso del Gobierno peruano, pues no ha formado parte del asunto objeto de discusión que fue delimitado por la Secretaría en sus determinaciones anteriores, sino que carece de sustento por parte de los propios solicitantes y no corresponde su consideración por las razones anteriormente indicadas.

### III. **CONCLUSIONES**

- a) El Gobierno peruano se reafirma en los argumentos expuestos en los documentos remitidos a la Secretaría en junio de 2020 y febrero de 2021, los cuales debieron ser considerados en la elaboración del Expediente de Hechos Preliminar y ser reflejados de manera integral en dicho documento.
- b) El Gobierno peruano sí ha cumplido con aplicar el artículo 3° de la Ley N° 28694 con la adopción del Índice de Nocividad (establecido por primera vez en el año 2005) y su utilización como criterio para la determinación del impuesto selectivo al consumo por el Ministerio de Economía y Finanzas desde el año 2005, en consecuencia, no se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos por las siguientes razones concluyentes:
- c) La Solicitud no cumple con los requisitos previstos en el APC, en la medida que ésta no fue remitida a la entidad relevante, (no fue remitida al Ministerio del Ambiente-MINAM, ni al Ministerio de Economía y Finanzas-MEF) por lo que no cabe interpretación distinta a lo que establece expresamente el Acuerdo en cuanto a que la comunicación debe ser dirigida a las instituciones relevantes.
- d) Cabe resaltar también que no se procedió según lo establecido en el Entendimiento en la medida en que se reservó el nombre de los solicitantes y se hizo una aplicación no prevista en el APC al solo develarlos cuando se determinó que correspondía que el Gobierno peruano respondiera.
- e) Respecto del cumplimiento del requisito de la existencia de daño, cabe indicar que, conforme a los términos previstos en el APC, se debe invocar un daño real. En el presente caso, no se acredita tal daño en la medida que, sin ningún tipo de sustento y sin evaluar debidamente los cuestionamientos formulados por el Gobierno peruano sobre la presunta prueba de daño presentada por los solicitantes da por cumplido un requisito establecido por el APC, lo cual resulta arbitrario a todas luces; no obstante, a que el Gobierno peruano hizo mención a la Secretaría, que el INC aprobado para el periodo 2018-2019, permaneció vigente hasta su actualización, es decir, no caduca, por lo que no hay periodo en el que no se considere dicho índice. Además, se hizo mención en nuestro escrito de fecha 1 de junio de 2020 en los párrafos 55, 56, 57, 58 y 59, desde que se publicó el primer INC en el año 2005 (Decreto del Consejo

Directivo N° 018-2005-CONAM-CD), la determinación del ISC ha tomado como referencia la nocividad, incorporando este índice a fin de ordenar la afectación al consumo de los combustibles de acuerdo a la toxicidad de cada uno.

- f) La Secretaría no ha realizado ninguna evaluación ni análisis de las pruebas de que este presunto daño establecido en el estudio mencionado por los solicitantes, representa un daño en los términos del Acuerdo. La Secretaría no solo estaría realizando una correcta aplicación del APC no conforme con las disposiciones contempladas en dicho acuerdo, excediendo sus funciones. En este sentido, considera el estudio presentado por los solicitantes como prueba cierta de que se está generando un daño, sin realizar algún tipo de análisis sobre el mismo, ni tomar en consideración otras fuentes de información que reportan mejoras graduales en la calidad del aire por las diferentes medidas implementadas por el Gobierno peruano, como se indican en el presente documento, referidos a diversos reportes oficiales del SENAMHI, el Comité de Gestión de la Iniciativa de Aire Limpio para Lima – Callao y la DIGESA, así como reportes internacionales como el *World Air Quality Report de +IQAir*.
- g) Para la determinación del ISC a los combustibles se considera en su evaluación el INC, el cual coadyuva a estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, independientemente del monto que se pueda establecer como base.
- h) El Perú ha contado con un índice de nocividad actualizado anualmente para los periodos 2014-2015 y 2018-2019, con los Decretos Supremos No. 006-2014-MINAM y No. 003-2018-MINAM, respectivamente. Cabe destacar que se encuentran aprobados los INC para el periodo 2020-2021, mediante el Decreto Supremo No. 007-2020-MINAM publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de agosto de 2020.
- i) El Gobierno peruano se encuentra en conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694. El INC aprobado para el periodo 2018-2019, permaneció vigente hasta su actualización, es decir, no caduca, por lo que no hay periodo vacío en el que no se considere dicho índice. Por tanto, siguiendo lo estipulado tanto por la propia Constitución, como por el Tribunal Constitucional y la doctrina, el último INC aprobado sigue vigente, hasta que el mismo no ha sido ni modificado, ni suspendido ni derogado por otra norma.
- j) El Gobierno peruano no ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, teniendo en consideración que para los otros años se ha tomado como referencia los Decretos Supremos anteriores: el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD que rigió hasta el 1 de mayo del año 2014, pues fue una norma con plena vigencia por lo que cubrió el periodo de agosto 2005 hasta el 1 de mayo de 2014 y el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM que rigió desde el 2 de mayo del 2014 hasta el 9 de mayo de 2018 (fecha en la que se publicó el Decreto Supremo No. 003-2018-MINAM).
- k) La estructuración de la carga tributaria del ISC a los combustibles considera criterios concurrentes, entre ellos el INC, el cual es una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de lo dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del ISC a los combustibles.

- l) Sobre otros tributos distintos al ISC, no corresponde su inclusión, no solo por no haber sido parte de la notificación, la falta de sustento de este argumento por parte de los propios solicitantes y de la Secretaría sino por las razones técnicas consignadas en este documento.
- m) Por lo tanto, reiteramos que la Solicitud no cumple con los requisitos establecidos en el APC para su admisibilidad, ni para que se requiera una respuesta al Gobierno peruano, por consiguiente, no se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos en atención a los argumentos expuestos.
- n) El Expediente de Hechos Preliminar remitido por la Secretaría no recoge los argumentos presentados por el Perú en los documentos de junio de 2020, febrero 2021 y el presente escrito.
- o) La Secretaría ha procedido a interpretar diversas disposiciones del APC, no siendo su función y dándoles un alcance distinto o más allá del que la Partes negociaron. Al respecto, debemos recordar que la única entidad que podría emitir una interpretación de alguna disposición del APC o resolver alguna divergencia de interpretación entre las Partes, es la Comisión de Libre Comercio, conforme a lo establecido en el artículo 20.1 del APC.
- p) Consideramos que los argumentos expuestos deben ser incluidos en el expediente de hechos definitivo y los documentos deben de ser adjuntados de modo integral como anexos al mismo, como lo hiciera la Secretaría en un caso anterior, a fin de reflejar claramente la posición del Gobierno peruano y los elementos imprescindibles para considerar la solicitud presentada ante la Secretaría.

Lima, 21 de octubre de 2021