

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y Recursos Naturales

TITULO:

**LA IMPORTANCIA DEL APOORTE POR REGULACIÓN DEL OEFA PARA LA
FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EFICIENTE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Ambiental y Recursos Naturales**

Autor: Yolanda Katherine Angola Miñano

Asesor: José Luis Capella Vargas

Código de alumno: 20043023

2017

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca analizar la importancia del pago del aporte por regulación de las empresas de mediana y gran minería para la institucionalidad del OEFA, tanto por su sostenibilidad financiera como para la continuidad del mismo, ejerciendo una eficiente fiscalización y supervisión ambiental. Para lo cual se parte desde la importancia de la actividad minera en el Perú como factor del desarrollo económico y a la vez sostenible, mediante el cual el OEFA, como organismo regulador social – ambiental, garantiza el cumplimiento de las normas de protección al ambiente a través sus facultades de evaluación, supervisión, fiscalización y de aplicación de incentivos a través del cobro del aporte por regulación. Este tema resulta relevante al haber ha sido cuestionado dicho cobro por las empresas mineras, tanto en la vía procesal-constitucional como en la vía administrativa ante INDECOPI. En este análisis se trabaja desde el desarrollo de la actividad minera en el Perú, su regulación ambiental, así como las funciones del OEFA como organismo regulador, la naturaleza del aporte y la importancia del mismo; finalmente se exponen los problemas jurídicos generados a raíz de dicho cobro. Se concluye reafirmando la importancia del cobro del aporte por regulación al brindar beneficios tanto para las sostenibilidad financiera de OSITRAN, como para las empresas mineras y las comunidades, a fin de contar con una buena convivencia socio ambiental; conforme a ello, se proponen algunas alternativas para alcanzar una solución neutra o conciliatoria ante las contingencias legales iniciadas, a fin de evitar algún daño y/o perjuicio que pueda repercutir con el crecimiento económico del país, la libertad de empresas y la afectación al medio ambiente.

La importancia del aporte por regulación del OEFA para la fiscalización ambiental eficiente
y el desarrollo sostenible

I.	INTRODUCCIÓN.....	Pg.4
II.	CAPÍTULO PRIMERO.....	Pg.5
	2.1. La actividad minera en el Perú.....	Pg.5
	2.2. La regulación minera en material ambiental.....	Pg.7
III.	CAPÍTULO SEGUNDO.....	Pg.9
	3.1. Las funciones del OEFA.....	Pg.9
	3.1.1. El OEFA como organismo regulador.....	Pg.12
IV.	CAPÍTULO TERCERO.....	Pg.14
	4.1. Naturaleza del Aporte por Regulación del OEFA.....	Pg.15
	4.2. Importancia del Aporte por Regulación.....	Pg.17
V.	CAPÍTULO CUARTO.....	Pg.22
	5.1. Problemas jurídicos por el cobro del aporte por regulación.....	Pg.23
VI.	CONCLUSIONES.....	Pg.27
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	Pg.29

I. INTRODUCCIÓN:

La regulación ambiental asegura que haya un desarrollo sostenible en el país, ya que genera, a través de la normatividad e institucionalidad, el manejo de decisiones y alternativas para enfrentar problemas sociales y ambientales que sirvan para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución. En ese sentido, actualmente no sólo es deber del Estado desplegar sus mayores esfuerzos para el sostenimiento del medio ambiente, para la implementación y desarrollo de mecanismos pro naturaleza, que favorezcan al ecosistema, al medio ambiente y a las personas como a las empresas, a través de una “economía verde” por ejemplo, sino también es deber de los particulares; por tanto dicha cooperación, entre Estado y particulares, está dirigida en pro de intereses ambientales, sociales y económicos, los cuales nos llevan a trabajar en conjunto para que se tenga una eficaz regulación ambiental en la cual concierten intereses sociales, ambientales y empresariales en el Perú.

Por tanto, y considerando que el derecho a gozar de un ambiente sano es un derecho muy importante a ser garantizado, más aún en el ámbito del desarrollo de actividades extractivas y productivas, como la actividad minera; es conforme a ello donde la regulación ambiental no solo tiene la labor de garantizar los derechos y cuidados del medio ambiente, sino también de permitir que ellos se den bajo un desarrollo sostenible. Sin perjuicio de ello, y considerando que, particularmente dicha actividad genera un gran impacto en el ambiente pero a la vez es un factor importante para el desarrollo de la economía del país, es necesario que, para que exista dicho desarrollo sostenible, se deba asegurar la provisión de recursos para supervisar y fiscalizar una actividad de dicha magnitud, afianzando en todo momento la institucionalidad ambiental y el desarrollo económico.

Conforme a ello, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA cumple funciones así, que afianzan la gobernanza ambiental de manera directa, a través de actividades de supervisión y fiscalización ambiental financiadas con el pago del aporte por regulación. Sobre el particular, el objetivo de dicha supervisión y fiscalización es que se puedan ejecutar y cumplir los compromisos ambientales y medidas de prevención y control ante la ocurrencia o posible ocurrencia de daños ambientales. Es en ese sentido, que en los próximos capítulos, se expondrá sobre la fiscalización ambiental en el rubro de

la minería, así como las funciones generales del OEFA sobre ella; posteriormente a ello, se tratará sobre el aporte por regulación y su importante recaudación para lograr una supervisión y fiscalización eficiente a las empresas de mediana y gran minería y, finalmente, las cuestiones actuales y pronunciamientos de las entidades públicas sobre las acciones legales interpuestas por dicho sector de empresas mineras, que consideran y pretenden debilitar la institucionalidad del OEFA y la fiscalización ambiental, la cual es importante para la administración pública y sociedad en general.

II. CAPÍTULO PRIMERO:

2.1. La actividad minera en el Perú:

La actividad minera en el Perú tiene una larga trayectoria considerando ser una de los roles más importantes para el crecimiento de nuestra economía, tanto así que “el Perú se encuentra ubicado entre los países con las mayores reservas mineras¹”, logrando así ser un gran receptor de la inversión minera; según lo informado recientemente por el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el cual muestra que el PBI ha crecido en un 30% desde el aumento de la producción minera. Sin embargo, éste aumento en las inversiones va a la par de un trabajo en conjunto, donde por parte de las empresas se requiere que se reduzcan varias barreras burocráticas en los procedimientos administrativos, a fin de mantener un crecimiento en la atracción de inversiones extranjeras; considerando a su vez, trabajos que vayan de la mano con una buena institucionalidad, que no sólo asegure una regulación directa a través de mecanismos de Comando – control², sino también de una adecuada institucionalidad en la fiscalización ambiental, cumpliendo principalmente en dar solución a las controversias socio-

¹ Reservas minerales del Perú: de plata (ocupa el puesto 1º con un 22% de participación de las reservas mundiales), cobre (2º - 13%), zinc (3º - 7.6%), plomo (4º - 9%), estaño (6º - 6%), oro (8º - 4%); y, se ubica en el *ranking* mundial en el tercer lugar como productor de zinc, estaño, plata y cobre; y, cuarto en plomo, mercurio, molibdeno; sexto en oro; y, entre el 9 y 17, en selenio, cadmio, roca fosfórica y hierro. (US Geological Survey - Report 2012).

² “El modo de actuación de estos mecanismos pasa por establecer, en primer término, las conductas que son consideradas ambientalmente tolerables o reprochables, para lo cual se fijan límites máximos permisibles, estándares de calidad ambiental, prohibiciones y obligaciones ambientales de diversa índole para la explotación de determinados recursos. En segundo término, habiéndose fijado estas reglas de conducta, la vulneración de las mismas implica la comisión de un ilícito administrativo sancionable con medidas coercitivas y/o correctivas por la autoridad que de modo centralizado o descentralizado es competente para la fiscalización.” (Zegarra 2010:127)

ambientales y a mantener la seguridad, entre otros aspectos, todo con el objetivo de lograr un desarrollo económico sostenible.

En ese sentido, la actividad minera como motor para lograr un modelo de desarrollo de la economía peruana en el marco de un desarrollo sustentable o sostenible (esto es, un desarrollo que enlace la economía y la ecología), representa una solución práctica para el crecimiento económico sin dañar el medio ambiente (según la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas (1987)) (Ortiz 2015:107); sin embargo, se tiene conocimiento que dicho desarrollo es afectado, en la mayoría de los casos, a consecuencia de una falta de responsabilidad social y ambiental de empresas mineras, la cual genera una percepción negativa de las comunidades previa a la ejecución de dicha actividad y una mayor preocupación e interés político por parte de los líderes regionales o locales.

Asimismo, por ejemplo la actividad minera en su etapa de extracción de recursos naturales concesionados del Estado, trae a colación que,

“en algunas oportunidades, dichos recursos se encuentran en territorios usufructuados por comunidades que se ven afectadas por la actividad minera, lo que trae consecuencias en el mantenimiento de su forma de vida y genera conflictos sociales. Asimismo, el dinamismo de la actividad minera tiene un impacto socioambiental y político no deseado. Impacto ambiental que está dado por el daño a la tierra, aglomeraciones productivas, la emisión de sustancia tóxicas (emisiones sólidas o gases), el drenaje de ácido de las minas, la lluvia ácida que afecta las áreas contiguas, la degradación de la tierra, la contaminación de las fuentes de agua, ruidos, ondas aéreas, salud, seguridad de los trabajadores, entre otras” (Ortiz 2015:107).

Por otro lado, y a fin de centralizar el sector de la actividad minera que se tratará en las siguientes líneas del presente artículo, se debe diferenciar que en el Perú la actividad minera se encuentra bajo dos regímenes, el primero bajo el “régimen general” que abarca la mediana y gran minería y el segundo bajo el “régimen especial”, que involucra a la pequeña minería y minería artesanal; en lo referente al régimen especial las condiciones a

las que son reguladas estas mineras se dan de acuerdo al Texto único ordenado de la Ley General de Minería, correspondiendo a los Gobiernos Regionales y a la Dirección General de Minería, a través de las Entidades de Fiscalización Ambiental-EFA, cumplir con su labor de fiscalización ambiental a la referida calificación de minería.

Sin perjuicio de ello, y en lo referido al régimen general, el OEFA es quien realiza la fiscalización ambiental, a la par del seguimiento y verificación para el desempeño de las EFA en el ámbito nacional, regional o local para ejercer así sobre ellas la fiscalización ambiental correspondiente, en el marco de garantizar un desarrollo sustentable o sostenible para el Estado.

En ese sentido, y a manera de ilustrar las facultades de las autoridades competentes de fiscalización ambiental en la actividad minera, el ámbito en el que trabajan es:

ESTRATO MINERO	TAMAÑO DE LA CONCESIÓN	CAPACIDAD INSTALADA DE PRODUCCIÓN	ENTIDAD COMPETENTE PARA FISCALIZAR
Gran minería	Sin límite establecido	Más de 5 000 toneladas métricas diarias	OEFA
Mediana minería	Sin límite establecido	Entre 350 y 5 000 toneladas métricas diarias	OEFA
Pequeño productor minero	Hasta 2 000 hectáreas	Hasta 350 toneladas métricas diarias	Gobierno regional
Productor minero artesanal	Hasta 1 000 hectáreas	Hasta 25 toneladas métricas diarias	Gobierno regional

Cuadro obtenido del Informe de Fiscalización Ambiental en el Perú (año 2011 – 2015) – Fortaleciendo los cimientos del derecho a un ambiente sano.

2.2. La regulación minera en material ambiental:

La fiscalización de la actividad minera estaba facultada por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, organismo del Poder Ejecutivo, en virtud de la Ley 27474 - Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras. Para lo cual, en dicha norma se establecía que las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos, para su labor, corresponderían a:

- Normas de seguridad e higiene mineras.
- Normas de protección y conservación del ambiente.

- Otras obligaciones técnicas, administrativas, contables y/o financieras establecidas en las disposiciones legales vigentes, (...) referidas a las actividades de prospección, exploración, explotación, concentración, función y refinación, sus servicios auxiliares e instalaciones conexas.³

Posterior a ello y mediante la Ley 28964 - Ley mediante la cual se transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras del Ministerio de Energía y Minas al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, convertido posteriormente en OSINERGMIN (cuando incluye dentro de su materia de regulación a la minería), correspondería a éste organismo el velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como de las disposiciones legales y técnicas referentes a la conservación y protección del medio ambiente para el desarrollo y operación de dichas actividades.

Sin perjuicio de ello, posteriormente en el año 2005 se aprueba la Ley N°28611- Ley General del Ambiente, en la cual se reitera el derecho irrenunciable de toda persona a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida. En ese sentido, se enfatiza el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes para asegurar la salud de las personas, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país. Por otro lado, se establece también el rol del Estado en materia ambiental y la función de la Política Nacional del Ambiente (Ortiz 2015:107). Además de reconocer en la misma derechos y principios, como el derecho de toda persona a una acción rápida, sencilla y efectiva ante las entidades administrativas y jurisdiccionales y los principios de sostenibilidad, de prevención, precautorio (es decir principio de internalización de costos), de responsabilidad ambiental, de equidad y de gobernanza ambiental.

Asimismo, se crea el Ministerio del Ambiente con la finalidad de orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar las políticas, planes, acciones con el fin de

³ Artículo 2 de la Ley 27474 - Ley de Fiscalización de las actividades mineras.

conservar y aprovechar de manera sostenible los recursos naturales. Para lo cual, y a fin de afianzar ello, mediante el Decreto Supremo N°001-2010-MINAM se aprobó el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental de las empresas de mediana y gran minería del OSINERGMIN al OEFA (al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N°1013), con el fin de contar con un organismo especializado en la conservación y protección del medio ambiente. Es, en virtud de dicha transferencia, que el OEFA queda encargado de realizar las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que anteriormente eran de OSINERGMIN.

III. CAPÍTULO SEGUNDO:

3.1. Las funciones del OEFA:

La labor de protección ambiental que desarrolla el OEFA, como organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente, comprende el ejercicio de las siguientes funciones:

- La función evaluadora: comprende la vigilancia y monitoreo de la calidad del ambiente y sus componentes (v. gr. agua, aire, suelo, flora y fauna). Además, implica la identificación de pasivos ambientales correspondientes al subsector de hidrocarburos.
- La función de supervisión directa: contempla la verificación del cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables. Así como la facultad de dictar medidas preventivas, mandatos de carácter particular y requerimientos para la actualización de instrumentos de gestión ambiental.
- La función de fiscalización y sanción: comprende la investigación de la comisión de posibles infracciones administrativas y la imposición de sanciones, medidas cautelares y medidas correctivas.

- La función de aplicación de incentivos : a través de la administración del Registro de Buenas Prácticas Ambientales y el otorgamiento de incentivos para promover el sobrecumplimiento de la normativa ambiental⁴.

Estas funciones son implementadas tanto en los sectores de mediana y gran minería, con lo cual el OEFA busca consolidarse como una institución comprometida con la eficiencia, transparencia, justicia, probidad, responsabilidad y valores éticos que guían la actuación de los entes administrativos; todos ellos que forman un eje integrado y un adecuado equilibrio entre el derecho a vivir en un ambiente sano y en el desarrollo económico del país. Asimismo, la consolidación del OEFA se ha evidenciado a lo largo de tres (03) etapas en su devenir institucional, las cuales son:

-En la primera etapa: denominada “de fortalecimiento”, el OEFA reforzó el marco normativo de la fiscalización ambiental a través del impulso de leyes y reglamentos administrativos;

-En la segunda etapa: denominada “de aplicación del nuevo enfoque de fiscalización ambiental”, se privilegió la subsanación voluntaria de infracciones, la remediación ambiental, el dictado de medidas correctivas y las sanciones como ultima ratio;

-En la tercera etapa: denominada “de consolidación”, se desarrolló adicionalmente la implementación de instrumentos no coercitivos, como el cumplimiento y el sobrecumplimiento voluntario de la normativa ambiental (a través del Registro de Buenas Prácticas Ambientales y del Régimen de Incentivos)⁵.

Asimismo, la Ley 29325 crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA)⁶ cuyo ente rector es el OEFA, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la

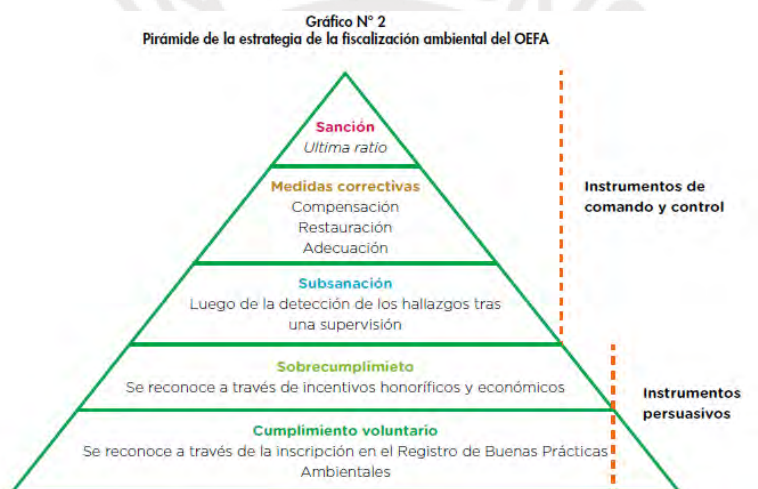
⁴ <https://www.oefa.gob.pe/que-es-el-oefa>

⁵ “El impacto de la fiscalización ambiental en el desempeño de las empresas mineras”. OEFA. Documento de trabajo N°001-2016-OEFA/DFSAI/SDSI. Página 10.

⁶ Fuente: Página web del OEFA (año 2014):

legislación ambiental y garantizar que las funciones del OEFA sean realizadas de manera imparcial, ágil y de manera eficiente; en concordancia con la normativa ambiental vigente, la Política Nacional del Ambiente y demás normas, acciones y mecanismos de gestión ambiental, que ayude a convivir la protección de ecosistemas, con el desarrollo de actividades productivas y el aprovechamiento de recursos pro derechos humanos en protección del ambiente.

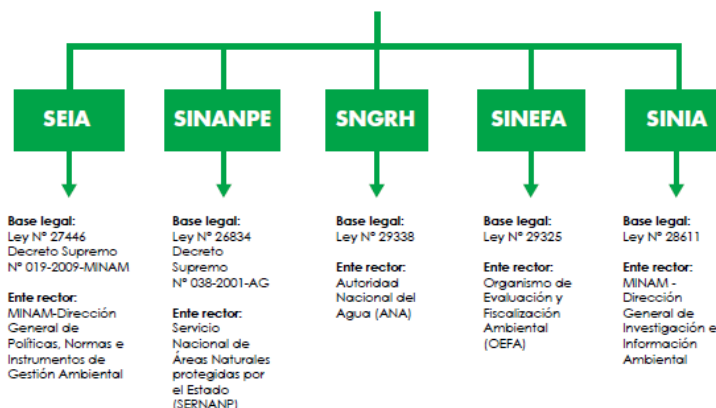
Sobre ello, el OEFA tiene como base la implementación de mecanismos que combinan la aplicación de instrumentos persuasivos y de comando y control, los cuales se rigen bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad para su elección y debida ejecución. Al respecto, a continuación se ilustra mediante una pirámide la estrategia de la fiscalización ambiental del OEFA:



Fuente: Responsive regulation: Transcending the regulation debate

SISTEMA NACIONAL DE GESTIÓN AMBIENTAL - SNGA

Base legal: Ley N° 28245, Decreto Supremo N° 008-2005-PCM
Ente rector: MINAM



Elaboración: Subdirección de Sanción e Incentivos - OEFA

En dicha línea, y considerando que las actividades mineras de mediana y gran minería constituyen unas de las actividades extractivas fuertes y de mayor impacto en el ambiente, la presencia del OEFA, a través de la supervisión y fiscalización a ellas es directa, esto es, no es a través de otras entidades de fiscalización ambiental; por lo que en las siguientes líneas se expondrá la importancia de la fiscalización, el impacto de ellas en lo socioambiental y económico, y la eficacia de ella a través del pago del aporte por regulación.

3.1.1. El OEFA como organismo regulador:

El OEFA al recaudar el aporte por regulación financia sus funciones públicas, a través de su función reguladora, en el sentido que, “la regulación se identifica con la intervención del Estado para controlar el comportamiento de los sujetos en el mercado a través de disposiciones legales”(Quintana 2011:22)” (Granados 2014:11), papel que el OEFA advierte al cumplir con los siguientes tres elementos:

“[...]”

- (i) Establecimiento de estándares: Consiste en la determinación de metas que se desean alcanzar y los mecanismos a ser utilizados para su logro. Ello se establece a través de la función normativa. Es decir la capacidad de emitir normas de carácter general en el marco de sus competencias, que incluye: a) Indicación del agente encargado de conducir la regulación y b) La estrategia regulatoria a seguir.
- (ii) Modificación de comportamientos: Se refiere a los mecanismos utilizados para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas regulatorias. El OEFA tiene la facultad de imponer sanciones, dictas medidas preventivas, cautelares y correctivas, así como aplicar los incentivos que correspondan.
- (iii) Recolección de información: Se refiere a los mecanismos utilizados para verificar el cumplimiento o no de las normas regulatorias, como en ejercicio de su función supervisora, puede realizar acciones de seguimiento y verificación del cumplimiento de

las obligaciones establecidas en la regulación ambiental” (Granados 2014:11).

Por lo dicho anteriormente, independiente de la denominación que tenga el aporte por regulación el OEFA realiza la función pública de regulación al cumplir con el ejercicio de dichos tres elementos que la doctrina atribuye a dicha función. La misma que abarca dos tipos de regulación: la económica y la social/ambiental, las cuales se expondrá a continuación.

- **Regulación Económica:**

Trayendo a colación lo señalado por Alfredo Dammert “la regulación económica parte de la premisa de que el mercado asigna los recursos de manera eficiente. [Por lo que] en un mercado competitivo no se requiere ningún tipo de intervención, pues de variar la oferta y la demanda, un nuevo equilibrio sería alcanzado por medio del funcionamiento del propio mercado”. Sin embargo, ante un mercado donde no hay competencia o ésta está reducida, el Estado interviene a fin de promoverla y mantener en equilibrio el desarrollo económico junto con el desarrollo sostenible, generando así bienestar a la colectividad. Lo dicho anteriormente se da en los casos donde han existido “monopolios naturales” y se utilice la regulación económica como una fórmula/solución para dicha “falla”, un ejemplo de ello es cuando se regula a los monopolios con la fijación de precios a fin de que se eviten cobros excesivos; sin perjuicio de ello, y como se indicó anteriormente, lo que busca el Estado es garantizar el correcto funcionamiento del mercado con el fin de que éste pueda brindar buenos resultados para la colectividad.

- **Regulación Social:**

Asimismo, y con el objetivo de que la regulación sea eficiente, ésta no sólo cumple con realizar una regulación económica (por ejemplo en la fijación de tarifas) sino también con cumplir con una regulación social (por ejemplo a través de la fiscalización) a fin de mantener en todo momento el bienestar de todos.

Al respecto, en nuestra doctrina se dice sobre la regulación social lo siguiente:

- Den Hertog: manifiesta que “la regulación social comprende la regulación del ambiente; los instrumentos que se aplican incluyen la reglamentación relacionada con la descarga de sustancias nocivas para el ambiente.”

- INDECOPI: tiene como postura que:
“la regulación social es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera ex ante, tiene por objeto minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Son ejemplos de éste tipo de regulación, aunque en diferentes intensidades, las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento de establecimientos comerciales, las normas de tránsito y las que exigen que los vehículos automotores cumplan con determinados requisitos técnicos, las normas de protección del ambiente que establecen limitaciones en las emisiones de gases tóxicos, la obligación de obtener autorizaciones sanitarias para comercializar productos de consumo humano.”

De lo dicho anteriormente, particularmente la regulación social, en su aspecto ambiental, se sustenta en que los ecosistemas, aire, suelo, residuos hídricos, los bosques y los demás componentes del ambiente son bienes que deben ser protegidos. Sin perjuicio ello, las empresas reguladas no suelen considerar e internalizar en sus costos el impacto negativo que puede causar su desarrollo y operatividad, por tanto contaminan el ambiente. Conforme a ello, y considerando que el sentido de la regulación social, las empresas deben de asumir los costos de lo que implicaría su producción, entre ellos lo correspondiente a lo de contaminación; a fin de proteger el ambiente y garantizar el bienestar de nuestras generaciones presentes y futuras. En ese sentido, se debe resaltar que el OEFA cumple con tal función de regulación social ya que ejerce facultades de evaluación, supervisión, de fiscalización ambiental y de aplicación de incentivos para lograr que las empresas cumplan con la normativa ambiental y de esta manera se reduzca la contaminación.

IV. CAPÍTULO TERCERO

4.1. Naturaleza del Aporte por Regulación del OEFA:

El Aporte por Regulación fue creado en el año 2000, mediante el artículo 10 de la Ley N°27332- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos⁷, para afianzar la institucionalidad ambiental, garantizando la consecución y protección de los derechos de las personas a vivir en un ambiente adecuado, sano y equilibrado con el fomento de un desarrollo económico sostenible; valiéndose de recaudar ingresos, como fondo económico de los organismos reguladores para su sostenibilidad financiera, desde las empresas que prestan servicios públicos en su papel como contribuyentes.

Con relación a ello, y de acuerdo a lo ya dicho anteriormente, en el año 2008, mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, se creó el OEFA y posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA. En virtud de dicha transferencia de funciones de supervisión y fiscalización ambiental, se emitió la Ley N°29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013 la cual estableció que “las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA se financian con cargo al Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley N°27332”, reconociendo la calidad de acreedor tributario al OEFA con relación a dicha contribución, conforme con lo establecido en el artículo 74⁸ de la Constitución Política del Perú, cumpliendo así con los elementos esenciales del Aporte por Regulación, los cuales son:

⁷ **Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos**

Artículo 10°.- Aporte por Regulación.-

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un Aporte por Regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

⁸ **Artículo 74°.-** Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

- Hecho generador de la obligación tributaria: la función pública de fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA.
- Deudor tributario: los titulares que pertenecen al sector minería y que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA.
- Acreedor tributario: el OEFA
- Base para el cálculo de la obligación y la alícuota: Se fija como base imponible de la facturación anual de las empresas supervisadas, deducido el Impuesto General a las Ventas (IGV) y el Impuesto de Promoción Municipal (IPM); y como alícuota tope se establece el 1% de dicha facturación. La delimitación de la misma se realiza, en principio, mediante el Decreto Supremo N°130-2013-OEFA.

Lo dispuesto en la Ley N°29951 fue ratificado mediante la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N°30011 – Ley que modifica la Ley N°29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental estableciendo que las funciones de fiscalización en materia ambiental que desarrolla el OEFA se financian con cargo al Aporte por Regulación estipulado en la Ley N°29951, interpretándose al OEFA como acreedor tributario.

A consecuencia de ello, y mediante el Decreto Supremo N°130-2013-PCM, se fijó la alícuota del Aporte por Regulación a favor del OEFA para los años 2014, 2015 y 2016, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Aportes de las empresas del sector minería

[...]

1.2. El Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA para los años 2014, 2015 y 2016; de cargo de las empresas del sector minería mencionadas en el Numeral 1.1. precedente, será calculado sobre su facturación mensual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de acuerdo al siguiente porcentaje:

Año	Porcentaje de OEFA
2014	0,15
2015	0,15
2016	0,13

[...]"

Y, finalmente mediante Resolución de Consejo Directivo N°009-2014-OEFA/CD se aprobó el respectivo procedimiento para la recaudación y el control de dicho Aporte por Regulación a cargo del OEFA.

4.2. Importancia del Aporte por Regulación:

4.2.1. Para la sostenibilidad financiera del OEFA:

El OEFA como acreedor tributario requiere del ingreso de dicho recurso financiero para poder ejercer su función fiscalizadora y de supervisión de manera eficiente, al ser ésta un porcentaje muy importante y de peso para su presupuesto anual del mismo, ya que

“toda institución debe contar con los recursos para su implementación. En el caso contrario, dicha institución no podrá cumplir con sus funciones, no será eficiente, y los costos finales de la ineficiencia podrían generar costos superiores al conllevar un incumplimiento impune de los contratos en perjuicio de uno de los agentes económicos o de la sociedad, según el caso. Parte de los costos se ven, por ejemplo, en los conflictos sociales, que pueden tener repercusiones sobre la propiedad, incluso sobre tercero”(Ortiz 2015:141).

Conforme a ello, el funcionamiento de la fiscalización minera en el ámbito minero constituye y deviene de la Ley N° 29325 donde se establecen como recursos del OEFA los siguientes:

I) los montos que se le asignen en la Ley Anual de Presupuesto, ii) las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, incluyendo las que provengan de la cooperación internacional; iii) los montos por concepto de multas que imponga en el ejercicio de sus funciones iv) recursos propios que genere; y, v) los demás establecidos por ley expresa.

Asimismo, y de acuerdo lo establecido en la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, en su Disposición Complementaria Final Cuadragésima Octava, se precisa que, a partir de la vigencia de la presente ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA, se financian con cargo al Aporte por Regulación al que hace referencia el artículo 10° de la Ley N° 27332, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del Osinergmin.

En ese sentido el aporte por regulación como recurso financiero del OEFA,

“comprende los costos necesarios para realizar la evaluación de la calidad ambiental de las zonas aledañas, la supervisión del desempeño ambiental de las empresas, la tramitación de procedimientos sancionadores, la atención de denuncias ambientales, la participación en mesas de diálogo, la función normativa, el régimen de incentivos, entre otras. Todas estas actividades se encuentran íntimamente vinculadas entre sí y tienen por objeto determinar integralmente el impacto de las actividades económicas en el ambiente para adoptar medidas oportunas”(Ortiz 2015:141).

Conforme a ello, el pago del Aporte por Regulación se sustenta en el principio de internalización de costos⁹, previsto en la Ley N°28611 - Ley General del Ambiente y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde por primera vez se trató y en los siguientes términos:

“Principio 16:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo

⁹ **Artículo VIII: Del principio de internalización de costos**

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir de los riesgos daños que genere sobre el ambiente. El costo de acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por las causantes de dichos impactos.

debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”

En concordancia con ello, el artículo 142¹⁰ de la Ley General del Ambiente, en lo referido a la responsabilidad por daños ambientales, establece que a través de una actividad se puede generar daño al ambiente o a la salud humana, por lo que se está obligado a asumir los costos que deriven de tomar las medidas de prevención y mitigación del daño, así como lo que implique la vigilancia y monitoreo ambiental de alguna actividad económica.

Sin perjuicio de ello, se debe tomar en cuenta también lo referido en el numeral 5 del artículo 6 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, el cual señala que, quien genere riesgos o daños ambientales deberá de asumir los costos que impliquen la prevención y vigilancia ambiental, en los siguientes términos:

Artículo 6.- Diseño y aplicación de políticas ambientales.

[...]

5. La prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. Los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio.

De lo dicho anteriormente, así como de los principios y los elementos que involucran la políticas ambientales, se permite comprender y reconocer además que, para el goce de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se requiere de solidaridad por parte de la colectividad que vive de manera aledaña a las actividades mineras, así como de las empresas que quieran invertir en dicho ambiente, particularmente las empresas mineras que requieran iniciar la fase de exploración y explotación de los recursos naturales en dicha área.

¹⁰ **Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales**

142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

Es en virtud de ello, que el Aporte por Regulación “[llega a ser] un modo de concretar el mutuo deber ambiental, como un acto de corresponsabilidad en la tarea de conservación y mejora del medio ambiente, mediante la contribución de recursos económicos provenientes de su explotación que permitan una adecuada fiscalización y supervisión”(Hakansson 2014:107) del OEFA. Es conforme a ello, que el pago del Aporte por Regulación tiene justificación en los derechos constitucionales sobre el medio ambiente y sobre las personas, que involucran una responsabilidad conjunta cuando se trata de prevención, conservación y mejora del medio ambiente.

4.2.2. Para una fiscalización eficiente:

El Aporte por Regulación es una contribución que proviene de las ganancias de las empresas que realizan actividades mineras, que el Estado utiliza para la supervisión y fiscalización ambiental a través del OEFA. La importancia de estas dos funciones sirven para actuar mediante medidas preventivas y correctivas ante la posibilidad u

“ocurrencia de daños y perjuicios ambientales que afecten de manera negativa el entorno y la salud de las personas; así como ordenar su corrección en los casos donde la afectación ya se generó. Sin una fiscalización ambiental eficiente, el círculo de la gobernanza ambiental quedaría incompleto e inútil porque no sería suficiente tener un buen EIA presentado y aprobado, y un proyecto bien diseñado sino existen medidas de seguimiento y control, desde el propio Estado, que aseguren que los compromisos ambientales se cumplan” (Mora 2017).

Es en ese sentido que, reconocer dichas funciones del OEFA, le permite fiscalizar y/o controlar de manera previa la actividad minera de manera más eficiente que posteriormente tener que sancionar por el mal manejo de la actividad misma; pero para que ello se cumpla se requieren recursos financieros como el aporte por regulación particularmente para el ejercicio de dicha función de fiscalización, sin perjuicio de considerar que la misma está reconocida legalmente y mediante la constitución bajo el principio de legalidad y reserva de ley por la que fue creada, como ya se expuso anteriormente en el presente artículo.

Además, el aporte por regulación genera beneficios generales y diferenciados (Granados 2014:11) a través del cumplimiento de la regulación social del OEFA, los mismos que son:

a) Beneficio general:

Garantiza el derecho a un ambiente equilibrado:

Considerando que para contar con un ambiente saludable y que todas las personas tengan derecho a un ambiente sano, las mismas deben de vivir en condiciones dignas y adecuadas; es conforme a ello que la fiscalización ambiental asegura lo dicho anteriormente por su deber de generar, con dicha fiscalización, mejores condiciones de vida.

b) Beneficios diferenciados:

b.1) Facilita la licencia social para las inversiones:

El OEFA trabaja para construir la confianza de las personas en la capacidad del Estado para proteger su entorno, ante las externalidades negativas, como el de contaminación, que vienen siendo causadas por diversas actividades. Es así que “se viene consolidando una fiscalización que armonice el derecho de desarrollar actividades económicas con el derecho a vivir en un ambiente sano, la promoción de la inversión privada con la protección de los ecosistemas. [...] la fiscalización ambiental promueve la aceptación de las empresas que cumplen con sus obligaciones ambientales” (Granados 2014:11), la labor del OEFA genera que la población confíe o trate de confiar en que las empresas realizarán sus actividades a través de un desarrollo sostenible.

b.2) Garantiza el bienestar de los trabajadores:

La continua, permanente y correcta fiscalización ambiental por parte del OEFA permite a que las empresas mantengan sus instalaciones ambientalmente adecuadas para los trabajadores que se encarguen de ejecutar las labores de la empresa; por tanto, protege la salud, la vida y el mejoramiento de la relación entre los trabajadores y la empresa, de la actividad minera, particularmente.

b.3) Evita la competencia desleal entre empresas:

Al generar las actividades externalidades, ellas serán asumidas por los costos de su misma producción, por tanto, quienes no asumen dichos costos, generan y compiten en desigualdad de condiciones entre ellas. El OEFA, con la fiscalización ambiental, evita que se incumplan obligaciones ambientales y así se compita de manera desleal con las que sí cumplen.

V. CAPÍTULO CUARTO:

A raíz del cobro del aporte por regulación las empresas mineras han adoptado diferentes vías de defensa para ejercer su derecho a la libre iniciativa privada que consideran verlo afectado, al considerar que el Decreto Supremo N°130-2013-PCM, que establece la alícuota del aporte por regulación, contraviene la Constitución y/o las leyes; a consecuencia de ello, han optado en interponer demandas, tanto en la vía constitucional como en la vía administrativa, a través de denuncias ante INDECOPI, por barreras burocráticas¹¹.

Con relación a lo siguiente anteriormente, en el caso de la vía administrativa, varias empresas, como la Sociedad Minera Corona y la Sociedad Pampa de Cobre, de manera conjunta y/o de forma independiente han interpuesto denuncias contra el OEFA y la Presidencia de Consejo de Ministros – PCM ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, a fin de que se declare barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad la exigencia del pago del aporte por regulación a favor del OEFA, materializada en el Decreto Supremo N°130-2013-PCM, que estableció la alícuota del

¹¹ De lo dicho anteriormente es necesario precisar que los efectos de ambas vías son diferentes, ya que, mientras

“los efectos de la acción de inconstitucionalidad son generales, pues derogan la norma cuestionada, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas sólo inaplica la medida al caso concreto. [Además] el proceso de inconstitucionalidad busca garantizar la primacía de la Constitución, siendo que el segundo procedimiento busca controlar la legalidad y razonabilidad de las normas. [Y, por último,] la Constitución solo faculta a algunas personas a interponer la acción de inconstitucionalidad, mientras que la denuncia ante INDECOPI puede ser impulsada por cualquier agente económico que se vea afectado por una medida de la Administración Pública.” (Resolución N°1535-2010/SC1-INDECOPI)

aporte por regulación; denuncia que a la fecha aún no tiene pronunciamiento final por parte de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI¹².

Sin perjuicio de ello, varias empresas, como la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía y Minera Colibrí, han optado el proceso de constitucionalidad, interponiendo Demandas de Amparo y/o Demandas de Inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo alegando, bajo el argumento que el mismo es ilegal e inconstitucional, porque la exigencia del pago del aporte por regulación vulnera las garantías constitucionales, como el principio de legalidad y de capacidad contributiva de las empresas que les corresponde pagar por dicho aporte (esto es las de mediana y gran minería), las cuales están amparados en la propia Constitución y en el Código Tributario, alegando que dichos principios son parte del bloque constitucional.

5.1. Problemas jurídicos por el cobro del aporte por regulación:

Los problemas jurídicos por el cobro del aporte por regulación, nacidos de las vías administrativas y constitucionales antes indicadas, son, desde la posición de las empresas mineras, que el aporte por regulación es confiscatorio, es ilegal e inconstitucional al no tener el OEFA las facultades para tal de acuerdo al principio de legalidad; asimismo, desde la posición del OEFA, que sin el aporte por regulación se perjudicaría su sostenibilidad financiera y principalmente contar con una fiscalización y supervisión eficiente sobre las empresas de mediana y gran minería, funciones que se requieren a fin de prevenir y tomar medidas correctivas ante daños ambientales, así como ofrecer beneficios a la salud y medio ambiente sobre un desarrollo sostenible.

Conforme a ello, los problemas jurídicos que se han identificado a raíz de las posiciones anteriores son:

- Si constituye o no una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad dicho cobro:

De acuerdo al artículo 26BIS al Decreto Ley N°25868, la Comisión es el órgano competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las

¹² Al respecto, y entre los alegatos y descargos del OEFA y de la PCM, se ha solicitado que se suspenda el proceso administrativo ante INDECOPI hasta que se tenga sentencia firme en el proceso judicial al respecto, solicitando a la Comisión a cargo que se inhíba bajo el principio de supremacía constitucional.

entidades de la Administración Pública que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad contenidas en decretos supremos, resoluciones ministeriales u otras normas de rango infra legal, que limiten o restrinjan negativamente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado o que incumplan con las normas relacionadas a la simplificación administrativa.

Conforme a ello, a la fecha la Comisión se ha pronunciado en el sentido que el cobro del aporte por regulación constituye una barrera burocrática ilegal, toda vez que vulnera el principio de legalidad establecido en la Ley N°27444, así como el principio de legalidad y reserva de ley establecidos en el Código Tributario; al haberse creado un tributo a favor del OEFA pese a que “no existe una norma legal que haya previsto que este organismo pueda percibir un aporte por regulación exclusivamente a su favor” y al no ostentar la condición de acreedor tributario o recaudador de la cuestionada contribución expresamente. Asimismo resuelve que en ninguna ley se define al OEFA como “acreedor tributario” sino que se establece que las funciones del OEFA se financian “con cargo al Aporte por Regulación” que obtiene el OSINERGMIN, organismo regulador que percibe y recauda el referido aporte desde lo dispuesto en la Ley N°27332, y es el organismo que le correspondería transferir un porcentaje de todo lo recaudado al OEFA, para éste pueda financiar sus actividades.

Sin perjuicio de ello, considero que el término “con cargo al Aporte por Regulación”, no significa que tenga que ser recaudado directamente dicho Aporte por OSINERGMIN, sino que la suma de los porcentajes de la alícuota del OEFA y del OSINERGMIN no deben de exceder del tope de 1% de la facturación anual. A parte, se debe considerar que, si el legislador hubiese querido que el OSINERGMIN transfiera parte de su contribución al OEFA habría hecho referencia al Decreto Supremo 136-2002-PCM, que fija la alícuota del OSINERGMIN y no al artículo 10 de la Ley 27332 que precisa el tope del 1%.

Asimismo, y de la lectura de los pronunciamientos de la Comisión del INDECOPI al respecto, se puede concluir que lo resuelto por la Comisión viola el principio de legalidad en el ejercicio de sus competencias, al pretender ejercer control difuso de constitucionalidad¹³ en sus resoluciones, fundamentándose en una norma integrante del bloque constitucional tributario, esto es el Inciso a) de la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, relacionada al principio de reserva de ley en materia tributaria recogido en la Constitución.

- Si el aporte por regulación como mecanismo de la función pública ejerce una regulación social:

La Comisión alega que el OEFA no es un organismo regulador y, por tanto, no podría ser acreedor, ni recaudador del Aporte por Regulación, basándose en que el Artículo 10 de la Ley 27332 no lo contempla; sin perjuicio de ello, ese extremo es cierto, considerando que éste organismo fue creado recién en el año 2008, posterior a la emisión de la Ley antes referida. No obstante, la naturaleza de la Ley 27332 es que se crea en ella el Aporte por Regulación con el fin de financiar la función pública de regulación, por tanto, si bien el OEFA no tiene la denominación de “organismo regulador”, sí cumple con funciones de regulación social.

El OEFA alega que no requiere que se le nombre expresamente como Organismo Regulador mediante alguna ley, ya que de por sí cumple con una función pública reguladora otorgada por el Estado, como parte de sus funciones de fiscalización ambiental; por tanto está facultada para percibir y exigir el pago del Aporte por Regulación a fin de cumplir y afianzar las acciones de fiscalización ambiental antes dicha y garantizar así la protección del medio ambiente.

- Si es ilegal y/o inconstitucional el Decreto Supremo N°130-2013-PCM:

El referido Decreto en la vía constitucional se ha demandado para que se declare ilegal y/o inconstitucional al considerarse que vulnera el principio de

¹³ **Artículo 138 de la Constitución Política del Perú.-**

“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”

legalidad y principio de reserva de ley, en tanto se alega que crea un tributo y contraviene con el Régimen Económico del Estado y la libertad de empresas, regulado en el Título III de la Constitución Política del Perú, en lo referido al régimen económico (artículos del 58 al 77 de la Constitución). Sin perjuicio de ello, considero que no vulnera tales derechos ya que el Decreto Supremo sólo establece la alícuota del tributo bajo los parámetros del ya creado por el artículo 10 de la Ley N°27332 y por tanto, no tiene naturaleza confiscatoria¹⁴ en tanto el aporte por regulación al OEFA pretende financiar el “sostenimiento institucional” del OEFA.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, reconoce que el aporte por regulación es una obligación de pago de naturaleza de “contribución”; además, lo señalado ha sido reconocido por ejemplo en el artículo 7 de la Ley 27699- Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Osinerg, la cual establece de forma expresa lo siguiente:

Artículo 7.- Naturaleza del aporte

Precítese que el aporte a que hace mención el Artículo 10 de la Ley 27332, tiene la naturaleza de contribución destinada al sostenimiento institucional del OSINERG.

Por otro lado, se sustenta ello desde el Tribunal Fiscal, que sostiene que el aporte por regulación que perciben los organismos reguladores constituye una contribución, pues trae consigo beneficios generales para el mercado y diferenciados para los contribuyentes (Granados 2014:11); es con ello, que, en el caso del OEFA el aporte por regulación genera beneficios generales al garantizar el derecho de un ambiente equilibrado y beneficios diferenciados, al facilitar la licencia social para las inversiones, garantizar el bienestar de los trabajadores y evitar la competencia desleal entre empresas mineras.

¹⁴ “El principio de no confiscatoriedad, [...]:

En relación con el monto de la obligación tributaria, de manera que se presenta como una intromisión desproporcionada en el patrimonio del obligado: ‘[e]n ese sentido, un tributo es confiscatorio cuando su monto es superior a una parte importante de la manifestación de riqueza concreta sobre la cual se precipita’ (Bravo 2006: 115)” (Marciani 2015:11).

VI. CONCLUSIONES:

De lo expuesto en el presente artículo, el Aporte por Regulación es de gran importancia para la institucionalidad del OEFA, tanto por su sostenibilidad financiera como para la continuidad del mismo, pudiendo ejercer una eficiente fiscalización y supervisión ambiental. El aporte por regulación además ha fortalecido dicha institucionalidad en beneficio del OEFA, de las empresas y de las comunidades, donde se genera el impacto de las actividades mineras de mediana y gran minería.

Sin perjuicio de ello, y a raíz de la aprobación del Decreto Supremo N°130-2013-PCM como de la Resolución Directoral emitida por el OEFA, donde se regula el procedimiento de recaudación de dicho cobro del aporte por regulación, se ha generado mucha polémica con respecto a la forma de determinación de alícuota, de la forma de percibir dicho aporte por regulación, del fin de dicho pago y de la naturaleza tributaria del mismo, como anteriormente ya se ha precisado, hay procesos judiciales y administrativos donde este cobro es aún una materia en cuestión e interpretación.

Conforme a ello, y a fin de equilibrar las posiciones entre las empresas mineras y la OEFA y otras entidades que avalan el cobro del aporte por regulación, considero importante tener en cuenta algunas alternativas y propuestas, que a continuación se explicarán, a fin de encontrar alguna solución neutra o conciliación ante las contingencias legales que ya se han iniciado y evitar de alguna forma que la situación empeore y termine el OEFA perjudicándose, porque se llegue a determinar que no le corresponde el cobro del aporte por regulación, y consecuencia de ello que las comunidades de donde se hacen las actividades mineras no puedan recibir los beneficios generales y diferenciados del OEFA o que las empresas mineras puedan continuar con procesos legales en contra del OEFA, que llegue a repercutir con el crecimiento económico del país y con la libertad de empresas así como de alguna afectación al medio ambiente al no estar debidamente protegido.

En ese sentido, a continuación unas reflexiones y propuestas a considerar:

- Primera alternativa: Si partimos de la premisa que el aporte por regulación se recauda para financiar las funciones de fiscalización y supervisión del OEFA y no sobre la manifestación de la capacidad tributaria de la empresa, podríamos

concluir que el aporte por regulación cumple con la característica fundamental del tributo denominado “contribución”. Asimismo, y considerando que

“las contribuciones deben sujetarse a los límites señalados para tributos de esta naturaleza, los que consisten en que la prestación que realiza el contribuyente no debe sobrepasar, bajo ninguna circunstancia, la ventaja o beneficio percibido, real o potencialmente, ya que el valor o costo de la actividad que desarrolla el Estado, si bien no debe ser necesariamente igual al beneficio que recibe, será el que funcione como límite máximo” (Valer 2012).

De lo dicho anteriormente, el Estado podría replantear la naturaleza del cobro del aporte por regulación del OEFA, en el sentido de que la base del cálculo que se aporte a éste no sea superior al que correspondería como contribución; para que así las empresas mineras no vean que su aporte es únicamente para el financiamiento del OEFA, y sólo en beneficio de éste, y además no se alegue que es confiscatorio, generando una ventaja superior a lo que le corresponde para cumplir sus funciones de supervisión y fiscalización.

- Segunda alternativa: Se podría calcular el porcentaje correspondiente al OEFA pero no sobre la base de la facturación anual de las empresas bajo su ámbito sino en función del valor del costo de los servicios y beneficios que brinda el OEFA para un desarrollo económico sostenible; para ello se tendría que considerar elaborar un informe técnico - económico emitido por el OEFA, el Ministerio de Economía y Finanzas y otras entidades oportunas y relevantes que se consideren necesarias para poder valorizar el costo efectivo y real de los recursos que se toman para ejecutar las funciones del OEFA, ello con el fin de que el cobro del aporte por regulación y las funciones del OEFA sean equivalentes y proporcionales.

Con lo dicho anteriormente, se evitaría tomar como base la capacidad contributiva de las empresas, alegando tener el Aporte un carácter confiscatorio en comparación con otras actividades extractivas. Por lo dicho anteriormente, y a manera de ilustrar lo confiscatorio que puede ser hacer un

mal o un no adecuado cálculo del aporte por regulación, se puede dar el caso de que

“una empresa prestadora de servicios que vende activos para permitir una gran cantidad de ingresos, al comprenderse ello en la base imponible de su facturación anual correspondería ser de ahí el pago del aporte por regulación, llegando ello ser contradictorio ya que la facturación no ha sido generada por algún servicio de regulación sino por otra actividad propia de la empresa” (Valer 2012).

En ese sentido, considero evaluar optar la presente alternativa a fin de evitar mayores problemas económicos y perjudiciales de ambas partes, esto es, de las empresas mineras y del OEFA, principalmente.

- Tercera alternativa: Considero que se podría reevaluar el porcentaje de la alícuota correspondiente al Aporte por Regulación de las empresas mineras, considerando que éste pueda ser igual o equivalente al de otros aportes que se recaudan como para el sector de energía o hidrocarburos; sin perjuicio de que se tenga conocimiento de que las actividades son diferentes, el OEFA, al momento de la fiscalización (como de sus otras funciones), cuenta con igual o un equivalente número de recursos para su supervisión, el cual considero que debería ser evaluado.

Además, y considerando que el fondo para el financiamiento del OEFA es el mismo y además lo recaudado ha sido bajo el cumplimiento de una misma función de regulación social, en todo caso se podría establecer un tope máximo del porcentaje del aporte por regulación correspondiente al OEFA, particularmente para éstos sectores que nacen y devienen de una transferencia de funciones ambientales del OSINERGMIN, esto es de un mismo Organismo Regulador de las empresas prestadoras de servicios fiscalizadas por el OEFA.

VII. BIBLIOGRAFÍA:

Normas:

1993 Constitución Política del Perú

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- 2000 *Ley 27332*. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Lima, 19 de julio de 2000.
- 2001 *Ley 27444*. Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, 10 de abril de 2001.
- 2001 *Ley 27474*. Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras. Lima, 24 de mayo de 2001.
- 2005 *Ley 28611*. Ley General del Ambiente. Lima, 15 de octubre de 2005.
- 2007 *Ley 28964*. Ley que transfiere competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG. Lima, 24 de enero de 2007.
- 2012 *Ley 29951*. Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013. Lima, 30 de noviembre de 2012.
- 2013 *Ley 30011*. Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Lima, 08 de abril de 2013.

MINISTERIO DEL AMBIENTE

- 2008 *Decreto Legislativo 1013*. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. Lima, 13 de mayo de 2008.
- 2010 *Decreto Supremo 001-2010-MINAM*. Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA. Lima, 20 de enero de 2010.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

- 2013 *Decreto Supremo 133-2013-EF*. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Código Tributario. Lima, 22 de junio de 2013.

PRESIDENCIA DE CONSEJO DE MINISTROS

- 2013 *Decreto Supremo 130-2013-PCM*. Decreto Supremo que establece disposiciones referidas al Aporte por Regulación del OEFA a cargo de las Empresas del Sector Minería. Lima, 18 de diciembre de 2013.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN INTELECTUAL

2010 *Resolución N°1535-2010/SC1-INDECOPI*. Lima, 03 de mayo de 2010.

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA

2014 *Resolución del Consejo Directivo N°009-2014-OEFA/CD*. Resolución de Consejo Directivo que Aprueba Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del OEFA. Lima, 29 de enero de 2014.

Artículos/Libros:

ZEGARRA GARCÍA, LUZMILA

2010 “¿La letra solo con sangre entra? Las oportunidades de los incentivos económicos para la protección ambiental en el sector minero. *Derecho & Sociedad N°35*. Lima, año 2010.

VALER BECERRA, Elard

2012 “¿El aporte por regulación es un tributo?”. *Actualidad Empresarial N°258*. Lima, julio de 2012

http://www.aempresarial.com/web/revitem/1_13945_96072.pdf

GRANADOS MANDUJANO, Milagros

2014 “Constitucionalidad y legalidad del aporte por regulación que percibe el organismo de evaluación y fiscalización ambiental”. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA. *El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú*. Pp. 11. Lima, agosto de 2014.

http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=11230

HAKANSSON NIETO, Carlos

2014 “Una aproximación constitucional a la naturaleza del aporte por regulación al OEFA”. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA. Pp. 107. *El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú*. Lima, agosto de 2014.

http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=11230

MARCIANI, Betzabé

2015 “La legalidad del denominado Aporte por Regulación del OEFA: una lectura desde el constitucionalismo actual”. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA. *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz*. Pp. 11. Lima, enero de 2015.

http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=13709

ORTIZ, María Graciela

2015 “La Institucionalidad, minería y el Financiamiento de la Fiscalización Ambiental”. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA. *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz*. Pp. 141. Lima, enero de 2015.

http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=13709

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA

2016 *Documento de trabajo N°001-2016-OEFA/DFSAI/SDSI: El impacto de la fiscalización ambiental en el desempeño de las empresas mineras*. Lima, junio de 2016.

http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=18972

MINISTERIO DEL AMBIENTE

2016 *Informe de Fiscalización Ambiental en el Perú. Año 2011-2015: Fortaleciendo los cimientos del derecho de un ambiente sano*. Lima, febrero de 2016.

https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=16883

MORA, Carol

2017 “OEFA y la eliminación del APR: Otro intento para debilitar la fiscalización ambiental”. ACTUALIDAD AMBIENTAL. Lima, 29 de setiembre de 2017.

<http://www.actualidadambiental.pe/?p=46569>

Página web:

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

OEFA. Consulta: octubre de 2017.

<https://www.oefa.gob.pe/que-es-el-oefa>

ACTUALIDAD AMBIENTAL.

Actualidad ambiental. Consulta: Octubre 2017

<http://www.actualidadambiental.pe>

