

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO**



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogada

Informe sobre Sentencia recaída en el Expediente N° 05410-2015-PA/TC - Demanda de amparo presentada contra el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, Decreto Supremo que establece disposiciones referidas al Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA a cargo de las empresas del sector minería

Nombre del Autor:

Wendy Janeth León Espinoza

Código:

20130388

Revisor:

Tommy Ricker Deza Sandoval

Lima, 2021

Resumen

El Aporte por Regulación percibido por el OEFA es quizá la fuente de financiamiento más controversial que tiene esta institución para realizar sus actividades de fiscalización ambiental. Hasta la fecha, aun cuando existen diversas sentencias y resoluciones que acreditan la constitucionalidad de su cobro, la aplicación del Aporte por Regulación es materia de cuestionamientos. Por ello, el objetivo de este Informe es determinar la constitucionalidad del Aporte por Regulación establecido a favor del OEFA para efectos de aportar en el desarrollo de su estudio. Para ello, en base a los alcances del caso recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaído en el Expediente N° 05410-2015-PA/TC, analizaremos los principios de reserva de ley, y de no confiscatoriedad tributarios para el establecimiento del Aporte por Regulación en favor del OEFA. En este Informe nos encontramos de acuerdo con el fallo del Tribunal Constitucional, en tanto consideramos que el Aporte por Regulación asignado al OEFA es una fuente legítima de financiamiento para sus actividades de fiscalización ambiental. Sin embargo, creemos necesario hacer énfasis en cuestiones adicionales que no fueron detalladas por Tribunal Constitucional y que permitirían entender la funcionalidad y naturaleza de este tributo.

Índice

Introducción

Justificación de la elección de la Sentencia

1. Hechos materia de análisis sobre los que versa la controversia
2. Identificación de los principales problemas jurídicos
3. Análisis y fundamentación
 - 3.1 Capítulo 1: Naturaleza Regulatoria del OEFA
 - 3.1.1 La Regulación como intervención estatal en las actividades mineras
 - i) *La Regulación estatal*
 - ii) *Los organismos reguladores*
 - iii) *Regulación en minería*
 - 3.1.2 La naturaleza regulatoria del OEFA
 - i) *Sobre el OEFA*
 - ii) *La función reguladora del OEFA en el sector minero*
 - 3.2 Capítulo 2: ¿La disposición que establece el Aporte por Regulación a favor del OEFA vulnera los principios de reserva de ley y no confiscatoriedad?
 - 3.2.1 Determinación de la naturaleza jurídica del Aporte por Regulación en favor del OEFA
 - 3.2.2 ¿El Decreto Supremo No. 130-2013-PCM ha creado un nuevo tributo denominado Aporte por Regulación en favor del OEFA distinto al creado por el artículo 10 de la Ley 27332, de tal manera que se ha vulnerado el principio de reserva de ley?
 - 3.2.3 ¿Vulnera el principio de no confiscatoriedad Decreto Supremo No. 130-2013-PCM?

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El presente informe (el “Informe”) realiza un análisis sobre los alcances de la sentencia (la “Sentencia”), de fecha 15 de agosto de 2019, recaída en el Expediente N° 05410-2015-AA, que declara infundada la demanda de amparo para inaplicar del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM. La principal materia de controversia de esta sentencia es que, mediante dicha norma y las subsiguientes, se estaría creando un nuevo tributo dirigido a sostener las funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (el “OEFA”) que, además resultaría confiscatorio. En ese sentido, para efectos de realizar el análisis de la Sentencia hemos dividido este Informe en dos capítulos, según una sección regulatoria y tributaria.

En el primer capítulo, realizaremos un recuento por los antecedentes de la regulación en el Perú, la historia de los organismos reguladores, con el fin de entender un poco de la finalidad y naturaleza de estos organismos y, analizaremos la necesidad regular las actividades mineras. Finalmente, tras haber examinado las cuestiones teóricas y prácticas de la regulación en el sector minero, nos centraremos en determinar dos (2) cuestiones planteadas a raíz de la Sentencia: i) si resulta necesario ser un organismo regulador para ser acreedor del Aporte por Regulación (el “APR”), y, ii) la calidad de regulador del OEFA.

El segundo capítulo, por otro lado, tiene un enfoque tributario. Analizaremos las cuestiones planteadas por la demandante en la Sentencia. La constitucionalidad de la creación del APR, con énfasis en los principios de reserva de ley y no confiscatoriedad. Por último, presentamos nuestras conclusiones, las cuales determinan un acuerdo con lo establecido en la Sentencia que analizamos.

De esa manera, concluimos que no se ha producido una vulneración al principio de reserva de ley, en tanto, el APR en favor del OEFA ha sido establecido conforme a la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y no ha sido creado por el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM. Asimismo, tampoco se ha configurado la vulneración al principio de no confiscatoriedad, en tanto se demuestra la conexión del APR establecido con el costo de las actividades de fiscalización ambiental y, el subsecuente, beneficio diferencial en favor de las mineras.

Justificación de la elección de la Sentencia

La Sentencia, de fecha 15 de agosto de 2019, recaída en el Expediente N° 05410-2015-PA/TC, consolida la posición de lo establecido en reiteradas decisiones emitidas en la vía administrativa y judicial. En ese sentido, el análisis de esta Sentencia es importante no sólo porque analiza la fuente de financiamiento más importante y controversial que sostiene al OEFA, sino también por su impacto en la seguidilla de procesos que se presentaron para declarar la creación del APR a favor del OEFA como inconstitucional o como barrera burocrática ilegal. La configuración de este tributo tiene diversas aristas que generan que su aplicación no sea pacífica, lo que demuestra la complejidad de su estudio.

Por ello, realizar el análisis de la naturaleza de este tributo, su proceso de configuración y, su utilidad para el OEFA como instrumento para el financiamiento de su actividad fiscalizadora en el sector minero, resulta enriquecedor. Lo atractivo de esta Sentencia es que visibiliza en un caso puntual cómo se desglosan diversos puntos controvertidos importantes para propiciar el análisis de la aplicación de medidas de regulación en sectores como la minería a favor de las actividades de fiscalización y supervisión ambiental. Bajo esa premisa, he asumido el reto de analizar las aristas que involucra un caso tan controversial y necesario para la continuidad de una de las instituciones más sólidas en materia de protección del ambiente.

1. Hechos materia de análisis sobre los que versa la controversia

Con fecha 29 de julio del año 2000, se publicó la Ley N° 27332, que aprueba la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (“Ley Marco”), que dispuso a cuatro (4) organismos reguladores bajo su competencia y fijó el APR como su fuente de financiamiento. Años más tarde, tras la creación del OEFA en 2008 y la transferencia asumida de competencias en materia ambiental desde el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas en 2010, con fecha 4 de diciembre de 2012 se aprobó la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Esta Ley estableció al APR como fuente de financiamiento de las actividades de supervisión y fiscalización que realiza el OEFA en materia ambiental para energía y minería.

El siguiente año, en 2013, se aprobaron la Ley N° 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y, La Ley N° 30115, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año 2014, que ratifican al APR como fuente de financiamiento del OEFA. Ese mismo año, el 19 de diciembre de 2013, se aprobó el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, que establece el porcentaje que las empresas mineras deben pagar como concepto de APR al OEFA por los años 2014, 2015 y, 2016 y, que es materia de cuestionamiento en este caso. Es así que desde 2014, año siguiente a la publicación del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, el APR fue cobrado por el OEFA a los titulares de actividades mineras, bajo lo dispuesto por dicha norma.

a. El proceso en la vía judicial

Con fecha 18 de marzo de 2014, bajo Expediente Judicial 02039-2014-0-0401-JR-CI-09, se presenta la demanda de amparo contra el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, por parte de Sociedad Minera Cerro Verde S. A. A. (en adelante, “Minera Cerro Verde” o la “demandante”) contra el OEFA, ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Es así que, con fecha 6 de enero de 2015, mediante Resolución N° 20, se concluyó que lo cuestionado por Minera Cerro Verde es la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, por lo que la vía correspondiente para tramitar el pedido es una demanda de acción popular. Por ello, se declaró fundada la excepción de incompetencia interpuesta por la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio del Ambiente (“MINAM”). En consecuencia, se declaró concluido el proceso y se dispuso su archivo.

Posteriormente, con fecha 3 de febrero de 2015, Minera Cerro Verde apela la Resolución N° 20 y, el caso es revisado por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Con fecha 6 de julio de 2015, la Sala emitió la Resolución N° 35, en la que concluyó que no se están cuestionando actos concretos aplicación de la norma en estricto, sino la norma en abstracto, confirmando la decisión de primer grado.

b. Presentación de la demanda ante el Tribunal Constitucional

Con fecha 18 de marzo de 2014, Minera Cerro Verde interpuso recurso de agravio constitucional vía demanda de amparo contra la Resolución N° 35. Solicitó la inaplicación del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM y, la devolución de todos los aportes que, a la fecha de ejecución de sentencia, hubiese pagado, más los intereses legales. Finalmente, con fecha 15 de agosto de 2019, mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 05410-2015-PA/TC, el Pleno de Tribunal Constitucional (“TC”) se pronunció sobre la demanda de amparo presentada por Minera Cerro Verde declarándola infundada por no haberse acreditado la vulneración de los principios de reserva de Ley y no confiscatoriedad.

2. Identificación de los principales problemas jurídicos

a) ¿Tiene naturaleza regulatoria el OEFA, de modo que se justifica un APR dirigido a financiar sus actividades?

- *¿Por qué las actividades mineras deben encontrarse sujetas a regulación ambiental?*
- *¿Es legítimo que el OEFA sea acreedor del APR del sector minería?*

b) ¿La disposición que establece el APR a favor del OEFA vulnera los principios de reserva de ley y no confiscatoriedad?

- *¿Cuál es la naturaleza jurídica del APR en favor del OEFA?*
- *¿El Decreto Supremo N° 130-2013-PCM ha creado un nuevo APR en favor del OEFA distinto al creado por el artículo 10 de la Ley 27332, de tal manera que se han vulnerado los principios constitucionales de Reserva de Ley y no confiscatoriedad?*

3. Análisis y fundamentación

3.1 Capítulo 1: Naturaleza Regulatoria del OEFA

3.1.1 La Regulación como intervención estatal en las actividades mineras

i) La Regulación estatal

La intervención estatal en la actividad privada ha sido concebida históricamente bajo el enfoque del rol prestador del Estado, en el que aquel debía proveer a sus ciudadanos de los servicios esenciales necesarios para cubrir las necesidades que tuvieran. De ese modo

se justificaba su presencia en la esfera económica y los instrumentos que fueron configurados en orden a cumplir con ese objetivo. Así, se fue construyendo el concepto de policía administrativa, la cual sigue la lógica de regular las actividades privadas mediante la imposición de obligaciones justificadas sobre el fundamento de garantizar el orden público.

Sin embargo, en el marco de los diversos fenómenos sociales del siglo XX que derivan en críticas hacia el rol de prestador que cumple el Estado,¹ surge un proceso de desestatización que genera el cambio del rol estatal de Estado prestador a Estado garante. Bajo esta nueva concepción, el Estado supera su rol como el único prestador de las actividades esenciales y comienza una etapa de fomento de las iniciativas privadas, bajo el enfoque de la liberalización del mercado. La función estatal se dirige ahora a ser una actividad de vigilancia, regulación, inspección y control. La etapa de liberalización y desestatización fomenta una reconfiguración de los instrumentos que utiliza el Estado para resguardar el interés general.

ii) *Los organismos reguladores*

Como hemos señalado en la sección anterior, el contexto de liberalización del mercado, produjo la desestatización en la prestación de servicios públicos y derivó en la necesidad del Estado de mantener un rol garante de regulador en resguardo del interés general, esto propició el escenario ideal para la creación de organismos reguladores. Los organismos reguladores, creados para atender dicho rol, tienen su origen más cercano en las Agencias reguladoras norteamericanas. Estas agencias surgieron con el desarrollo de algunas actividades económicas importantes que revestían un carácter de interés público como el telégrafo y el ferrocarril.

La regulación estatal bajo una función básica de intervención, inició con actividades de inspección y evolucionó hasta una de sus funciones más características, la regulación de tarifas. La proliferación de estas Agencias como modelo para otros sistemas normativos,

¹ Al respecto, entre los fenómenos que propician la transformación reciente del derecho administrativo se destacan a: i) la crítica del endeudamiento público, ii) el cuestionamiento a la capacidad empresarial de los poderes públicos y, iii) la exaltación de los efectos benéficos de la libre competencia de los agentes económicos privados en el mercado. Ver más en Oriol Mir Puigpelat. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2004, pp. 95-128.

permitió su desarrollo con características particulares de cada país.² En el caso peruano, con la desestatización por la que atravesó el Perú en los años noventa, se hizo necesaria la creación de instituciones reguladoras que puedan establecer un equilibrio entre los agentes de mercado y sus diversos participantes.

De ese modo, progresivamente se fueron insertando en el país, estas entidades que algunos autores han identificado bajo etapas: i) la primera, desde 1991 hasta 1998 con normativa dispersa, ii) la segunda desde 2000 hasta 2005, época en la que se consolidan mediante la Ley Marco, y, iii) la tercera, desde el año 2007 y 2009, marcada por la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (“LOPE”), “la cual ha fijado mecanismos y condiciones para que se creen nuevos reguladores aunque muchas veces se les reconozca con otros nombres (principalmente con la denominación de superintendencias y bajo la subcategoría de “organismos técnicos especializados”)” (Vignolo 2018: 90-91).

Los organismos reguladores se crean con el objetivo de cumplir la función reguladora económica o social para lograr “una armonía participativa entre los intereses en juego y contribuir de ese modo que se alcance la armonía social.”³ En ese sentido, el artículo 2 de la Ley Marco, define a estas entidades como organismos públicos descentralizados adscritos a la PCM, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Es decir, forman parte de la categoría de organismos públicos especializados del Poder Ejecutivo adscritos a la PCM y regulados por la LOPE.

² De hecho, pese a las particularidades que cada país atribuye a los organismos reguladores, un estudio realizado para América Latina destacó los aspectos en abstracto más representativos de estas instituciones: i) que cumpla un mandato para resolver problemas económicos o sociales dentro del marco de las políticas públicas existentes en un sector, que ii) para ello disponga de una serie de atribuciones adecuadas a la complejidad de los problemas que afronta, con una capacidad suficiente de integrar funciones legislativas, en el marco de su mandato legal derivado, administrativas y jurisdiccionales, solución de controversias. Esta integración de poderes servirá de respuesta frente a la complejidad de problemas que requieren un sofisticado conocimiento científico y técnico. Por último, iii) debe contar con espacios de discreción suficientes que le permitan ejercer sus responsabilidades, sin intervenciones de terceros (Jacint 2016: 23-25). JACINT, Jordana 2016 “Las agencias reguladoras en América Latina: Una Perspectiva Institucional”. *El Estado regulador en Colombia*. Universidad de los Andes. Bogotá: 2016, pp. 23-25. Consulta: 14 de octubre de 2020. Recuperado de: https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=Ed_0DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA21&dq=%22agencias+reguladoras%22+&ots=YxfKcQNAPU&sig=bpWxXdqvr5wwI5jvhCVM0uEwORY&redir_esc=y#v=onepage&q=%22agencias%20reguladoras%22&f=false

³ CASSAGNE "Los nuevos entes regulatorios". En *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, pg. 489 y ss. Citado en: DANÓS, Jorge. Los Organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Recuperado de: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>

Se establece como característica principal su autonomía política. De modo que sean entidades que cumplan sus funciones sin el riesgo de intereses políticos que guíen sus actividades y que puedan interferir en sus funciones de supervisión, regulación, normativa, fiscalización y, de resolución de controversias. Bajo ese propósito, se crea en 1991 como el primer organismo regulador, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (“OSIPTEL”). Se creó en el contexto del paso del Estado prestador a regulador y el cambio de política económica, en el marco del proceso de privatización de las empresas públicas estatales. Su creación marca un hito para el origen de estos organismos. Su función recae en la regulación de los servicios prestados por las empresas de telecomunicaciones.

Con el fin de dotarle de autonomía respecto de los poderes estatales y evitar intromisiones de orden político, “se consideró que el OSIPTEL no debía depender del presupuesto que el Poder Ejecutivo central podía asignarles, dado que ello podía generar interferencia y eventualmente un poder de coacción real contra el regulador si sus decisiones eran contrarias a las deseadas por el poder político” (Soto y Grández 2016: 175). Por ello, se originó el APR como una fuente de financiamiento que dotaba de autonomía y un instrumento para sustentar sus actividades.

Posteriormente, se fueron aprobando la creación de otros organismos reguladores de manera dispersa. La Superintendencia Nacional de Servicios y Saneamiento (“SUNASS”) en 1992, cuyo eje es la regulación de la prestación de servicios públicos de saneamiento. En 1996 el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, (“OSINERG”) y regulador en los sectores de energía. En 1998 el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (“OSITRAN”), para regular la explotación de la infraestructura de transporte público.

Estos organismos respondieron principalmente al objetivo de “garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras” (Velaochaga 2016: 246). De lo que se desprende que su importancia se concreta en el rol regulador de servicios públicos y actividades económicas que se desarrollan en condiciones poco competitivas. Esto es así debido a que, tanto los servicios

de telecomunicaciones, transporte, saneamiento y, electricidad, requieren de la utilización de redes e infraestructura para su desempeño. Lo que deriva en un mercado condicionado a su utilización, provocando un escenario poco competitivo por las limitaciones propias de las características de estos sistemas.

En ese escenario, surge la Ley Marco que regula a los organismos reguladores y unifica ciertas condiciones para su configuración como: su naturaleza, funciones, financiamiento, organización, régimen laboral, política remunerativa, entre otros. Específicamente sobre sus funciones, el artículo 3 de esta norma establece que los organismos reguladores ejercen función supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias y, de solución de reclamos. En este punto, la configuración de los cuatro (4) organismos reguladores resultaba aparentemente unificada y ciertamente clara.

Sin embargo, con posterioridad a la Ley Marco, se aprobó la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG. Esta norma estableció, a partir del año 2007, la transferencia de competencias en supervisión y fiscalización del sector minería del Ministerio de Energía y Minas (el “MINEM”) al OSINERG, tras lo cual pasó a denominarse Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (“OSINERGMIN”). Entonces, para efectos de entender esta transferencia, es preciso preguntarse por la necesidad de regular esta actividad económica y los factores que tomó en cuenta el legislador para efectos de determinar que esta actividad económica sea atendida por un organismo regulador.

iii) Regulación en minería

Mediante Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía, el año 1996 se creó el OSINERG, con la misión específica de regular, supervisar, y fiscalizar las actividades de los sectores de electricidad e hidrocarburos. Por ello, las funciones se escindieron de la competencia que originalmente tenía el MINEM y fueron transferidas a dicho organismo regulador. Las actividades desarrolladas por las empresas en los sectores de electricidad e hidrocarburos pasan a ser fiscalizadas desde 1996 por el OSINERG. Pero se reservan para el MINEM, algunas funciones como la normativa, que aún cumple respecto del sector energía.

En cuanto al sector minero, el MINEM, continuó conservando las funciones normativas, de supervisión, y fiscalización. La forma en la que ejerció las actividades de fiscalización fue evolucionando. Desde su ejecución precaria por la misma institución,⁴ la inclusión de empresas auditoras contratadas por las mismas empresas fiscalizadas y controladas mediatamente por el MINEM, hasta la contratación de fiscalizadores externos, cuyos costos eran solventados mediante el pago del Arancel de Fiscalización Minera (“AFM”), cobrado directamente a los titulares de los proyectos mineros.

El modelo de fiscalización fue cambiando en la búsqueda de elegir la mejor fórmula para compatibilizar el objetivo de verificar el cumplimiento de las obligaciones de los titulares de estas actividades y brindar a su vez condiciones ágiles para el desarrollo de las actividades mineras. Sin embargo, el cambio de un modelo a otro, no impidió que el incremento de la actividad minera en el país trajera como contrapeso el incremento de la conflictividad social. Permanecían latentes cuestiones importantes que invocaron la necesidad de promover la transferencia de competencias y justificaron la regulación de estas actividades.

- a) El impacto social y ambiental de la minería y la pretensión de autonomía en su fiscalización

Históricamente el Perú ha sido un país minero y su explotación siempre ha conllevado impactos ambientales y sociales. Con la liberalización de la economía en 1990 y el boom de los recursos naturales⁵ las inversiones mineras se fueron expandiendo con mayor fuerza. En la década de 1990-2000, se identifica un crecimiento de la economía peruana que alcanza los 44,5%, donde se ubica a la minería como una de las principales

⁴ La falta de recursos económicos y recursos humanos para llevar cabo las funciones de supervisión y fiscalización, prontamente derivaron en la necesidad de contar con un régimen que, sin desproteger la ejecución de estas funciones, sea eficiente en su ejecución, de modo que no impida el desarrollo en las actividades mineras y, consecuentemente agilice la inversión. Ver más en: Nuño de la Rosa, Virginia (2010). Sobre el traspaso de competencias de OSINERGMIN al OEFA. En POLITAI N° 1, págs. 51-62. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/13914/14537>

⁵ Se le denomina así al periodo de gran auge de explotación de los recursos naturales que atravesó el país. Ver: GRANADOS, Alba (2016). “La construcción de la fiscalización ambiental en un contexto adverso de boom de recursos naturales: el caso del OEFA”. Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7972/GRANADOS_AGUERO_ALBA_PAULA_CONSTRUCCION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

actividades que produjo la evolución del PBI peruano, representando un 78,6%⁶. En este contexto, se aprobó el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, la Ley General de Minería y su reglamento. Además, se crearon en 1994 el Consejo Nacional del Ambiente (“CONAM”) y, en 1996, el OSINERG.

Para el periodo 2000-2006, la minería desplazó al sector construcción como principal motor del crecimiento del PBI. En el año 2019, la producción minera representó cerca del 9.1% del PBI peruano.⁷ A setiembre del mismo año, conocíamos que existían diecisiete (17) regiones del país que contaban con por lo menos un (1) proyecto de construcción de mina.⁸ Estas cifras mostraron la importancia e impacto de las actividades mineras para el país, lo que gatilló el desarrollo de marcos normativos que regularan estas actividades. Con ello se pretendía asegurar estándares mínimos de protección a la seguridad, la salud y el ambiente y, tomaron especial relevancia las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental.

En esa línea, se reconoce como legítima la intervención del Estado mediante la regulación, siendo aún más necesaria que en otras industrias (Cairampoma 2014: 135-161). Esto es así, debido a que la complejidad que representa poner en operatividad un proyecto minero y el alcance de su impacto en el país, representa un alto riesgo y una especial importancia. Es así que la minería ha sido considerada como el sector más regulado (Huertas 2013: 103), en tanto es uno de los sectores económicos predominantes en la economía del país y uno de los más antiguos.

Sin perjuicio de su impacto positivo en la generación de empleo⁹ es cierto también que ha generado numerosos conflictos sociales en su implementación. De hecho, los

⁶ Para más detalle véase la información reportada por el CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO. Evolución Socioeconómica del Perú 1990-2010. Lima: 2011, pp. 9. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/997DD9A6365FC18805257D8F0061B2CC/\\$FILE/1_pd_fsam_evolucionsocioeconomicadelperu.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/997DD9A6365FC18805257D8F0061B2CC/$FILE/1_pd_fsam_evolucionsocioeconomicadelperu.pdf)

⁷ Para más detalle véase el Reporte anual realizado por el Ministerio de Energía y Minas. Estos datos fueron extraídos del reporte correspondiente a este año (2020). Anuario Minero, Ministerio de Energía y Minas, pp. 5 Recuperado de: <https://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/ANUARIOS/2019/AM2019.pdf>

⁸ La región con más cantidad de proyectos es Cajamarca, con seis (6) de ellos. Seguidamente se ubican Arequipa, Moquegua, Piura y Junín. Se tratan de proyectos que superan los cien millones de dólares de inversión, superando en algunos casos los mil millones de dólares. Ver más en: MINEM (2019). Cartera de Proyectos de Construcción de Mina. Lima: pp. 10-12. Recuperado de: http://mineria.minem.gob.pe/proyectos_mineros/proyectos-de-construccion-de-mina/

⁹ Las cifras del MINEM reportan que se estima que 2.5 millones de peruanos que residen cerca a los proyectos dependen de la minería de manera directa e indirecta. Citado en “El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz”. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 157. Recuperado de: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=13709

conflictos socioambientales delinearon el contexto para los cambios de modelo de fiscalización en minería. El cambio del modelo de consultoras fiscalizadoras contratadas por las empresas mineras al régimen de fiscalizadores externos en el año 2000, tuvo como detonante el derrame de mercurio del conocido caso Choropampa. El 6 de junio de ese año se aprobó la Ley N° 27474, que aprobó la Ley de Fiscalización de actividades mineras, y la creación de la figura de los fiscalizadores externos.

Posteriormente, se postuló la idea de separar las funciones de supervisión y fiscalización de las de promoción que ejercía del MINEM sobre el sector minero. Así se plantea la búsqueda de una institución distinta para estas funciones¹⁰ como antecedente para la transferencia de competencias hacia el OSINERGMIN. Se transfieren las competencias de fiscalización, supervisión y sanción del sector minería a una autoridad distinta con pretensiones de imparcialidad, autonomía y alta especialización para realizar sus actividades. Por lo que, si bien hasta este punto, los organismos reguladores se habían originado por la necesidad de regular los servicios públicos para garantizar estándares mínimos de calidad, el sector minero tuvo además un trasfondo socioambiental.

Pese a este cambio, el mismo año, la Defensoría del Pueblo reportó altas cifras de conflictos socioambientales latentes. Razón por la que recomendó la constitución de una institución ambiental, independiente, especializada y con el suficiente prestigio para poder hacer cumplir las normas que rigen a las actividades mineras.¹¹ Posteriormente, a propósito de la firma del Tratado de Libre Comercio (“TLC”) y la creación del MINAM, se asignó la función fiscalizadora y supervisora a un organismo especializado, nuevo, a salvo del desprestigio, y, con pretensiones de autonomía.

¹⁰ El planteamiento de la transferencia de funciones tuvo como antecedente el Acuerdo firmado por el Grupo de Diálogo sobre Minería y Desarrollo Sostenible “Por una minería con responsabilidad social y ambiental”. Según se explica, la necesidad de contar con una Autoridad Ambiental en minería y separada del sector que promueve su desarrollo respondía a una necesidad social y como respuesta a la alta conflictividad social generada por las actividades de este subsector. Al respecto véase GRUPO DE DIÁLOGO DE MINERÍA Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Propuesta de creación de una autoridad ambiental independiente para minería. Agosto. 2006.

¹¹ [Se requiere una] “(...) autoridad ambiental independiente de los ministerios que, por su ubicación en el Estado, tenga mayores posibilidades de ganar credibilidad en la población.” Informe Defensorial Extraordinario. Los conflictos socio ambientales por actividades extractivas en el Perú. Defensoría del Pueblo. 16 de abril de 2007. Citado en ALDANA, Martha, pp. 328. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy sociedad/article/view/12783/13340>.

Nótese que entre los factores del cambio de los modelos de fiscalización estaba la aspiración de contar con una institución de prestigio y una autonomía fortalecida, frente a la desconfianza que generó en la población el rol del MINEM. Es así que, primero, se optó por un modelo de fiscalización ambiental en minería financiado por las empresas mineras, con fiscalizadores externos monitoreados por el MINEM. Después, se transfirió esta competencia a un organismo regulador que, al estar desvinculado de los Ministerios, están dotados del máximo grado de autonomía funcional en aras de asegurar una neutralidad política (Danós 2011: 6-8). Finalmente, ante la coyuntura social y política, se optó por transferirlas al OEFA, lo que consecuentemente derivó también en la transferencia del instrumento de regulación y financiamiento empleado, el APR.

b) Sobre la regulación social en minería

Ahora bien, la justificación para intervenir en este sector económico no sólo debe comprenderse en el contexto de su impacto social y político. Debe entenderse, sobre todo, en razón de las fallas de mercado que estas actividades conllevan y, la protección del ambiente como bien constitucional que requiere de la intervención estatal. Esto debido a, estos impactos generan un alto costo que incide sobre el ambiente, que es asumido por la sociedad en general.

En este punto es importante mencionar que las fallas de mercado comprenden, entre otros, el abuso de poder del mercado en monopolios naturales, las barreras de entrada, la asimetría de información y, las externalidades. Cada una de ellas amerita la aplicación de una medida que pueda atender a los problemas particulares que presentan. En ese marco, tradicionalmente se ha establecido una distinción entre una regulación social y una regulación económica.¹²

La regulación económica sustituye las condiciones de funcionamiento de los mercados (De la Cruz 2002:140). Esta definición, también conocida como “regulación en sentido estricto” (Esteve Pardo:14-15), se configura como una intervención estatal sobre un

¹² Esta clasificación ha sido discutida bajo el fundamento de que toda regulación tiene un trasfondo económico y social. Ver más en HUAPAYA (2010) “Algunos Apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. En *Ius Et Veritas*. Lima, 40, pp. 312. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157/12722>. Sin embargo, a efectos de conservar un orden, optaremos por continuar con esta clasificación.

mercado con “defectos congénitos en su estructuración o funcionamiento, motivo por el cual se emplean instrumentos que buscan en principio “sustituir” la competencia, como por ejemplo pasa en la regulación de tarifas propia del régimen de control de los monopolios naturales en los servicios públicos” (Huapaya 2010: 40). La regulación social, por su parte, tiene su justificación en la intervención del Estado para asegurar un equilibrio entre los derechos privados e intereses públicos (o bienes) de la colectividad, llámese sanidad, seguridad alimentaria, protección al consumidor, ambiente, entre otros, frente a fallas de mercado.

Las externalidades negativas constituyen una falla de mercado y como tales, deben ser solucionadas por intervención pública a efectos de conducir las actividades privadas hacia la realización de un mercado eficiente y en armonía con el interés general. Por ello, la intervención reguladora en estos casos es aceptada de manera uniforme fundamentando su existencia en que el precio de un determinado bien no representa realmente el costo de su producción para la sociedad.¹³ Ese costo, sería asumido por un tercero, en este caso la sociedad en general, configurando una externalidad negativa.

El caso de los impactos al ambiente generado por actividades de gran envergadura como la minería, es uno de estos ejemplos. Para ello, se ha justificado la regulación de este tipo de actividades bajo el fundamento de las externalidades negativas que producen. En esa línea, se comprende la necesidad de regular estos aspectos a efectos de lograr un equilibrio en el mercado y proteger los derechos de la sociedad en general.

La lógica detrás encontraría sustento en la necesidad de “conciliar los intereses económicos de los agentes económicos involucrados en la prestación de determinados servicios o venta de determinados productos en relación con el resto de la sociedad.” (Huapaya 2010: 330). Por lo que, en atención a esta situación surge la importancia de contar con regulación social. Concepto que, tal como referimos, se refiere a la regulación estatal para controlar y solucionar las fallas de mercado presentes en ciertos bienes colectivos como la salud, el ambiente, seguridad, etc.

¹³ En el mismo sentido son definidas tanto por Baldwin Robert & Cave Martin en Entendiendo la Regulación - Teoría estratégica y práctica, pp. 4 y por S. Breyer en “Justificaciones Típicas para la Regulación” – (s.f.).

Asimismo, también se reconoció la importancia de contar con organismos reguladores en sectores con características particulares como: la rápida evolución tecnológica y dependencia del mercado internacional y, para asegurar la protección de los derechos de las personas en materia ambiental.¹⁴ Es así que, respecto a ciertos bienes constitucionales como el ambiente, reconocido como un derecho fundamental,¹⁵ resulta necesaria la intervención estatal. A este respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 0034-2004-PI/TC, fundamento 33, se estableció:

“[E]l Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares, a fin de garantizar bienes constitucionales que pueden ponerse en riesgo por las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción en tanto actividad y/o protección del grupo menos favorecido”

Así, la protección de ciertos bienes constitucionales, se establece como una justificación de la intervención estatal en la actividad económica. Frente a las imperfecciones del mercado, resulta necesaria la participación del Estado como un garante en favor de la protección de bienes colectivos, como el ambiente, que se ven afectados por las acciones de particulares que pueden no tener el interés en ejercer la protección y cuidado sobre él. Por lo que, al configurarse como un deber del Estado, resulta necesaria y oportuna su intervención.

3.1.1 La naturaleza reguladora del OEFA

i) *Sobre el OEFA*

El organismo creado para la fiscalización ambiental, es el OEFA. Su creación, fue realizada en el marco de las obligaciones establecidas por el TLC respecto de la modificación o adaptación de sus leyes y políticas ambientales para asegurar una alta protección ambiental, el compromiso de seguir mejorando sus niveles de protección

¹⁴ BANCO MUNDIAL (Informe anual 2001 del BM). Citado en “El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz”. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 165. Recuperado de: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=13709

¹⁵ Artículo 2°.- *Toda persona tiene derecho:*

22. *A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.*

ambiental,¹⁶ y no debilitar o reducir la legislación en protección ambiental, la lucha contra la tala ilegal y, la promoción del rescate de especies biológicas en peligro.¹⁷ En ese escenario, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1013, que creó el MINAM y el OEFA.

El OEFA, fue creado en el año 2008 como un organismo público técnico especializado, adscrito al MINAM y encargado de la fiscalización en materia ambiental. Al año siguiente, mediante Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), es nombrado como ente rector del SINEFA, a la cabeza de las actividades del sistema de fiscalización ambiental, que comprende a las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA).

Asimismo, mediante esta Ley se estableció que las funciones del OEFA comprenden la evaluación, supervisión, fiscalización, sanción y, aplicación de incentivos para asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental, los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental por los titulares de proyectos de inversión bajo su competencia, y, demás disposiciones emitidas por el OEFA. En ese sentido, el OEFA realiza fiscalización ambiental sobre los EFA, en tanto rector del SINEFA, y los administrados de los sectores que le han sido transferidos.

Tras su creación, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se inició la transferencia de competencias respecto de los subsectores de energía y minas del OSINERGMIN al OEFA. Lo que trajo consigo la constitución del APR como fuente de financiamiento del OEFA. Mediante la Ley N° 29551, Ley de Presupuesto del Sector público para el año fiscal 2013, se estableció que el OEFA debía percibir este tributo para sostener las actividades que realiza en minería y energía. Lo que se ratificó posteriormente mediante la Ley N° 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y la Ley de presupuesto del año 2014.

De lo que se deriva otro asunto que es materia de controversia. El hecho de que el OEFA perciba un APR, creado para sostener las actividades de los organismos reguladores, sin ser un organismo regulador. El cuestionamiento que realiza Minera Cerro Verde respecto del APR del OEFA, se basa en que la naturaleza del OEFA no es la de un organismo

¹⁶ Artículo 18.1 del Capítulo Dieciocho del TLC.

¹⁷ Artículo 18.3 del Capítulo Dieciocho del TLC.

regulador. Por lo que no puede ser acreedor de este tributo creado específicamente para este tipo de organismos, ya que el OEFA no tiene por finalidad solucionar fallas de mercado, ni regular la prestación de servicios públicos. (Sentencia del Expediente N° 5410-2015-PA/TC: párrafo 18).

ii) *La función reguladora del OEFA en el sector minero*

El OSINERGMIN, forma parte de los cuatro (4) organismos reguladores y se ha diseñado su funcionamiento en base a esa categoría. Por otra parte, el OEFA, no tiene esta denominación. Como hemos señalado, su creación se dio en el marco de la firma del TLC y el alto índice de conflictos sociales que imperaba en el boom de recursos naturales. Por lo que su origen obedeció a la búsqueda de una autoridad ambiental especializada y separada del sector que fomentaba las actividades mineras, eje central del asunto.

Sin perjuicio de que el OEFA, no conserva la denominación de organismo regulador, es conveniente cuestionarnos si resulta necesario ostentar la naturaleza de un organismo regulador en aras de percibir el APR como fuente de financiamiento. La Sentencia materia de análisis no ha hecho énfasis en el análisis que permita definir si es indispensable contar con esa característica para percibir el APR. Asimismo, delinearemos la naturaleza regulatoria del OEFA que fundamenta la constitución del APR como instrumento de regulación.

a) ¿Se debe ser regulador para ser acreedor del APR?

Al respecto, coincidimos con la postura que defiende que no es necesario ser un regulador para percibir el APR. Este es el caso del MINEM que, sin ser un organismo regulador, percibe un aporte para financiar las actividades que realiza sobre el sector energía. Es así que el MINEM, pese a ser un Ministerio, ha sido considerado por el legislador como acreedor de este tributo, lo que no genera se trate de un organismo regulador (DAR 2017: 7). Esto es fundamentado por lo dispuesto por el Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas, posteriormente modificado por la Ley N° 29178, que fijó el aporte que debían pagar los concesionarios de generación, transmisión y distribución de electricidad en favor de los organismos normativos y reguladores. En la misma línea se cita el caso del aporte para el sector hidrocarburos.

Bajo esa premisa, podría deducirse que no es necesario ser un organismo regulador para percibir el APR. Sin embargo, es necesario tener cuidado con esta afirmación, pues bajo esa premisa se percibe una concepción muy amplia de quien pueda percibir el APR, habilitando la posibilidad de que cualquier entidad recurra a elaborar motivos para justificar esta fuente de financiamiento en su favor. Por lo que creemos que resulta necesario hacer la precisión de que la aceptación del OEFA como acreedor del APR tiene como premisa, además de la Ley que lo habilita, una sucesión normativa, y el fundamento de la regulación social estatal en la actividad minera.

El OEFA es un organismo que recibió las competencias en materia de supervisión y fiscalización ambiental en energía y minería. Dos sectores que, por las características señaladas anteriormente, se consideró necesario regular. Bajo ese esquema, el legislador consideró conveniente que en tanto las funciones de supervisión fueron transferidas, el sustento para poder llevarlas a cabo debía ser también transferido, en aras de la autonomía pretendida. Siempre en cumplimiento de los principios constitucionales que se deben cumplir, en tanto tributo. Por lo que, siempre que se cumplan los parámetros señalados, creemos que el *nomen iuris* no limita al OEFA de percibir el APR como fuente de financiamiento para sus actividades.

b) Sobre la calidad de regulador del OEFA

En conexión con lo anterior, es preciso tener en cuenta que el APR en favor del OEFA no sólo se cuestiona por no estar comprendido dentro del alcance de los organismos reguladores establecidos por la Ley Marco, sino porque el OEFA no regularía fallas de mercado, ni tampoco servicios públicos. Sobre este punto, los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada han manifestado mediante su voto singular en la Sentencia materia de análisis que “El aporte por regulación de la Ley 27332 correspondía – y corresponde – a los organismos reguladores de servicios públicos, que ella enumera taxativamente: Osiptel, Osinerg, Ositrán y Sunass. La OEFA no es uno de ellos, ya que la minería no es un servicio público.” (Sentencia del Expediente N 05410-2015-PA/TC).

Sobre este punto, hemos ya definido que el APR del OEFA no se restringe al *nomen iuris*. Asimismo, tal como lo hemos señalado anteriormente, el APR se fundamenta en la

regulación social que realiza el OEFA sobre el sector minero. En concreto, sobre las externalidades de la actividad minera en desmedro del ambiente. En tanto dichas actividades fueron derivadas al OEFA, resulta lógico sostener que, transferida la actividad estatal que justifica la creación de un tributo de tipo contribución, se transfiera con ella la fuente de financiamiento en obediencia a esta estrecha relación que permite seguir sosteniendo su constitución como tributo vinculado (Guzmán 2014: 110). Es decir, la sucesión normativa habilitó este escenario.

Por ello, no resulta cierta la afirmación de que el OEFA no debe percibir el APR en tanto no regula fallas de mercado, ni servicios públicos, pues como hemos fundamentado en la sección correspondiente, la regulación en minería no se basa en la naturaleza de un servicio público. La intervención en esta actividad se justifica por ser una actividad de alto riesgo, que genera externalidades negativas sobre un bien constitucional, como el ambiente.

Por lo que, coincidimos con lo expuesto por la Sentencia cuando señala que debido a que desde 2010 el OEFA “es el organismo público encargado de las labores de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, y ya no más el Osinergmin, con lo cual, el OEFA es el encargado de solucionar las fallas y problemas que surgen o pudieran surgir de manera preventiva y posterior respecto de temas medio ambientales originados en los sectores de energía y minería” (Sentencia N° 5410-2015, párrafo 27). Es así que, en tanto el OSINERGMIN ha transferido al OEFA la facultad de realizar regulación social sobre los sectores de minería y energía, dotando de continuidad a estas funciones, es lógico que la estructura de su financiamiento siga el mismo destino.

Esto debe ser también entendido sobre la base de un principio ambiental conocido como el principio de internalización de costos.¹⁸ Debido a que el OEFA desarrolla una tarea constante que disuade a los titulares de proyectos del incumplimiento de las normas y compromisos socioambientales. Se les exige velar por la prevención de cualquier actividad que ponga en riesgo el ambiente y, de hacerlo, asumir el costo de los riesgos y

¹⁸ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente

Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos: Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

El costo de las 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 los causantes de dichos impactos.

daños generados mediante las medidas o sanciones dictadas por la Autoridad ambiental. De esa forma práctica, las externalidades negativas que generan estas actividades pueden ser asumidas por quienes las generan y/o guardar un efecto disuasorio, generando que estas fallas de mercado pueden ser corregidas.

Como contraparte, la intervención del OEFA en la fiscalización ambiental, conlleva a generar beneficios a los particulares. Por un lado, evita la competencia desleal, expresada como una de las ventajas que brinda el OEFA a los particulares,¹⁹ pues permite que todos los administrados bajo su competencia cumplan con sus obligaciones, de modo que no existan titulares que busquen un beneficio ilícito al no cumplirlas. Asimismo, permite extender una confianza a las poblaciones involucradas en el proyecto. Esta sensación generada, puede agilizar la etapa de implementación de los proyectos y demás funciones que involucran la vida operativa de las actividades. Ambos aspectos los analizaremos más adelante.

Es así que vemos que tras la creación del OEFA, existen ciertas ventajas concedidas a cada una de las partes. Por un lado, la población que cuenta con una autoridad de prestigio y especializada, con las funciones necesarias para brindar el soporte a las obligaciones encargadas a los titulares de los proyectos de inversión. Por otro lado, los titulares de proyectos de inversión minera que cuentan con un mecanismo para promover un mercado más eficiente. Además de las facilidades que ofrece el rol supervisor y fiscalizador del OEFA para apaciguar los conflictos sociales; y, la garantía de contar con un organismo autónomo y, por ende, sin intervenciones políticas que vigile el cumplimiento de las obligaciones ambientales.

Pese a cumplir un rol autónomo y contar con una organización similar, el OEFA no es un organismo regulador en el sentido nominal de la palabra, aunque en la práctica realice regulación social. Pero es justamente en este aspecto, y en los demás que hemos venido analizando, en que se fundamenta el APR en favor del OEFA. Sin perjuicio de ello, es preciso indicar que aún existen cuestiones pendientes que debemos determinar para efectos de establecer la constitucionalidad de este tributo en favor del OEFA.

¹⁹ En *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz: Reconocimiento Normativo de su condición de acreedor tributario*. Lima: OEFA, pp 122. Recuperado de: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=13709

3.3 Capítulo 2: ¿La disposición que establece el APR a favor del OEFA vulnera los principios de reserva de ley y no confiscatoriedad?

3.3.1 Determinación de la naturaleza jurídica del APR en favor del OEFA

En el capítulo anterior, vimos las particularidades que definen al OEFA y caracterizan su función de regulación social. De ese modo, se demostró que en base a ese perfil y las actividades que realiza, se justifica el destino de los APR. Establecida esa relación, es preciso analizar ahora si el APR, configurado para posibilitar la concreción de las funciones que despliega el OEFA sobre los administrados bajo su competencia, es constitucional con arreglo a los principios tributarios cuestionados, y, por ende, es legítimo solicitar su cobro.

Sobre el particular, la potestad tributaria del Estado es delineada bajo los alcances del artículo 74 de la Constitución Política del Perú (la “Constitución”) como la facultad para crear, modificar o derogar tributos. En tanto, no es una facultad ilimitada, su ejercicio debe concretarse en el respeto a los principios constitucionales establecidos en esta materia. En ese sentido, la facultad estatal para crear tributos debe resultar excepcional, fundamentada y, debe regirse al estricto respeto a los principios constitucionales tributarios, debido a la afectación al derecho fundamental a la propiedad que implica su constitución.

Al respecto, el APR establecido por la Ley Marco, es un tributo de tipo contribución.²⁰ Según la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario este tipo de tributo es aquel “cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales”. En ese marco, la doctrina señala que la contribución es “un tributo «vinculado» porque se asocia en su generación a una actividad estatal -actuación u obra pública-, que a la par que produce beneficios generales a toda la colectividad, genera «beneficios diferenciales» a cierto número de sujetos dentro de dicha colectividad” (Sotelo 2007: 202).

²⁰ Al respecto, véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 3303-2003-AA/TC de fecha 28 de junio de 2004 y N° 1520-2004-AA/TC de fecha 9 de diciembre de 2005 y, la Resolución de Tribunal Fiscal N° 416-1-2009, de fecha 15 de enero de 2009.

En el mismo sentido, algunas sentencias del TC lo han definido como “el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, los que pueden ser directos como indirectos.”²¹ Es así que, el tributo de tipo contribución, debe encontrar justificada su creación en una actividad estatal que genera un beneficio a favor de un número individualizado de sujetos. Por ese motivo, se le reconoce como un tributo vinculado.

En atención a estos alcances, el APR es definido como una contribución cuya creación se justifica en las actividades estatales de fiscalización ambiental que realiza el OEFA sobre los titulares de proyectos de energía y minería del régimen general. Los cuales en correlación con este deber reciben beneficios para un mejor funcionamiento de sus operaciones. Estos beneficios pueden resumirse en el ahorro de costos de transacción, y la prevención de un mercado con competencia desleal, los cuales explicaremos con más detalle, más adelante.

Pese a ello, si bien este concepto puede darse por definido, aún existen opiniones encontradas que señalan que este tipo de tributo no respondería a una contribución, sino más bien a la naturaleza de un impuesto (Bullard y Zumaeta 2015: 253). Para objetar la construcción del APR como una contribución, se tiene como fundamento principal que no existiría algún beneficio diferencial derivado de las funciones que realiza el OEFA y que el cobro del APR excedería el costo de la actividad estatal, tomando la naturaleza más bien de un impuesto encubierto.

Por ello, considerando estos cuestionamientos, y que la Sentencia que estamos analizando se enfoca también en determinar si hubo una vulneración a algún principio constitucional tributario, vamos a determinar si se cumplieron los principios constitucionales tributarios para su creación y, en paralelo desarrollaremos las principales aristas que configuran al APR como una contribución. Sin perjuicio de ello, previamente revisaremos por qué este tributo no podría tener la naturaleza de tasa o impuesto.

Habíamos referido que el APR fue creado bajo la naturaleza de un tributo de tipo contribución. Sin embargo, el Código Tributario regula dos tipos de tributos adicionales:

²¹ Véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 03559-2015-AA, de fecha 21 de enero de 2020 y, 05410-2015-AA, de fecha 15 de agosto de 2019.

el impuesto y la tasa. Sobre el primero de ellos, Bullard y Zumaeta sostienen que esta sería la verdadera naturaleza del APR, en el sentido en que no existiría un beneficio diferencial que se produzca como resultado de las acciones de supervisión y fiscalización del OEFA a favor de los titulares de proyectos mineros y energéticos. Por el contrario, pareciera que generan costos en contra de estos titulares (2015: 248).

En el mismo sentido, otros autores también han señalado que dichos costos son generados a partir de las sanciones que impone OEFA y que, lejos de que el cobro del APR constituya la internalización de un beneficio generado en favor de los titulares de estos proyectos, concreta un pago adicional al pago de las multas originadas como consecuencia de las sanciones dictadas por OEFA en el marco de sus funciones. Por lo que quienes se benefician con estas acciones en realidad, no serían las empresas bajo su competencia, sino la ciudadanía mediante la internalización de las externalidades que provocan estas actividades. En ese sentido, la ciudadanía beneficiada con las acciones de esta entidad debería asumir ese costo bajo la naturaleza de un impuesto (López y Ferreyros 2019: 115).

Al respecto, sostenemos que no es posible considerar al APR como un impuesto, porque significaría ignorar su relación de vinculación con las actividades del OEFA y, el subsecuente beneficio generado a las empresas comprendidas bajo su competencia. Sobre este punto, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00416-1-2009, refirió respecto al APR percibido por el OSINERGMIN, que el APR tiene la naturaleza de una contribución. Explica que su naturaleza de tributo vinculado se justifica por los beneficios que trae al mercado la ejecución de las actividades estatales de supervisión, regulación y, fiscalización de estos organismos. Este beneficio se concreta en el ahorro de costos de transacción y la promoción de la competencia.

En la misma línea, tal como afirman Soto y Grández, negar que el aporte constituye un tributo que grava la renta de las empresas que pagan el APR, implicaría la relación de los ingresos brutos y el pago del APR. Lo que permitiría deducir una naturaleza de impuesto. Sin embargo, al margen de esa progresividad, lo importante es esa relación concreta del Estado a favor de los contribuyentes, que existe en el APR, y no existe en los impuestos (2016: 179). Por lo que es preciso atravesar la superficialidad de lo que la norma parece proponer y, en su lugar, analizar lo determinante: las actividades estatales desplegadas en

favor de las empresas mineras y el beneficio diferencial que se produce y, que amerita el cobro del APR. Cuestiones que ampliaremos más adelante.

Por otra parte, si bien los argumentos en contra empleados por Minera Cerro Verde, no se han referido al APR como una tasa, es importante referirnos a esta cuestión en tanto se la compara con el AFM. El APR, a diferencia del AFM, no ha sido diseñado para costear un servicio individualizado. Esto es así porque el APR no está dirigido a financiar actividades puntuales realizadas por el OEFA respecto de cada uno de las empresas mineras bajo su competencia, sino una función más compleja. Sobre este punto volveremos más adelante. Sin perjuicio de ello, debido a lo importante de establecer si la contribución es la naturaleza correcta atribuida al APR, analizaremos el cumplimiento de los principios tributarios para evaluar las características que lo definen y, al mismo tiempo definir la constitucionalidad de su establecimiento en favor del OEFA.

3.3.2 ¿El Decreto Supremo No. 130-2013-PCM ha creado un nuevo tributo denominado APR en favor del OEFA, distinto al creado por el artículo 10 de la Ley 27332, de tal manera que se ha vulnerado el principio de reserva de ley?

Como habíamos mencionado, la creación de tributos debe cumplir los principios tributarios establecidos por el marco constitucional. En ese sentido, el artículo 74 de la Constitución, que regula estos alcances establece:

"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. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y _suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio."

De este apartado constitucional, se desprenden que la creación de todo tributo debe responder a los principios de reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y, respeto de los derechos fundamentales de la persona. Para estos efectos, nos enfocaremos principalmente en los principios de reserva de ley y no confiscatoriedad, que fueron cuestionados en el marco de la sentencia materia de análisis de este Informe. Sin perjuicio

de ello, complementaremos su estudio con el principio de legalidad, que a continuación analizaremos a efectos de determinar su cumplimiento en la creación del APR, y a su vez caracterizar este tributo con el fin de comprobar la asignación del tributo tipo contribución.

El principio de reserva de Ley es recogido también en la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, que establece que solo a través de una norma con rango de Ley se pueden crear tributos: “Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede crear, modificar y suprimir tributos, señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota, el acreedor tributario, el deudor tributario y el agente de retención o percepción”. Al igual, que la norma constitucional, este apartado señala que la potestad tributaria de crear tributos está reservada a la Ley.

Asimismo, el fundamento 10 de la sentencia del TC recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI/TC, ha establecido que: “El principio de reserva de ley significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración - entre otros- de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley. Este principio tiene como fundamento la fórmula histórica "no taxation without representation"; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir.” En ese sentido, cualquier disposición reglamentaria o norma de naturaleza inferior que establezca la creación de una contribución, por ejemplo, derivaría en la vulneración de este principio.

No obstante, la reserva de ley no implica que necesariamente todos los elementos deban ser fijados en la ley, de modo que nunca puedan existir remisiones al reglamento. De hecho, el TC ha establecido mediante sentencia del caso British American Tobacco recaído en el Expediente N° 2762-2002-AA/TC, que la reserva de ley en materia tributaria es relativa, salvo el caso referido a las restricciones al gasto público, del artículo 79 de la Constitución (fundamentos 6 y 7).

El TC reconoce que, si bien lo deseable es que todos los elementos del tributo se encuentren regulados en la ley, es posible admitir ciertas remisiones al reglamento. Bajo ese alcance, en la sentencia del caso Dura Gas S.A. recaído en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC se estableció:

“Como quiera que el artículo 10° de la Ley N.º 27332 creó el aporte de manera general para los distintos organismos reguladores, puede entenderse la razón por la cual mediante una norma reglamentaria se especificaron los sujetos pasivos correspondientes a cada organismo regulador en concreto. Ello, sin embargo, es preocupante, pues el uso de esta técnica legal para la determinación de tributos puede poner en riesgo el propio principio de legalidad” (fundamento 10).

De lo que se desprende que la remisión de los elementos del tributo al reglamento cumple con el principio de reserva de ley siempre que la ley establezca los parámetros mínimos y la regulación se realice sobre la base de esos límites. Esto, tal como lo explica el TC, se debería a la mayor precisión que es posible dar al APR para su aplicación mediante el reglamento, mas no por la ley, pues ésta pretende más generalidad al contemplar elementos aplicables a diversos reguladores. Lo que, en paralelo, se explica cuando recordamos que uno de los fundamentos de la potestad reglamentaria está referido a la técnica legislativa, pues en determinadas materias resulta más propio que los reglamentos sean los que regulen las especificidades, debido la necesidad de contar con contenido técnico (Gamero 2014, 89). Por lo que, en tanto los elementos esenciales del tributo se hallen en la ley, no debería existir vulneración del principio de reserva de ley, en caso de remisión.

En ese sentido, ¿cuáles deberían ser los elementos mínimos fijados por la ley en aras de permitir una correcta remisión al reglamento? Las sentencias de los Expedientes del TC N° 2762-2002-AA, y 3303-2003-AA, determinan que, para cumplir con este principio, la ley que crea el tributo debe determinar los principales elementos del hecho imponible. Es decir, comprender mínimamente el sujeto acreedor y deudor del tributo, la descripción del hecho gravado, el momento del nacimiento de la obligación tributaria y el lugar del acaecimiento y, la alícuota con “un mínimo de concreción”.

Partiendo de esa base conceptual, nos preguntamos si el artículo 10 de la Ley Marco, que regula el APR como fuente de financiamiento de los organismos reguladores, cumple con establecer los parámetros mínimos para la creación de este tributo, de modo que no se haya vulnerado el principio de reserva de ley. Al respecto, dicho artículo regula:

“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.”

Bajo ese alcance, estos son los elementos que la norma ha dispuesto regular bajo la figura de la remisión:

- **Hecho generador:** la actividad estatal en favor del titular del proyecto. Es decir, las actividades de supervisión y fiscalización.
- **Acreedor tributario:** Organismos reguladores.
- **Contribuyente o deudor tributario:** Las empresas y entidades bajo competencia de supervisión y fiscalización del regulador.
- **Base imponible:** La facturación anual de las empresas.
- **Alícuota:** Un porcentaje que no puede ser superior al 1% de dicha facturación. La determinación de la alícuota se realiza mediante decreto supremo.

Sobre la base de estos elementos regulados, es necesario analizar si la norma que dispone la implementación del APR en favor del OEFA ha vulnerado efectivamente el principio de reserva de ley. Como se observa, algunos aspectos se han determinado expresamente por el artículo 10 de la Ley Marco. El hecho generador se encuentra consignado por la función de supervisión y fiscalización realizada por los organismos reguladores. Asimismo, el acreedor tributario es el organismo regulador. Este es uno de los puntos principales que se cuestiona en la Sentencia materia de análisis en este informe. Sobre los otros elementos, referidos al sujeto pasivo y la alícuota, el TC ha establecido la posibilidad de determinarlo mediante remisión habilitada por la Ley Marco.²² Ambas cuestiones las analizaremos más adelante. Establecidos los elementos del tributo, veamos la primera controversia que se presenta respecto al acreedor tributario.

²² Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 28 de junio de 2004, recaída en el expediente 03303-2003-AA/TC y, la sentencia de fecha 19 de abril de 2004, recaída en el expediente 2058-2003-AA/TC.

Minera Cerro Verde solicitó en este caso la inaplicación del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM en tanto se trataría de un decreto supremo creando un nuevo tributo a favor del OEFA, distinto al APR establecido por el artículo 10 de la Ley Marco. Es decir, se habría excedido lo establecido en la Ley Marco, pues no se contemplaba al OEFA como acreedor tributario y, por ende, se habría creado por decreto supremo un nuevo tributo, vulnerando el principio de reserva de ley.

El acreedor tributario es uno de los aspectos quizá más controversiales que debemos analizar en este caso, pues corresponde determinar si el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, que dispone el cobro del APR de las empresas mineras y energéticas bajo la competencia del OEFA: i) habría creado un tributo distinto al regulado por la Ley Marco o, ii) si únicamente ha especificado los alcances de lo que establece la Ley Marco respecto de los acreedores tributarios.

Si bien la Ley Marco establece que los acreedores tributarios son los organismos reguladores, también establece que el hecho generador que sustenta la creación del tributo son las actividades regulatorias que sustentan su creación. Al respecto, hemos verificado en el capítulo anterior que, no se requiere contar con el *nomen iuris* de organismos regulador para percibir el APR y, también que el OEFA realiza regulación social de las actividades mineras, transferido del OSINERGMIN, lo que resulta determinante para efectos de analizar este tributo.

En esa línea, en tanto el OEFA ha adquirido las funciones de fiscalización ambiental minera resulta coherente que, bajo la lógica de la contribución, transferidas las actividades estatales, el APR siga su destino. Pues, “sería cuestionable que el OSINERGMIN recaude un aporte por actividades que no le corresponden, sino que son del OEFA” (Picón 2014: 64). En ese sentido, debido a su naturaleza de tributo vinculado, lo coherente es que, si la fiscalización ambiental en minería es ahora ejercida por el OEFA, el APR sea cobrado por ella, pues se creación se basa en sustentar el costo de esa actividad. Por lo que no existiría vulneración del principio de reserva de ley, en tanto no se ha creado o regulado un supuesto distinto al determinado por la Ley Marco.

En esa misma línea, la Sentencia materia de análisis realiza un recuento de las normas que sustentan el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, pese a que estas no han sido

cuestionadas directamente. Para efectos de determinar si efectivamente se ha creado un nuevo APR que nos indique que se ha excedido lo establecido por la Ley Marco. En este punto también coincidimos con el fallo del TC en que el bloque de leyes que establecieron el APR en favor del OEFA no crearon un tributo distinto, sino que precisaron los alcances del APR regulado en la Ley Marco.

Es así que, con la creación del OEFA en 2008 y luego de la transferencia de funciones del OSINERGMIN, se precisaron las siguientes leyes para efectos de cumplir con dotar de coherencia a la naturaleza de tributo vinculado del APR. En ese sentido, estas son las leyes que no fueron objeto de cuestionamiento por Minera Cerro Verde en el caso de la Sentencia materia de análisis y que, sin embargo, precisan la Ley Marco y respaldan la aprobación del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM:

Fecha	Norma y artículo referido al APR
4 de diciembre de 2012	<p>Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013</p> <p>CUADRAGÉSIMA OCTAVA. A partir de la vigencia de la presente ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin).</p>
16 de abril de 2013	<p>Ley N° 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental</p> <p>TERCERA. Las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación establecido en la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Dichos recursos constituyen ingresos propios de esta entidad, los cuales son incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.</p>
2 de diciembre de 2013	<p>Ley 30115, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año 2014</p> <p>SEXTA. Autorízase, de manera excepcional, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la utilización de recursos provenientes del aporte a que se refiere la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y la tercera disposición</p>

	<p>complementaria final de la Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, para financiar actividades de sostenimiento institucional durante el Año Fiscal 2014.</p> <p>Asimismo, autorízase al OEFA, durante el Año Fiscal 2014, a efectuar transferencias financieras a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos, con cargo a la fuente de financiamiento recursos directamente recaudados, mediante resolución del titular del pliego, para la continuidad de la gestión ambiental y de la conservación del ambiente, propiciando el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica, las áreas naturales protegidas, el desarrollo sostenible de la Amazonía, y otras acciones de carácter ambiental propias del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos.</p>
4 de diciembre de 2014	<p>Ley 30282, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público</p> <p>OCTAVA. Precísase que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es acreedor tributario del Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, por parte de los sectores energía y minería que se encuentran bajo su ámbito de competencia.</p> <p>El porcentaje del aporte que le corresponde al OEFA, sumado al porcentaje del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y; en su caso, a la contribución que percibe el Ministerio de Energía y Minas, no puede exceder el 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual de las empresas y entidades obligadas a su pago, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.</p>

Como se muestra, todas estas son leyes del Congreso. Lo que evidencia la voluntad del legislador de establecer el destino del APR en los sectores minero y energético bajo competencia del OEFA. No constituyen una expresión de la potestad tributaria para crear tributos, sino que precisan lo establecido en la Ley Marco. De esa forma, lo que hacen es enunciar la fuente del financiamiento direccionando su origen a la Ley Marco. Esto obedece a la sucesión normativa que ya habíamos mostrado del OSINERGMIN al OEFA (GÓMEZ, ALBAREDA y SOTELO 2014:144). Se pretendió mediante estas normas, dotar de sentido al APR, redirigiendo a las empresas correspondientes hacia la institución que brinda las actuaciones estatales que les generan los beneficios diferenciales y, resguardando la coherencia del APR como tributo vinculado.

Es decir que, en la medida en que las actividades de fiscalización ambiental de los administrados del sector energía y minas que se encontraban bajo competencia del

OSINERGMIN fueron transferidas al OEFA, la estructura del financiamiento y toda la lógica de su operatividad siguió el mismo camino. Para que esto no sea inferido, sino que exista un mandato expreso, se aprobó el bloque de normas referido anteriormente y que juega un rol interpretativo, y no creador del APR en favor del OEFA.

Según lo expuesto por el TC, en la fundamentos jurídicos 20 al 23 de la Sentencia de fecha 16 de mayo del 2007, recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC, para determinar si nos encontramos ante una norma interpretativa, se deben cumplir tres (3) criterios: i) Deben referirse expresamente a una norma legal anterior, ii) Deben fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior, iii) No deben agregarle a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material.

Como hemos visto todas estas normas hacen referencia al artículo 10 de la Ley Marco, salvo la Ley 30115, que cumple un rol reiterativo de lo establecido en las otras normas. En este extremo, lo que hacen estas normas únicamente es precisar que el OEFA, en tanto es ahora el organismo que despliega las actividades estatales que justifican la creación del APR, es el acreedor tributario, interpretando como ya lo hemos mencionado reiteradamente, que no debemos quedarnos en el *nomen iuris*, sino ir al origen de su creación y la lógica que justifica a este tributo.

Esto, cabe resaltar, no es producto de una inferencia, se encuentra expresamente en estas leyes en tanto existe una conexión entre las leyes que regulan el APR del OEFA y su remisión a la Ley Marco. De hecho, la Ley 30282, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público utiliza al iniciar su interpretación uno de los términos que el TC refiere como de carácter interpretativo: “Precísase que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es acreedor tributario del Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332.”²³

²³ En el mismo sentido, véase el Informe Amicus Curiae presentado por la ONG Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, con fecha 4 de agosto de 2017 ante el Tribunal Constitucional respecto del expediente 2168-2016-AA.

En segundo lugar, el único sentido interpretable a partir de la Ley Marco es fijado por estas normas. Ese sentido es el que indica que el acreedor tributario del APR que financia la fiscalización ambiental para minería y energía, al amparo de la Ley Marco, es el OEFA. Las normas han precisado expresamente que el OEFA será quien asuma este tributo como parte del financiamiento de sus actividades, para efectos de estar acorde con el carácter vinculado del APR. Por lo que no existen razones para interpretar un sentido distinto, que existan más acreedores que realicen estas funciones y deban financiar sus actividades mediante este tributo, o que este deba ser un nuevo tributo establecido sobre la base de actividades especiales originadas y exclusivas del OEFA.

Sobre el último criterio, no agrega ámbito material. Pues no cambia el hecho generador que justifica el tributo, las actividades de supervisión y fiscalización ambiental, y vinculado con esto, el acreedor, determinado dentro del parámetro regulado por la Ley Marco. Destacando para estos efectos la regulación social que realiza el OEFA, comprendida dentro de estos alcances y precisado por las normas referidas. Por lo que, como reafirma Sotelo “(...) las etiquetas de “entidad reguladora” o de “Organismo Regulador de la Inversión Privada en los Servicios Públicos” deben leerse y entenderse contextualizadas conforme a la sucesión normativa producida, interpretando histórica y lógicamente esas diversas normas y encontrando el sentido constitucional de las cosas” (GÓMEZ, ALBAREDA y SOTELO 2014:144).

Es por ello que, bajo el alcance de las leyes reguladas se aprobaron, el Decreto Supremo N° 129-2013-PCM y el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, que determinaron el porcentaje del APR a favor del OEFA para los años 2014, 2015 y 2016 a pagar por los administrados de los sectores energético y minero, respectivamente. Por lo queda demostrado que estas normas, de rango inferior no crearon un nuevo tributo, sino que concretaron especificaciones técnicas establecidas vía remisión habilitada por la Ley Marco. En esa medida, no se ha vulnerado el principio de reserva de ley al crear un nuevo tributo por decreto supremo, ni tampoco se ha extendido el elemento activo del hecho imponible al admitir al OEFA.

En cuanto al sujeto pasivo, éste no fue cuestionado bajo el alcance de lo solicitado por Minera Cerro Verde, pero es preciso mencionar que el TC admite la remisión legal de su determinación según los alcances establecidos en la sentencia del TC de fecha 28 de junio

de 2004, recaída en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC. Por lo que, menciona que no existe vulneración del principio de reserva de ley, si es que los supuestos de contribuyentes no están fijados detalladamente en la Ley Marco, pues la norma delimita los contribuyentes a los administrados sujetos a la competencia del organismo en favor de quienes se realiza la actividad estatal. Es decir, se fija un parámetro de delimita el universo de contribuyentes, pero no los especifica. Esto se entiende, refiere el TC bajo la lógica de que la Ley Marco crea aportes de las mismas características para distintos organismos reguladores.

Sobre la base imponible y la alícuota, el artículo 10 de la Ley Marco ha señalado que el APR no podrá exceder el 1% del valor de la facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal de las empresas bajo el ámbito del regulador. Además, ha referido expresamente la remisión de su determinación, bajo este límite, al reglamento aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas. Éste es, de hecho, el elemento más claro del APR sobre él se fija la remisión normativa.

En el mismo sentido, el TC ha determinado en reiterada jurisprudencia que la remisión del detalle del porcentaje específico aplicable vía reglamento, bajo los límites fijados en la Ley Marco, respetan el principio de reserva de ley.²⁴ En ese sentido, en cuanto el APR se fundamenta en las actividades que desarrollan tres instituciones en los sectores de energía y minería, su porcentaje debe fijarse en relación a los costos que reporta la ejecución de sus actividades, mediante decreto supremo y sin sobrepasar el límite del porcentaje establecido en la Ley Marco.

Es de acuerdo a ese parámetro que el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM fue aprobado, para concretar el APR correspondiente al OEFA. Por lo que coincidimos con la Sentencia materia de análisis en que no se ha configurado vulneración al principio de reserva de ley, en tanto, la función que cumplen tanto el referido decreto supremo, como las normas que lo respaldan, es precisar los alcances del APR de la Ley Marco, bajo los límites establecidos por ella.

²⁴ Véase las sentencias del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N.° 2058-2003-AA/TC (fundamentos 4 al 8), de fecha 19 de abril de 2004 y la sentencia recaída en el expediente N° 1520-2004-AA (fundamento 4), de fecha 9 de diciembre de 2005.

Por último, pese a que no lo discute la Sentencia, creemos que es conveniente realizar una breve referencia al principio de legalidad para efectos de analizar si, en conexión con lo anterior, se habría generado una vulneración a este principio. Al respecto, este principio está referido la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes.²⁵ En ese sentido, el objeto de este principio se concreta en que las instituciones estatales actúan según las competencias conferidas por la Ley, o llámese el ordenamiento jurídico.

Es así que, se sigue lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, que establece la exigencia de que los tributos sean aprobados por una Ley, salvo el caso de las tasas y aranceles que pueden ser aprobados por un Decreto Supremo y, las contribuciones y tasas creadas a nivel regional y local, en cumplimiento de lo que la ley establece. Bajo ese alcance, debido a que como hemos explicado, la norma que determina el origen del APR a favor del OEFA es el artículo 10 de la Ley Marco, norma emitida por el Congreso de la República, y no el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, norma de rango inferior que como hemos señalado tiene como fin principal fijar el porcentaje que le corresponde al OEFA sobre el límite establecido en la Ley Marco, se cumple esta exigencia constitucional, por lo que tampoco se habría configurado vulneración al principio de legalidad.

3.3.3 ¿Vulnera el principio de no confiscatoriedad el Decreto Supremo No. 130-2013-PCM?

Al amparo del principio de no confiscatoriedad, se busca resguardar el respeto al derecho a la propiedad. Es así que se impone como un límite a la potestad tributaria estatal, de manera que sea ejercida cumpliendo con estándares de razonabilidad y proporcionalidad al crear tributos, y evitar que no sean confiscatorios respecto a la propiedad de los administrados (Soto y Grández 2016: 174). En ese sentido, el principio de no confiscatoriedad demanda que el APR guarde razonabilidad con el beneficio diferencial

²⁵ Al respecto, véase Landa Arroyo. Los principios constitucionales tributarios. Recuperado de: <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2018/04/lectura-1-principios-constitucionales-tributarios-landa-arroyo-8p.pdf>.

y tenga como límite los costos establecidos respecto de los gastos incurridos en la actividad estatal (Sotelo 2007: 319).

En base a estos aspectos, Minera Cerro Verde cuestionó que el APR establecido para el OEFA resultaba confiscatorio, en tanto: i) el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM establecía como único criterio un porcentaje de facturación de las empresas mineras sin guardar relación con el costo de la actividad total, ii) la cuantía de la obligación se ha fijado sin tomar en cuenta el costo total del servicio o actividad estatal y, iii) el AFM cumplía las mismas actividades a un costo menor y más razonable. Por lo que, es preciso determinar si el APR concretado en favor del OEFA ha sido establecido cumpliendo los estándares de este principio.

Respecto al primer punto, es cierto que se estableció un porcentaje general respecto de todas las empresas sujetas al APR. Se fijó un valor en atención al 1% como límite al establecimiento del APR. Minera Cerro Verde toma esta disposición para cuestionar que este tributo no conserva relación con la premisa que sustenta su creación, es decir su relación con el costo de la actividad estatal. En este punto, el TC argumenta que no existe la obligación de presentar una estructuración de costos para determinar específicamente la relación entre un tributo de tipo contribución y el sostenimiento de la actividad estatal. Por lo que, el hecho de fijar el porcentaje sin fundamentar con un nivel específico de detalle dicha relación, no determina la vulneración al principio de no confiscatoriedad. Sin perjuicio de lo expuesto, el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, concreta el porcentaje del APR que corresponde al OEFA, sustentado en el Informe N° 016-2013-OEFA/SG del 10 de diciembre 2013.²⁶

En la misma línea, para aclarar este punto, el TC sostiene que el APR se calcula sobre la facturación mensual de las empresas mineras, deduciendo los impuestos correspondientes, con lo que objetivamente pagan más quienes más facturan en atención

²⁶ De hecho, este Informe fue analizado en la Resolución 0064-2017/SDC-INDECOPI, de fecha 8 de febrero de 2017, recaída en el Expediente 000148-2014/CEB, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la competencia y de la Propiedad intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, en relación al cuestionamiento del APR del OEFA como barrera burocrática ilegal. La Sala refirió que, pese a que no existe una obligación para justificar una estructura de costos para determinar las contribuciones, el OEFA elaboró los Informes 011-2013-OEFA/SG del 29 de agosto de 2013 y 016-2013-OEFA/SG del 10 de diciembre de 2013 para sustentar las alícuotas del aporte”. Señalando específicamente que “el Informe 016-2013-OEFA/SG, elaborado en fecha previa a la imposición de la medida, sí acredita que las alícuotas del aporte por regulación a favor del OEFA para los años 2014 al 2016 en lo que respecta al sector minería fueron determinadas teniendo como límite el costo de la actividad de supervisión y fiscalización.” (Resolución 0064-2017/SDC-INDECOPI: fundamento 100).

a la magnitud de sus operaciones y el impacto en el ambiente que generan (fundamento 45 de la sentencia recaída en el Expediente 5410-2015-PA/TC). Así, se brinda un parámetro general, no bajo una cantidad específica, sino estableciendo un porcentaje. Lo que puede variar según los ingresos percibidos por cada empresa minera, bajo las particularidades de sus operaciones. Con ello, se pretendería garantizar una igualdad entre los administrados que estaría conectado indirectamente también con la capacidad contributiva de cada uno de ellos.

De lo que se desprende que, si bien a la fijación del monto del APR como contribución no le resulta exigible el respaldo de una estructura de costos, es preciso valorar que el establecimiento de este tributo, no sólo guarda una comprobada relación con la actividad estatal que financia. También manifiesta un razonamiento con pretensiones en el principio de igualdad tributaria y, en conexión con el objetivo final que se pretende regular, al referir el límite del 1% sobre la base de la facturación de las empresas. En esa línea, Granados destaca:

Además, los ingresos (facturación anual) son un buen indicador del desarrollo de actividades económicas de la empresa, debido a que miden de manera razonable la producción realizada. Mientras más produzca una empresa, más impactos podría generar en el ambiente, lo que trae consigo un incremento en la necesidad de fiscalizar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales. Esta relación hace que el criterio de facturación o ingreso sea idóneo para medir la proporción que debe aportar cada contribuyente para el sostenimiento del gasto público que demanda la fiscalización ambiental (2014: 29).

Bajo ese alcance, el establecimiento de un valor en porcentaje atiende a que el cobro se deba ajustar los ingresos de las empresas, y, se efectúe al mismo tiempo con el propósito de corresponder al impacto que producen en función de la magnitud de las operaciones. Esta interacción, conectaría con el principio de internalización de costos, al considerar un porcentaje respecto de los ingresos de una empresa.

Por otra parte, en tanto lo que realiza el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM es concretar el porcentaje del APR que corresponde al OEFA, cumpliendo con el parámetro límite fijado del 1% fijado por la Ley Marco, tampoco resulta claro en qué medida podría

resultar confiscatorio. En este punto, consideramos que quizá habría tenido más éxito cuestionar la vulneración del principio de no confiscatoriedad en función a las circunstancias en concreto de la demandante para efectos de precisar que resultaba confiscatorio.²⁷ Sin embargo, el cuestionamiento fue realizado al porcentaje establecido en Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, que fijó los porcentajes por los años 2014 y 2015 en 0.15% y 0.13% para el año 2016. De lo que se desprende que, en tanto esta norma concreta lo establecido en la Ley Marco, se cumple con respetar el parámetro del 1% fijado de tope establecido. Por lo que no se ha comprobado la vulneración del principio de no confiscatoriedad en este punto.

Respecto al segundo aspecto, Minera Cerro Verde cuestiona que al fijar el porcentaje en el cuestionado decreto supremo, no se establece una relación con el costo de una actividad estatal, pues la cuantía de la obligación se ha fijado sin tomarlo en cuenta. Sin embargo, tal como ya lo hemos referido, al tratarse de un tributo vinculado de tipo contribución, su configuración se conecta directamente con una actividad estatal desplegada, para estos efectos, por un organismo encargado del macroproceso de fiscalización ambiental.²⁸ En ese sentido, existe una actividad estatal que justifica el APR en favor, anteriormente del OSINERMIN, y ahora del OEFA en virtud de la sucesión normativa producida y que deriva en un beneficio diferencial.

Bajo ese alcance, el APR debe encontrar sustento en el beneficio diferencial reportado a partir de las actividades de fiscalización que realiza el OEFA. Sobre este punto, el TC ha referido a propósito del APR del sector minero a Osinergmin:

[E]l hecho generador de la obligación tributaria en el presente caso tiene su origen, básicamente, en las actividades de supervisión, fiscalización, reguladoras y normativas, esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad en el subsector minero, y que generan beneficios no solo para sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza, a su

²⁷ Según lo señalado por el TC “el principio de no confiscatoriedad no siempre puede ser precisado en términos generales y abstractos. sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración: a) la clase de tributo y b) las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo (Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, de fecha 9 de diciembre de 2005, fundamento 6). En el mismo sentido, véase la sentencia del Expediente N° 2058-2003-AA/TC, de fecha 19 de abril de 2004, fundamentos 9-12.

²⁸ Al respecto, véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 04684-2016-PA/TC, de fecha 18 de agosto de 2020, 03559-2015-PA/TC, con fecha 21 de enero de 2020 y, 05270-2015-PA/TC, de fecha 21 de enero de 2020.

vez, el funcionamiento del mercado, en particular, del mercado minero-energético, evitando de este modo que las empresas que no cumplan con sus obligaciones normativas, de seguridad y de acciones en general, compitan en una situación de desigualdad respecto de las que sí cumplen. (Sentencia recaída en el Expediente N° 04684-2016-PA/TC, de fecha 18 de agosto de 2020: fundamento 17)

El APR tiene como hecho generador las actividades de fiscalización ambiental que realiza el OEFA, todo el macroproceso, que conlleva un beneficio general al solucionar las fallas de mercado que reportan las actividades mineras y la protección del ambiente como bien constitucional, un beneficio diferencial para una colectividad determinada. Esta colectividad está conformada justamente por las empresas mineras que reciben los beneficios de las actividades de fiscalización del OEFA.

En el mismo sentido, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 416-1-2009, ha establecido:

De ese modo, el desarrollo de las funciones de los organismos normativos y reguladores (actividades de control, regulación, supervisión y supervigilancia), trae consigo beneficios al mercado en general y a los contribuyentes del citado aporte en especial, pues en la medida que se cumpla con aquéllas, estos se verán beneficiados con el **ahorro de costos de transacción** que se derivan de su actuación en el mercado, esto es, se genera un beneficio diferenciado a favor de los contribuyentes del tributo. (subrayado nuestro)

De ello se desprende que el APR, además de estar conectado a la actividad de fiscalización ambiental, reporta beneficios diferenciales como resultado de estas funciones y que conforman parte del hecho generador de la norma tributaria. De acuerdo a lo establecido por el TC y el Tribunal Fiscal, estos beneficios son el ahorro en costos de transacción y la prevención de un escenario de competencia desleal.

Al respecto, los beneficios reportados han sido cuestionados en razón de que no resultaría claro cómo es que se generan a partir de las actividades desplegadas por el OEFA (Bullard y Zumaeta 2015: 246). Por lo que se establece, con relación al ahorro de costos de transacción, que se concreta mediante la facilitación de la licencia social como un beneficio derivado de la intervención del OEFA.

En tanto las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre el nivel de protección del ambiente, se presentan elevados costos de transacción, que son evitados al intervenir el Estado mediante una organización y funcionamiento de la administración supervisora, fiscalizadora y sancionadora para garantizar la protección del ambiente (Guzmán 2015: 107). Si bien la licencia social es un concepto cambiante y no medible (Laub y Valderrama 2014: 35-37), es preciso valorar la intervención estatal frente a los intereses de los privados, en brindar la seguridad de que el proyecto minero será ejecutado de conformidad con estándares mínimos de calidad ambiental, y como consecuencia, crea el escenario para el consentimiento social de la operación del proyecto minero.

Al respecto, se debe mencionar que este consentimiento no sólo se da en la fase inicial de las actividades mineras, pues conforme hemos visto el Perú es un país con una alta conflictividad social, debido principalmente a factores socioambientales, respecto a actividades mineras en proyecto, como en actividad. Por lo que no es preciso argumentar que la licencia social deba ser entendida únicamente respecto de la fase inicial de un proyecto de inversión, para la cual algunos derechos como la participación ciudadana o la consulta previa, parecerían tener una utilidad más inmediata.

De hecho, la intervención del OEFA ha brindado herramientas muy útiles al servicio de la ciudadanía. Lo que le permite generar condiciones de credibilidad respecto a las actividades que esta institución realiza sobre los proyectos que fiscaliza y, por ende, la confianza de que los privados actuarán en cumplimiento de las leyes ambientales:

El OEFA ha procurado involucrar a las empresas y a la sociedad civil en la fiscalización ambiental, impulsando su participación en el desarrollo de las acciones de monitoreo ambiental a su cargo, la presentación de denuncias ambientales, la educación universitaria, la fiscalización ambiental y a través de la intervención de terceros con interés legítimo en los procedimientos administrativos sancionadores. La actuación del OEFA es transparente, participativa y promueve el diálogo. (...) La confianza también se construye a través de las acciones de prevención y remediación ambiental. Uno de los instrumentos novedosos que se ha regulado en este sentido es la medida preventiva¹¹. El OEFA tiene competencia para ordenar este tipo de medidas con el objeto de prevenir un daño grave en el ambiente, aun cuando verifique que el empresario está cumpliendo todas las obligaciones previstas en la legislación y en su IGA. (OEFA 2016: 25-26)

En ese sentido, puede apreciarse que con el despliegue de la operatividad de las funciones que comprende la fiscalización en sentido amplio del OEFA,²⁹ se cultivan las condiciones para propiciar el consentimiento de la sociedad respecto de los proyectos mineros. De ello se deriva un mejor funcionamiento del mercado, con ahorro en costos de transacción referidos a la protección del ambiente y, por ende, en beneficios diferenciales en favor de los titulares mineros de proyectos de inversión.

Por otra parte, también se ha reconocido como un beneficio derivado de la fiscalización ambiental que realiza el OEFA, la prevención de un escenario de competencia desleal: “El correcto desenvolvimiento de esta entidad proporciona también beneficios a las empresas que están bajo su supervisión y fiscalización, puesto que permiten que estas tengan incentivos para cumplir sus respectivas obligaciones ambientales y se evite la competencia desleal” (Guzmán 2015:110). En ese sentido, la intervención del OEFA respecto de todos los administrados bajo su competencia, propicia incentivos de cumplimiento y prevención de infracciones. Lo que evita condiciones en que existan privados que, en incumplimiento de las normas, puedan obtener beneficios ilícitos en el mercado que los coloque en ventaja respecto de los privados que cumplen las normas.

En el mismo sentido, también se estableció que las actividades que desarrolla el OEFA “garantizan que las empresas cuenten con instalaciones ambientalmente adecuadas para sus trabajadores” (Granados 2014: 16). De esa manera se configuraría otro supuesto de beneficio. Sin embargo, coincidimos en que en este caso no nos queda tan claro cómo las acciones del OEFA podrían brindar un beneficio del cumplimiento de medidas que aún sin la intervención de esta institución deben ser cumplidas (López y Ferreyros 2019: 106-107). Por lo que consideramos que es preciso, delimitar la existencia del beneficio diferencial al ahorro de costos de transacción y prevención de competencia desleal. Estos a su vez derivan de las actividades de fiscalización ambiental que realiza el OEFA y, que

²⁹ Esto es como macroproceso que incluye acciones de vigilancia, control, monitoreo, seguimiento, verificación u otras similares enmarcados dentro de las funciones de evaluación, supervisión y fiscalización y sanción, dirigidos a asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables. OEFA (2014). El Régimen común de fiscalización ambiental. Lima: Organismo De Evaluación y Fiscalización Ambiental. Consulta: 14 de diciembre de 2020. https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=7450#:~:text=La%20fiscalizaci%C3%B3n%20ambiental%2C%20en%20sentido,inicio%20del%20procedimiento%20administrativo%20sancionador.

conforman el hecho generador del APR, verificándose su existencia y conexión con el tributo.

De ese modo, vemos que no se configura incumplimiento bajo estos alcances. Se comprobó que se cumple con el principio de no confiscatoriedad, en tanto se verifica una conexión entre el APR y el costo incurrido en la actividad que deriva en beneficios diferenciales a favor de los titulares de inversión, mineros en este caso. Sin embargo, Minera Cerro Verde también sostiene que el APR no refleja el costo del servicio en la fijación del porcentaje correspondiente, y, compara su cobro con el AFM establecido para realizar supervisiones mineras, es decir el mismo objetivo, a un costo mucho menor.

Al respecto, se realiza esta comparación para efectos de señalar que el APR resulta en suma más oneroso que el AFM, aunque la actividad que reciben de ambas figuras es la misma. Sobre este punto, habíamos referido que el TC establece reiteradamente la distinción en la que destaca que el APR pretende sustentar el financiamiento de las actividades que realiza el OEFA, la que comprende todo un macroproceso que involucra funciones normativas, de supervisión, fiscalización y control.³⁰ Por otra parte, el AFM financia actividades puntuales, labores de supervisión de campo concretas, realizadas bajo el extinto régimen de los fiscalizadores externos. En ese sentido, no resulta válida la comparación.

Las naturalezas del APR y AFM son distintas. Pese a ello, se alude a este último para cuestionar el monto del cobro del APR, en tanto debería tomarse como modelo para exigir el cobro del APR (párrafo 41 de la Sentencia materia de análisis). Es preciso resaltar que el AFM, se pagaba únicamente por el costo vinculado a una supervisión específica o, actividad concreta de fiscalización ambiental, en razón de que se originó como fuente de pago para costear las actividades de fiscalización y supervisión de los fiscalizadores externos. Como habíamos visto en el capítulo anterior, ese régimen de fiscalización surgió a partir de los cuestionamientos que se realizaron al MINEM sobre el ejercicio de estas mismas actividades. Por lo que la creación de los fiscalizadores externos fue el primer paso a la búsqueda de la separación de estas funciones del MINEM. Por lo que en tanto, actualmente, la actividad estatal que se percibe es más compleja, no es posible sostener

³⁰ Véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 04684-2016-PA/TC, de fecha 18 de agosto de 2020, 03559-2015-AA, de fecha 21 de enero de 2020, y 05270-2015-PA/TC, de fecha 21 de enero de 2020.

su costo con cobros puntuales que no consideran la operatividad de una serie de actividades destinadas a concretar la regulación social que realiza el OEFA.



Conclusiones

- En suma, coincidimos con la Sentencia materia de análisis en cuanto declara infundado el pedido de inaplicación del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, y subsiguientes. Sin embargo, para efectos de contar con un mejor panorama creímos esencial realizar especial énfasis en algunos aspectos sobre los que el TC prefirió no profundizar. Sin perjuicio de ello, comprobada la constitucionalidad del APR, creemos que se configura como uno de los soportes de la fiscalización ambiental que fortalece la institucionalidad del OEFA.
- Las fallas de mercado; manifestadas en las externalidades negativas, y la protección de un bien constitucional, cuya importancia colectiva se fundamenta en el derecho fundamental a un ambiente sano; justifican la intervención estatal mediante la regulación social a estas actividades. Asimismo, el contexto social, con la pretensión de dotar de autonomía a la fiscalización ambiental minera, encausó la regulación social de la minería bajo competencia de un organismo regulador.
- No se requiere tener la etiqueta de organismo regulador para ser acreedor del APR. Es preciso ir más allá del más que al *nomen iuris* para determinar la constitucionalidad del APR a favor del OEFA. El MINEM, por ejemplo, es un ministerio que percibe este tributo. Sin embargo, es preciso tener en cuenta básicamente que ciertas cuestiones como la sucesión normativa, el bloque de normas con rango de ley que interpretan y habilitan que el OEFA perciba el APR, así como, las características de la actividad económica hacen este escenario posible. Por lo que no coincidimos con el TC cuando afirma que esta condición puede ser precisada por la Presidencia del Consejo de Ministros y otros Ministerios, dando indicios de una habilitación en blanco sobre los acreedores del APR.
- El OEFA realiza regulación social en minería, mediante las actividades de fiscalización ambiental que comprenden una serie de funciones de supervisión, control, fiscalización, aplicación de incentivos y sanción. Su competencia en este

aspecto, se conecta con el principio ambiental de internalización de costos. En ese sentido, el OEFA tiene una faceta de regulador.

- La Ley Marco brinda los elementos básicos para delinear los alcances del APR. Asimismo, habilita la remisión de ciertos aspectos como el porcentaje de la alícuota, al reglamento. El APR determinado por el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM y subsiguientes, no crea un nuevo tributo, sino concreta el APR establecido por la Ley Marco. De modo, únicamente fija el porcentaje de APR correspondiente al OEFA. Por lo que, en tanto, se respetaron los alcances de la Ley Marco, se ha respetado el principio de reserva de ley tributaria.
- El APR para el OEFA, es una contribución y, dada su naturaleza de tributo vinculado, se conecta con la actividad estatal de fiscalización ambiental que realiza y los beneficios derivados de esta función a los particulares. Los cuales son específicamente el ahorro de costos de transacción y la prevención de la competencia desleal en el sector minero. Sobre, la relación del costo de la actividad estatal con el cobro, coincidimos con el TC al señalar que no existe una obligación de realizar una estructura de costos del servicio realizado. Sin perjuicio de ello, el OEFA ha cumplido con acreditar esta relación, de modo que se atienda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en su cobro.
- En tanto el APR para el OEFA ha sido fijado respetando el límite tope de porcentaje establecido por la Ley Marco, y existe relación entre el APR del OEFA con la actividad estatal y el consecuente beneficio que genera respecto de la colectividad de titulares mineros bajo la competencia del OEFA, no se ha vulnerado el principio de no confiscatoriedad.

Bibliografía

DOCTRINA

ALDANA, Martha

2013 “La Fiscalización Ambiental en el Perú: Orígenes, Estado Actual y Perspectivas Futuras”. *Derecho & Sociedad*. Lima, 41, pp. 323-340. Consulta: 8 de octubre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12783/13340>

BULLARD, Alfredo y Fiorella ZUMAETA

2015 “Contrabando tributario: el aporte de regulación y de cómo hacer pasar un impuesto como si fuera una contribución”. *THEMIS Revista De Derecho*. Lima, 67, pp. 239-254. Consulta: 25 de noviembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14472>

CAIRAMPOMA, Alberto

2014 “Régimen jurídico de los aportes por regulación en los sectores de energía y minería a favor del organismo de evaluación y fiscalización ambiental”. El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú: El aporte por regulación que percibe el OEFA. Lima, pp. 135-161.

DANÓS, Jorge

2011 “Bases constitucionales de la Organización de la Administración Pública en el Perú” Retos de la Organización administrativa contemporánea. X foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Corte Suprema de Justicia, San Salvador.

DE LA CRUZ, Juan

2002 Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de estudios económicos.

ESTEVE PARDO

2007 La regulación de la economía desde el estado garante. Madrid, págs. 79-126.

GAMERO CASADO, Eduardo

2014 *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, undécima edición, Madrid, 2014, págs. 85 – 111.

GÓMEZ Hugo, Guillermo ALBAREDA y Eduardo SOTELO

2014 “El aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) sobre el tapete”. *Advocatus*. Lima, 30, 139-158. Consulta: 25 de noviembre de 2020.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4279/4215>

GUZMÁN, Christian

2015 “La viabilidad del pago del aporte por regulación al OEFA”. *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz. Reconocimiento normativo de su condición de acreedor tributario*. Lima, primera edición, pp.103-117.

GRANADOS, Alba

2016 La construcción de la fiscalización ambiental en un contexto adverso de boom de recursos naturales: El caso del OEFA. Tesis para optar el grado de Licenciatura en Sociología. PUCP: Lima, pp. 51. Consulta: 25 de octubre de 2020.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7972/GRANADOS_AGUERO_ALBA_PAULA_CONSTRUCCION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

GRANADOS, Milagros

2014 “Constitucionalidad y legalidad del aporte por regulación que percibe el organismo de evaluación y fiscalización ambiental”. *En ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA). El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima, primera edición, pp. 11-53. Consulta: 5 de diciembre de 2020.

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

HUAPAYA, Ramón

2010 “Algunos Apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. *Ius Et Veritas*. Lima, 40, pp. 302-344. Consulta: 14 de noviembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157/12722>

HUERTAS, Luis Felipe

2009 Fiscalización ambiental de las actividades mineras: ¿Cuán urgente es la implementación del OEFA?. *En Círculo de Derecho Administrativo* Número 8. Lima: pp. 103. Consulta: 14 de noviembre

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13987/14609>

JACINT, Jordana

- 2016 “Las agencias reguladoras en América Latina: Una Perspectiva Institucional”. *El Estado regulador en Colombia*. Universidad de los Andes. Bogotá: 2016, pp. 23-25. Consulta: 14 de octubre de 2020.
https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=Ed_0DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA21&dq=%22agencias+reguladoras%22+&ots=YxfKcQNAPU&sig=bpWxXdqvr5wwI5jvhCVM0uEwORY&redir_esc=y#v=onepage&q=%22agencias%20reguladoras%22&f=false

LAUB, Anthony y Miguel VALDERRAMA

- 2014 “El mito de la licencia social”. *Advocatus*. Lima, 30, pp. 29-43. Consulta: 14 de noviembre de 2020.
<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4269/4206>

LÓPEZ Uber y Pablo Ferreyros

- 2019 “El financiamiento de la fiscalización ambiental: ¿Tarea de todos o solo de algunos?”. *THEMIS Revista De Derecho*. Lima, 76, pp. 99-128. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/22623/21785>

MIR, Oriol

- 2004 Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, pp. 95-128.

NUÑO, Virginia

- 2010 “Sobre el traspaso de competencias de OSINERGMIN al OEFA”. En *POLITAI*. Lima, N° 1, págs. 51-62. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/13914/14537>

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD)

- 2003 Glosario de términos estadísticos. Consulta: 22 de julio del 2014.
<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=824>

SOTELO, Eduardo

- 2007 “Notas para una aproximación a la aplicación del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria”. *Ius Et Veritas*. Lima, 17, 35, pp. 182-216. Consulta: 5 de diciembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12291/12855>

SOTELO, Eduardo

- 2007 “Notas sobre el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria”. *Derecho & Sociedad*. Lima, 29, pp. 307-322. Consulta: 5 de diciembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17291>

SOTO, Gerardo y Renzo, GRÁNDEZ

- 2016 “Aporte por regulación, canon por espectro Radioeléctrico y tasa por explotación comercial: Aspectos tributarios de las telecomunicaciones.” *THEMIS Revista De Derecho*, 69, pp. 171-196. Consulta: 5 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16722>

VELAOCHAGA, Hebert

- 2016 “Competencia y regulación”. *Revista de Derecho PUCP*. Lima, 76, p. 105-121.

VIGNOLO, Orlando

- 2018 El Nacimiento De La Administración Pública Regulatoria En Perú (The Origins of Regulatory Agencies in Peru). En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, 19, pp. 83-117. Consulta: 15 de octubre de 2020.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3112669

INFORMES Y PUBLICACIONES

DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (DAR)

- 2017 Informe especializado sobre la legalidad del aporte por regulación del organismo de evaluación y fiscalización ambiental (APR OEFA) en el caso de Perubar (Expediente No 02168-2016-AA). Lima. Consulta: 2 de diciembre de 2020.

https://dar.org.pe/np040817_apr/

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

- 2003 “Segunda Sección. Evolución y resultados de los índices macroeconómicos”. En Informe Económico del año 2000. Lima, pp. 17-49. Consulta: 2 de octubre de 2020.

https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/2003/tomo1/5_INFORME_ECONOMICO.pdf

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

- 2014 El Régimen común de fiscalización ambiental. Lima: Organismo De Evaluación y Fiscalización Ambiental. Consulta: 14 de diciembre de 2020.
https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=7450#:~:text=La%20fiscalizaci%C3%B3n%20ambiental%2C%20en%20sentido,inicio%20del%20procedimiento%20administrativo%20sancionador.

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

- 2014 El Financiamiento de la Fiscalización Ambiental en el Perú. El Aporte por Regulación que percibe el OEFA. Consulta: 2 de diciembre de 2020.
https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/El_financiamiento_de_la_fiscalizacion_ambiental_en_el_Peru.pdf

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

- 2015 El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz. Reconocimiento normativo de su condición de acreedor tributario. Consulta: 2 de diciembre de 2020.
https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Libro_EL_Aporte_por_Regulacion_que_percibe_el_OEFA.pdf

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

- 2016 Fiscalización ambiental: construyendo confianza y facilitando la inversión. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Consulta: 2 de diciembre de 2020.
http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=17030

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

- 2014 Expediente Judicial 02039-2014-0-0401-JR-CI-09. Resolución N° 20: 6 de enero de 2015.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

- 2014 Expediente Judicial 02039-2014-0-0401-JR-CI-09. Resolución N° 35: 6 de julio de 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2002 Expediente N° 3303-2003-AA/TC. Sentencia: 28 de junio de 2004. Consulta: 2 de diciembre de 2020.
<https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/03303-2003-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2002 Expediente N° 1520-2004-AA/TC. Sentencia: 9 de diciembre de 2005. Consulta: 2 de diciembre de 2020.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01520-2004-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2002 Expediente N° 2762-2002-AA/TC. Sentencia: 30 de enero de 2003. Consulta: 4 de diciembre de 2020.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02762-2002-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2002 Expediente N° 2058-2003-AA/TC. Sentencia: 19 de abril de 2004. Consulta: 8 de diciembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02058-2003-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente N° 0034-2004-PI/TC. Sentencia: 15 de febrero de 2005. Consulta: 4 de diciembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente N° 0042-2004-AI/TC. Sentencia: 13 de abril de 2005. Consulta: 4 de diciembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente N° 0029-2004-AI/TC. Sentencia: 2 de agosto de 2004. Consulta: 12 de diciembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00029-2004-AI.html>

TRIBUNAL FISCAL

2004 Expediente N° 13338-2004. Resolución N° 416-1-2009: 15 de enero de 2009. Consulta: 12 de diciembre de 2020.

https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2009/1/2009_1_00416.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Expediente N° 0002-2006-PI/TC. Sentencia del 16 de mayo del 2007. Consulta: 14 de noviembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2014 Expediente N° 03559-2015-AA. Sentencia: 21 de enero de 2020. Consulta: 14 de noviembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03559-2015-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2015 Expediente N° 05410-2015-AA. Sentencia: 15 de agosto de 2019. Consulta: 14 de noviembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05410-2015-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2016 Expediente N° 04684-2016-PA/TC. Sentencia: 18 de agosto de 2020. Consulta: 14 de noviembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04684-2016-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2015 Expediente N° 05270-2015-PA/TC. Sentencia 21 de enero de 2020. Consulta: 20 de noviembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05270-2015-AA.pdf>

NORMAS

- Constitución Política del Perú
- Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo N° 135-99-EF
- Ley 23406, Ley General de Electricidad
- TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM
- Decreto Ley N° 25763 - “Establecen que el cumplimiento de las obligaciones relacionadas a las Actividades Mineras, de Electricidad y de Hidrocarburos, podrán ser fiscalizadas a través de Empresas de Auditoría e Inspectoría
- Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.
- Ley de Fiscalización Minera Ley 27474: les da la fiscalización a externos.
- Ley N° 26734 - Ley de creación del Organismo Supervisor de Inversiones en Energía (OSINERG)
- Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas, modificado por la Ley N° 26734
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente
- Ley N° 28964 Transferencia de competencias de MINEM a OSINERG
- Decreto Legislativo N° 1013
- 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
- Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del OSINERGMIN
- Ley N° 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013
- Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011, que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental
- Ley N° 30115, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año 2014
- Decretos Supremos N° 129-2013-PCM y N° 130- 2013-PCM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Ferrero Costa solicitó su abstención para conocer del presente caso, pedido que fue aceptado por el Pleno con fecha 21 de marzo de 2019.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Sociedad Minera Cerro Verde S. A. A. contra la resolución de fojas 1070, de fecha 6 de julio de 2015, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró fundada la excepción de incompetencia, en consecuencia, declaró nulo e insubsistente lo actuado y concluido el proceso.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 18 de marzo de 2014, Sociedad Minera Cerro Verde S. A. A. interpone demanda de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Ministerio de Energía y Minas (Minen), el Ministerio del Ambiente y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Solicita la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM y, subsecuentemente, se ordene la devolución de todos los aportes que, a la fecha de ejecución de sentencia, hubiese pagado, más los intereses legales. Exige también que las emplazadas se abstengan de realizar cualquier acto o medida destinada a hacer efectivo el cobro de los aportes por regulación y la inaplicación de toda norma infralegal o acto administrativo emitido para la aplicación, ejecución y fiscalización del cuestionado decreto supremo.

Manifiesta que dicho dispositivo vulnera los principios de no confiscatoriedad, legalidad y reserva de ley, preceptuados en el artículo 74 de la Constitución Política, pues se ha creado una obligación de naturaleza tributaria (contribución) a través de una norma de rango reglamentario y no legal. Además, la norma que da sustento a la promulgación del cuestionado decreto supremo es la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, norma que se limita a señalar que las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

actividades de supervisión y fiscalización ambiental se financiarán con el aporte por regulación que se abonará a Osinergmin, pero de ningún modo se aprueba la creación de un tributo de manera independiente para el OEFA, órgano que además no ostenta la naturaleza de organismo regulador. Adicionalmente, refiere que la Constitución prohíbe expresamente que las normas del presupuesto regulen materia tributaria, lo que convierte en inconstitucional la creación del nuevo aporte por regulación sustentado en la Ley 29951. Del mismo modo respecto de la Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, norma que tampoco convalida la creación del citado aporte.

Contestaciones a la demanda

Ministerio de Energía y Minas

Con fecha 14 de julio de 2014, la Procuradora Pública del Ministerio de Energía y Minas se apersona al proceso y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que lo único que fue determinado por norma reglamentaria, esto es, por el cuestionado decreto supremo, es el monto de la contribución y que el aporte por regulación ha sido creado por la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, con el fin de financiar las funciones de los organismos reguladores, entre ellos, Osinergmin. Arguye además que mediante la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, se amplió el elemento subjetivo (sujeto pasivo) de la obligación tributaria al OEFA, al disponer que las funciones de fiscalización ambiental desarrolladas por OEFA se financiarán con el aporte por regulación. Este hecho fue ratificado por la Tercera Disposición Complementaria Final de Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

De otro lado, manifiesta que con relación a la presunta vulneración del principio de no confiscatoriedad, la imposición del porcentaje por concepto de aporte por regulación ha sido establecido de acuerdo al límite legal máximo permitido por la Ley 27332, esto es, el 1% de la facturación anual de las empresas mineras, habiéndose fijado en el referido dispositivo legal cuestionado el 0.15% para el año 2014, por lo cual, se cumple con los parámetros legales y constitucionales. Finalmente señala que mientras que el aporte por regulación se abona para financiar las acciones de fiscalización ambiental del OEFA, es decir, las labores de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción, así como las acciones transversales; el arancel por fiscalización minera comprende únicamente los costos vinculados a cada supervisión realizada (supervisión de campo), relacionada con la financiación de una actividad concreta de fiscalización ambiental.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

Presidencia del Consejo de Ministros

Con fecha 15 de julio de 2014, el procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros se apersona al proceso, deduce las excepciones de incompetencia, falta de legitimidad para obrar del demandante y falta de agotamiento de la vía previa y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que mediante el Decreto Supremo 130-2013-PCM no se ha creado ningún tributo nuevo, únicamente ha precisado que el acreedor del aporte por regulación es el OEFA y que se ha convalidado mediante tal imposición un tributo ya existente en la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, cuyo artículo 10 es la disposición que creó el referido tributo desde el año 2000.

Agrega que la referida convalidación se dio a través de la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Ministerio del Ambiente

Con fecha 16 de julio de 2014, el procurador público del Ministerio del Ambiente se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que la empresa demandante parte de la premisa errada de considerar al Decreto Supremo 130-2013-PCM como una norma de creación del aporte por regulación en favor del OEFA, a cargo de las empresas del sector minería. Ello en la medida en que dicho tributo ha sido establecido en estricto cumplimiento del marco legal vigente y que el *quantum* de la obligación responde a aspectos técnicos calculados sobre la base de un esquema de supervisión efectiva que racionaliza el esfuerzo fiscalizador que asume el OEFA.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Con fechas 16 y 17 de julio de 2014, mediante escrito de contestación y ampliación de escrito de contestación, respectivamente, la procuradora pública del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y litispendencia y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que el cuestionado decreto supremo no es una norma autoaplicativa, por lo que no corresponde exigir su inaplicación ante la vía del amparo contra normas legales. Manifiesta además que el aporte por regulación no tiene la misma naturaleza jurídica que el arancel de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
S.A.A. - SMCV Representado(a) por
MILUSKA MARIANELA CERVANTES
CORNEJO - APODERADA

fiscalización minera, por cuanto la primera es una contribución que se abona para financiar las acciones de fiscalización ambiental, mientras que el segundo comprende costos vinculados a cada supervisión realizada (supervisión de campo). Agrega que no es cierto que se haya dispuesto alguna transferencia de recursos de parte de Osinergmin en favor del OEFA, lo que ha ocurrido es que la Ley 29952 le ha reconocido a este último la calidad de acreedor tributario.

Arguye además que los elementos esenciales del aporte por regulación están establecidos en la Ley 27332, norma que crea el aporte por regulación de los organismos reguladores de servicios públicos y que la alícuota del aporte establecido para el sector minería fue determinado bajo criterios de razonabilidad y por tanto, no resulta confiscatorio.

Ministerio de Economía y Finanzas

Con fecha 21 de julio de 2014, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de legitimidad pasiva del demandado y oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que los recursos provenientes del aporte por regulación que corresponden al OEFA servirán para el fortalecimiento de las áreas que constituyen la columna vertebral de la fiscalización ambiental: la Dirección de Evaluación, la Dirección de Supervisión, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, así como el Tribunal de Fiscalización Ambiental y que el cálculo de los porcentajes de aporte por regulación que se aplicará al sector minería para los años 2014, 2015 y 2016 han sido realizados de manera técnica, legal, rigurosa y razonable, a fin de que dichos porcentajes cubran los costos derivados de la implementación de las líneas de fortalecimiento y crecimiento del OEFA.

Agrega que el cuestionado decreto supremo únicamente ha regulado el porcentaje específico de la contribución denominada aporte por regulación del OEFA, respetando los parámetros establecidos en el artículo 10 de la Ley 27332, como norma de remisión, con lo cual no resulta confiscatorio.

Sentencia de primera instancia o grado

El Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa mediante la Resolución 20, de fecha 6 de enero de 2015, declaró fundada la excepción de incompetencia, nulo e insubsistente lo actuado y concluido el proceso pues, a su juicio, lo que realmente se pretende a través del presente proceso es un control abstracto de la normativa impugnada, misma que puede ser recabada a través de una demanda de acción popular, en tal sentido, se declaró incompetente para conocer la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

demanda de conformidad con lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Constitucional.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala revisora confirmó la recurrida por los mismos fundamentos. Además porque la norma cuestionada resulta ser una norma heteroaplicativa al estar condicionada a la emisión de disposiciones reglamentarias para la mejor aplicación y cobranza de los aporte por regulación en favor del OEFA.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. El objeto de la presente demanda es la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, que establece disposiciones referidas al aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, a cargo de las empresas del sector minería. Ahora bien, como cuestión previa y tratándose de un amparo contra norma, corresponde analizar si el citado decreto reviste carácter autoaplicativo, toda vez que, únicamente en ese caso, este Tribunal Constitucional podrá ingresar a analizar el fondo de la controversia. Con relación a este punto, es preciso señalar que, conforme al artículo 3 del Código Procesal Constitucional, "son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada".

De otro lado, ya este Tribunal se pronunció respecto de la naturaleza de las normas tributarias. Así señaló que "las normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda (...)" (sentencia recaída en el Expediente 02302-2003-PA/TC, F. J. 9).

3. En el presente caso, se advierte que la norma cuestionada ostenta naturaleza autoaplicativa, no solo porque su naturaleza de norma tributaria hace que ello sea así, sino porque además desplegó sus efectos inmediatamente, pues la parte demandante, desde enero de 2014, empezó a efectuar el pago por concepto de aporte por regulación en favor del OEFA conforme se advierte de la declaración jurada del aporte por regulación de enero de 2014 (f. 139) y de la constancia de pago por servicio de recaudación (f. 140), además el recurrente ha señalado en su recurso de agravio constitucional que efectuó el pago por cada uno de los meses del año 2014 (enero a diciembre). En efecto, dicha norma ya le era exigible a las empresas del sector minería



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

para el periodo anual 2014, desde enero de dicho año. Además, no requirió de algún acto posterior de aplicación que la condicione.

4. De otro lado y con relación a que el proceso que corresponde es el de una demanda de acción popular y no el amparo contra normas, en tanto que lo que se cuestiona es la norma en abstracto, ya este Tribunal ha conocido y se ha pronunciado en diversos casos en los que, a través de una demanda de amparo contra normas tributarias, se ha exigido la inaplicación de éstas, sin que haya reconocido que la vía pertinente es un proceso de control de la constitucionalidad de las normas, sean legales o infralegales. Ello es así en la medida en que, como en el presente caso, se ha solicitado la inaplicación de la norma cuestionada al caso concreto. Del mismo modo, los hechos propuestos en la demanda inciden en la presunta violación del principio de no confiscatoriedad y el derecho a la propiedad de la parte recurrente, con lo cual, corresponde su análisis mediante la tutela diferenciada del proceso de amparo.

Delimitación del petitorio de la demanda

5. La demanda tiene por objeto la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013. Ahora bien, al tratarse de una norma de naturaleza tributaria, corresponde verificar si dicha normativa vulnera los principios de reserva de ley, de legalidad y de no confiscatoriedad y subsecuentemente, el derecho a la propiedad, tal y como alega la recurrente en su demanda.

A su vez, mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2017 (Cuadernillo de este Tribunal), solicita la adecuación del petitorio de su demanda y solicita que adicionalmente la inaplicación del Decreto Supremo 097-2016-PCM, a través del cual se aprueban las alícuotas que, por aporte por regulación, cobrará el OEFA a los titulares mineros y que para los años 2017, 2018 y 2019 ascenderá al 0.11%. En tal sentido, habiéndose alegado que dicho decreto supremo supone una vulneración continuada de los alegados principios constitucionales, corresponde incorporarla en su pretensión.

Análisis del caso concreto

§. Con relación a la presunta vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria

7. La reserva de ley en materia tributaria es un principio básico contenido expresamente en el 74 de la Constitución. Este establece, en lo pertinente, lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

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.

[...]

El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio [...]."

8. Similar posición se puede advertir de lo normado en la IV disposición del título preliminar del Código Tributario, cláusula que, además, regula los alcances de la reserva tributaria, estableciendo los elementos esenciales del tributo, a saber: (i) el hecho generador de la obligación tributaria, (ii) la base para su cálculo y la alícuota, (iii) el acreedor tributario, (iv) el deudor tributario y (v) el agente de retención o percepción.
9. De este modo, y bajo la premisa básica de que los tributos únicamente se crean por ley o por decreto legislativo en caso de delegación de facultades, corresponde determinar si el Decreto Supremo 130-2013-PCM ha creado un nuevo tributo denominado aporte por regulación en favor del OEFA distinto al creado por el artículo 10 de la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, o si dicho decreto únicamente ha regulado los alcances de esta última norma, con lo cual no existiría vulneración alguna del principio de reserva de ley en materia tributaria.
10. Al respecto, la parte demandante manifiesta que no existe norma con rango de ley que genere el aporte por regulación a favor del OEFA, y que, a través de una norma reglamentaria, se ha creado dicho tributo. En el mismo sentido, arguye que la norma con rango de ley que sirve de sustento para la promulgación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, es la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013 y que siendo una norma presupuestaria está prohibida de contener materia tributaria.
11. Para un mejor análisis de lo que aquí se discute resulta pertinente detallar las normas vinculadas al aporte por regulación (en adelante, "APR"). Así, es la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del año 2000, la norma que crea y da origen a la figura del APR, estableciendo en su artículo 10 lo siguiente:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

12. Por su parte, la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de diciembre de 2012, estableció lo siguiente:

A partir de la vigencia de la presente ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin).

Para tal efecto, mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro del Ambiente y el Ministro de Energía y Minas, se determina el porcentaje que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) del aporte por regulación al que se refiere el párrafo precedente, constituyendo dichos recursos ingresos propios de esta entidad, los cuales serán incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

13. La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modifica la Ley 29925 del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de abril de 2013, establece que:

Las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación establecido en la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Dichos recursos constituyen ingresos propios de esta entidad, los cuales son incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

14. La Ley 30115, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año 2014, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2013, en su sexta disposición complementaria final estableció lo siguiente:

Autorízase, de manera excepcional, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la utilización de recursos provenientes del aporte a que se refiere



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y la tercera disposición complementaria final de la Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, para financiar actividades de sostenimiento institucional durante el Año Fiscal 2014.

Asimismo, autorízase al OEFA, durante el Año Fiscal 2014, a efectuar transferencias financieras a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos, con cargo a la fuente de financiamiento recursos directamente recaudados, mediante resolución del titular del pliego, para la continuidad de la gestión ambiental y de la conservación del ambiente, propiciando el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica, las áreas naturales protegidas, el desarrollo sostenible de la Amazonía, y otras acciones de carácter ambiental propias del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos.

15. En el mismo sentido, la Octava Disposición Complementaria de la Ley 30282, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de diciembre de 2014, dispuso lo siguiente:

Precítese que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es acreedor tributario del Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, por parte de los sectores energía y minería que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

El porcentaje del aporte que le corresponde al OEFA, sumado al porcentaje del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y; en su caso, a la contribución que percibe el Ministerio de Energía y Minas, no puede exceder el 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual de las empresas y entidades obligadas a su pago, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

Mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Ambiente, el ministro de Energía y Minas y el ministro de Economía y Finanzas, se determina el porcentaje del Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Dicho aporte constituye un ingreso propio de esta entidad, el cual será incorporado en su presupuesto institucional conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

16. Del contenido de las disposiciones antes expuestas, se advierte que ellas no hacen otra cosa que precisar los alcances de la Ley que da origen al aporte por regulación, Ley 27332, determinando de manera concreta el acreedor tributario, pues todas ellas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

coinciden en señalar que el OEFA es el acreedor tributario del APR con el objeto de financiar sus actividades institucionales, entre ellas, las de supervisión y fiscalización minera. En efecto, mientras que la Ley 27332 estableció como parámetro general a los organismos reguladores como recaudadores del alegado tributo, las normas que se han detallado, han precisado al acreedor tributario considerando las funciones desempeñadas por el OEFA.

17. De otro lado, claramente se desprende de las aludidas normas y de la misma Ley 27332, la remisión para que la Presidencia del Consejo de Ministros conjuntamente con otras carteras ministeriales, a través de una norma infralegal (reglamentaria), precisen y fijen los montos de aporte por regulación que serán objeto de cobro, con el tope del 1% del valor de la facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, hecho que finalmente se materializó a través del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013 que estableció lo siguiente:

Artículo 1.- Aportes de las empresas del sector minería

1.1 El porcentaje del Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA será de cargo de las siguientes empresas del sector minería:

Sector	Sujetos Obligados
Minería	Los titulares de las actividades de Gran y Mediana 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 OEFA
2014	0,15
2015	0,15
2016	0,13

18. Pese a que la recurrente se encuentra cuestionando concretamente el citado decreto supremo y solicita como pretensión principal la inaplicación de aquel; no obstante, de los fundamentos fácticos de su escrito de demanda se desprende que también estaría cuestionando las normas dictadas previamente al referido decreto y emitidas con posterioridad a la Ley 27332, en el sentido de que aquellas son las que, en principio,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
S.A.A. - SMCV Representado(a) por
MILUSKA MARIANELA CERVANTES
CORNEJO - APODERADA

incluyen como sujeto acreedor del tributo APR al OEFA —el mismo que tampoco tendría, conforme indica la recurrente, la naturaleza de organismo regulador, pues "no tiene por finalidad solucionar las fallas de cierto sector del mercado ni regular la prestación de servicios públicos"— al establecer que "las actividades de supervisión y fiscalización ambiental de dicha entidad se financiarán con el aporte por regulación que se abona a Osinergmin".

19. Ahora bien, sea que se cuestionen dichas normas o el decreto supremo 130-2013-PCM, lo cierto es que lo que se alega es que no existe ley alguna que autorice al OEFA a cobrar directamente los montos recaudados por concepto de aporte por regulación, lo cual resulta un contrasentido en la argumentación de la demandante, pues ella misma reconoce que son las leyes 29951 y 30011 las que dan sustento para que el citado decreto supremo fije el aporte en favor del OEFA.
20. En la misma línea de argumentación, si bien no resulta constitucional que a través de las leyes de presupuesto se puedan generar tributos, razón por la cual la recurrente cuestiona que la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, Ley 29951, incluya al OEFA como acreedor tributario del APR, se ha hecho alusión a otra norma con rango legal y no presupuestaria que coincide en señalar que corresponde al OEFA el pago por concepto de aporte por regulación (la Ley 30011).
21. Con relación a la calidad del OEFA como acreedor tributario del APR, la Ley 27332 estableció que serán los organismos reguladores los recaudadores de dicho tributo, siendo éstos señalados de manera explícita en dicha normativa en tanto que considera únicamente a cuatro organismos a saber, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunnass).
22. Así, en principio, correspondió a Osinerg ser el organismo regulador encargado de la supervisión y fiscalización de la inversión en energía. No obstante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 29901, que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), se ampliaron los alcances de dichas competencias a los titulares de las actividades mineras que se encontrasen bajo supervisión y fiscalización de Osinergmin para efectos del recaudo del tributo APR:

Artículo 4. Financiamiento de las funciones del Osinergmin en actividades mineras

El aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
S.A.A. - SMCV Representado(a) por
MILUSKA MARIANELA CERVANTES
CORNEJO - APODERADA

alcanza a los titulares de las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del Osinergmin.

El aporte a que se refiere el párrafo anterior no podrá exceder del 1 por ciento del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, con el cual el Osinergmin financiará las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras bajo su ámbito. Este aporte será fijado por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas y el Ministro de Economía y Finanzas.

23. Pero, surgen las siguientes interrogantes: desde cuándo aparece el OEFA con competencia de fiscalización ambiental en ámbitos de la actividad minera y porqué se le designa como acreedor tributario del APR. Para ello resulta pertinente también hacer alusión a las normas de su creación, competencias y facultades.

24. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo de 2008, se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)¹ "como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde". Posteriormente, se crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental a través de la Ley 29325, incorporando a éste al OEFA. Es

¹ Siendo sus funciones básicas las siguientes:

"a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.

b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.

c) Elaborar y aprobar el plan anual de fiscalización ambiental, así como elaborar el informe de resultados de aplicación del mismo.

d) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.

e) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.

f) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.

g) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
S.A.A. - SMCV Representado(a) por
MILUSKA MARIANELA CERVANTES
CORNEJO - APODERADA

más, mediante su artículo 6 se consagra al OEFA como el ente rector del referido sistema².

² Además de las funciones asignadas al OEFA mediante el Decreto Legislativo 1013, la Ley 29325 establece como funciones generales las siguientes:

"11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

a) Función evaluadora: comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares que realiza el OEFA para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.

La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente.

Mediante resolución del Consejo Directivo se reglamenta lo dispuesto en el párrafo anterior.

c) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

a) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno.

En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
S.A.A. - SMCV Representado(a) por
MILUSKA MARIANELA CERVANTES
CORNEJO - APODERADA

25. Ahora bien, conforme así se ha descrito, en el ámbito energético primero, y luego en el ámbito minero, las actividades de supervisión y fiscalización correspondieron originalmente al Ministerio de Energía y Minas; sin embargo, mediante la Ley 28964, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2007, se transfiere competencias de supervisión y fiscalización de actividades mineras al Osinerg (ahora Osinergmin), como organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, siendo integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (artículo 1).

26. Dichas competencias de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental fueron transferidas del Osinergmin al OEFA de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo 001-2010-MINAN, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en la Primera Disposición Final de la Ley 29325.

27. De lo expuesto, es claro que a partir del 2010, el OEFA es el organismo público encargado de las labores de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, y ya no más el Osinergmin, con lo cual, el OEFA es el encargado de solucionar las fallas y problemas que surgen o pudieran surgir de manera preventiva y posterior respecto de temas medio ambientales originados en los sectores de energía y minería. Por lo mismo, dicho organismo asumió las funciones reguladoras del Osinergmin.

28. En el mismo sentido, lo que se configura para dicho supuesto es una remisión legal perfectamente admitida. Es más, en un caso similar al presente en el que se solicitaba no solo la inaplicación del artículo 10 de la Ley 27332, sino además su norma de remisión, el Decreto Supremo 114-2001-PCM, norma que precisó el porcentaje del aporte por regulación en 0.63% a favor de Osinerg, este Tribunal, mediante sentencia recaída en el

graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas.

b) Función supervisora de Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), nacional, regional o local: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las funciones de fiscalización a cargo de entidades de fiscalización ambiental nacional, regional o local a las que se refiere el artículo 7.

El OEFA, en ejercicio de su función supervisora, puede establecer procedimientos para la entrega de reportes, informes técnicos y cualquier información relativa al cumplimiento de las funciones a cargo de las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA).

El incumplimiento de las funciones antes indicadas acarrea responsabilidad funcional, lo cual es comunicado al órgano competente del Sistema Nacional de Control."



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

Expediente 1520-2004-PA/TC, desestimó la demanda, entre otros argumentos porque consideró que la remisión para que el porcentaje del aporte sea precisado mediante decreto supremo configura "una remisión legal perfectamente admitida, pues no se trata de una habilitación en blanco al reglamento sino que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota originalmente creada por Ley únicamente bajo los parámetros que la propia ley le confiere, es decir, sin exceder del tope del 1 %" (F. J. 4).

29. Este Tribunal ya se ha pronunciado en un caso concreto en relación con la posibilidad que los elementos de esenciales del tributo³ puedan ser identificados en el artículo 10 de la Ley 27332, que es justamente la que crea el tributo aporte por regulación. En dicha sentencia se precisó que "los denominados aportes por regulación, recaudados a favor de los Organismos Reguladores adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros para el mejor cumplimiento de sus fines, son obligaciones de pago nacidas en virtud de la ley, las cuales tienen naturaleza coactiva pues no media para su establecimiento la voluntad de las empresas obligadas al pago" (sentencia recaída en el Expediente 3303-2003-PA/TC, segundo párrafo del F. J. 5).

30. En consecuencia, el artículo 10 de la Ley 27332 se configura como una norma válida de remisión para que sea la Presidencia del Consejo de Ministros, conjuntamente con otros ministerios, la que precise y delimite los acreedores tributarios (organismos reguladores y organismos que fácticamente realizan actividades reguladoras) así como los porcentajes a imponerse para el pago por concepto de aporte por regulación, siempre que no supere el 1% del valor de la facturación anual de la empresa de inversión privada, por lo que se concluye que el Decreto Supremo 130-2013-PCM no crea un nuevo tributo, sino que precisa y delimita los alcances de la Ley 27332.

Lo señalado debe ser analizado considerando el marco institucional, jurídico, social y económico del país, pues es importante destacar que el Perú ostenta una larga trayectoria en la actividad minera, la misma que se ha constituido en un importante motor de la economía peruana. Muestra de ello es que en las últimas décadas somos testigos del avance en la actividad minera, pues nuestro país se encuentra ubicado entre los países con las mayores reservas mineras y por lo tanto, más expuesta al desenvolvimiento de la economía mundial y al interés económico de diversas empresas.

32. Sin embargo, es necesario encontrar un justo equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, por lo que le corresponde tanto al Estado como a la Sociedad de emplear las medidas necesarias para ello. En ese sentido, debe garantizarse la provisión de los recursos adecuados a las

³ Creación por Ley, la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado y su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

entidades estatales a cargo de la supervisión y fiscalización de dichas actividades a fin de cumplir cabalmente con su objeto.

33. Por todo lo expuesto, es pausable afirmar que la determinación del sujeto acreedor del tributo APR en favor del OEFA está sujeta al principio de reserva de ley establecida en el artículo 74 de la Constitución.

§. Con relación a la presunta vulneración del principio de no confiscatoriedad

34. El segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución Política del Perú establece que "ningún tributo puede tener carácter confiscatorio". Al respecto, este Tribunal ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente 0041-2004-AI/TC que el "principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas" (F. J. 56).

35. Ahora bien, ya que la imposición tributaria siempre incide de alguna forma en la esfera patrimonial de los contribuyentes, el principio de no confiscatoriedad no puede estar referido a cualquier afectación del patrimonio. Como ha explicado este órgano colegiado en la sentencia recaída en el Expediente 2727-2002-AA, "se transgrede el principio de no confiscatoriedad (...) cada vez que un tributo excede del límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a esta institución como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica". Además, como es de esperar, tal afectación no solo debe ser alegada, sino, para que merezca tutela constitucional, "es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada" (sentencia recaída en el Expediente 04227-2005-AA/TC, F. J. 26).

36. La parte demandante señala que el Decreto Supremo 130-2013-PCM, vulnera el principio de no confiscatoriedad cuando fija como único criterio del aporte por regulación un porcentaje de la facturación mensual de las empresas mineras, parámetro este último que no guarda ninguna relación ni directa ni indirecta con el costo del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar. Manifiesta, además, que imponiendo el decreto supremo una contribución, esto es, un tributo vinculado, y estando a que para este tipo de tributos la base imponible es la realización de una actividad estatal que beneficia de manera mediata y general al contribuyente, en el presente caso no se cumple en tanto que la cuantía de la obligación se ha fijado sin tomar en cuenta los costos del servicio o la actividad estatal financiada por el gravamen.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

37. Se debe considerar que no existe norma tributaria que contemple la obligación para que los acreedores tributarios, en el caso de las contribuciones, cuenten con una estructura de los costos del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar, tal y como lo exige la parte demandante. Distinta es la situación de los arbitrios municipales, en los que este Tribunal Constitucional claramente dejó establecido mediante la sentencia precitada así como en la recaída en el Expediente 00053-2004-PI/TC, que la ordenanza municipal que aprueba dichos tributos, para que cumplan con el requisito de validez, debe contar con un informe técnico anexo que contenga la determinación del costo global del servicio a prestar (limpieza de calles, serenazgo, parques y jardines) y la distribución de dicho costo global entre todos los vecinos-contribuyentes.
38. Ello es así y se justifica en atención a la naturaleza del tipo de tributo frente al cual se está y, consecuentemente, considerando el hecho generador del mismo. En efecto, conforme al Decreto Supremo 133-2013-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario, los arbitrios son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público en concreto. En cuanto al hecho generador del mismo, lo constituye la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado a favor del contribuyente, esto es, cada contribuyente paga, o debe pagar, por concepto de arbitrios aquella parte proporcional que le corresponde respecto del costo global del servicio público de que se trate, en cambio, la contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, los que pueden ser directos como indirectos.
39. Concretamente, las actividades que realiza el OEFA (acreedor tributario) recaen sobre el rubro de actividades estatales. En efecto, conforme a la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29325, publicada el 05 marzo de 2009, las funciones otorgadas al MINAM, esto es, las funciones de fiscalización, supervisión, evaluación y control, así como el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de su competencia, además de dirigir el régimen de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previsto por la Ley 28611, Ley General del Ambiente, deberán entenderse como otorgadas al OEFA. En conclusión, el hecho generador de la obligación tributaria en el presente caso tiene su origen básicamente en las actividades de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental que desarrolla el OEFA, esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad de protección ambiental y que genera beneficios no solo para sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza, a su vez, el funcionamiento del mercado.
40. Además, el costo de la actividad que se busca financiar incluso sería mayor si se toma en cuenta las consecuencias del impacto medio ambiental que podría producirse debido al incumplimiento de las normas que regulan la materia ambiental, tanto más si la lógica



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

en que se inspira dicho tributo se asienta sobre la base del principio precautorio y el principio de prevención.

41. La parte recurrente aduce también que los montos cobrados a consecuencia del dispositivo cuestionado vulneran el principio de no confiscatoriedad, entre otros motivos, porque es desproporcionado y toma como base imponible un porcentaje de la facturación anual y no el valor del costo real del servicio o actividad que reciben. Para ello, señala que antes y por los mismos servicios, se cobraba el denominado Arancel de Fiscalización Minera (AFM) en un monto muchísimo menor que ahora se tributa por concepto de aporte por regulación. Al respecto conviene precisar que ambos conceptos no solo son distintos por su naturaleza, sino además por otros factores que se explicarán a continuación.
42. En efecto, el Arancel de Fiscalización Minera fue creado mediante la Resolución Ministerial 541-2001-EM-VMM, y corresponde a los montos que deben abonar los titulares de la actividad minera por las acciones de fiscalización o exámenes especiales, que realizan los fiscalizadores externos, ordenadas por la Dirección General de Minería, en la labor de fiscalización y control de la actividad minera, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM, la Ley 27474 y sus respectivos reglamentos. Conforme se advierte de las normas precitadas, dicho arancel se creó con el objeto de solventar las acciones de supervisión de campo, y para ello únicamente se paga por los honorarios del fiscalizador (por día de trabajo en el campo, por los días de viaje, y los gastos generales que comprende los pasajes aéreos, terrestres, alojamiento, alimentación, análisis de muestras y costos administrativos; todo ello en porcentajes de una Unidad Impositiva Tributaria y dependiendo de si es gran o mediana minería o pequeña minería). Mientras que el aporte por regulación es una contribución que se abona para pagar la actividad estatal que despliega el OEFA, el mismo que comprende todo un macroproceso de fiscalización ambiental que involucra labores de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental.
43. En síntesis, el AFM solo financia parte de una actividad concreta, esto es, labores de supervisión de campo que se realiza en el local de la empresa, en cambio el aporte por regulación financia todas las funciones a los que ha hecho referencia en el fundamento precedente, con lo cual, no existe un término de comparación válido que haga suponer que se está produciendo la confiscatoriedad cuantitativa.
44. Adicionalmente conviene precisar que, con el transcurrir de los años, el incremento de la actividad minera ha generado la necesidad de establecer, además, un aporte por regulación, esto es, fue necesario contar con este sustento a fin de que las entidades encargadas de fiscalizar las actividades mineras sean lo suficientemente sólidas para garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano, para lo cual resulta indispensable



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

contar con un presupuesto adecuado que permita contar con personal calificado, así como los equipos necesarios para ejecutar acciones de supervisión y fiscalización ambiental correspondientes, entre otras labores institucionales del OEFA.

45. Finalmente, se debe precisar dos cuestiones adicionales: (i) el aporte por regulación se calcula sobre la base de la facturación mensual de la empresa minera, deduciendo a ello el impuesto general a las ventas y el impuesto de promoción municipal, con lo cual, objetivamente pagan más quienes más facturan y quienes más facturan es porque más minerales extraen para su producción, esto es, la magnitud de los impactos generados por el desarrollo de las actividades económicas está directamente relacionada con el volumen (cantidad) de la producción y/o extracción de algún tipo de bien. En tal sentido, esta forma de cálculo garantiza la igualdad de los contribuyentes y evita la confiscatoriedad de su patrimonio. Así, el principio de igualdad tributaria, conforme lo ha manifestado este Tribunal en reiteradas oportunidades, no significa que toda riqueza deba ser gravada de la misma forma e intensidad, sino que ello debe hacerse atendiendo a circunstancias concretas, en el presente caso, se ha considerado la relación directa que hay entre el valor (ingresos facturados) y las externalidades negativas que resultan de la actividad minera; y, (ii) Se ha cumplido con lo estipulado en el artículo 10 de la Ley 27332, esto es, se ha respetado el tope máximo fijado en 1.00%, toda vez que conforme a los Decretos Supremos 127, 128, 129 y 130-2013-PCM, que aprueban los aportes por regulación del sector energético y minero a favor de Osinergmin y OEFA, la suma de los cobros efectuados por dicho concepto no ha superado el tope máximo conforme se aprecia de los siguientes cuadros correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016:

Año 2014

Sector	OEFA	Osinergmin	Minem	Total	Máximo Legal
Electricidad	0.11%	0.50%	0.35%	0.96%	1.00%
Hidrocarburos: Importación/ Producción	0.12%	0.42%	-	0.54%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.60%	0.25%	1.00%	1.00%
Minería	0.15%	0.21%	-	0.36%	1.00%

Año 2015

Sector	OEFA	Osinergmin	Minem	Total	Máximo Legal
--------	------	------------	-------	-------	--------------



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
S.A.A. - SMCV Representado(a) por
MILUSKA MARIANELA CERVANTES
CORNEJO - APODERADA

Electricidad	0.11%	0.51%	0.35%	0.97%	1.00%
Hidrocarburos: Importación/ Producción	0.12%	0.38%	-	0.50%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.59%	0.25%	0.99%	1.00%
Minería	0.15%	0.19%	-	0.34%	1.00%

Año 2016

Sector	OEFA	Osinermin	Minem	Total	Máximo Legal
Electricidad	0.11%	0.54%	0.35%	1.00%	1.00%
Hidrocarburos: Importación/ Producción	0.12%	0.37%	-	0.49%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.58%	0.25%	0.98%	1.00%
Minería	0.13%	0.16%	-	0.29%	1.00%

46. Finalmente, resulta necesario indicar que el principio de legalidad en materia tributaria se relaciona con el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, por lo cual es imperativo que el mismo se encuentre sometido a la Constitución y a las leyes. En el presente caso, no habiéndose acreditado la vulneración de los principios de reserva de ley y de no confiscatoriedad, se infiere que las normas dictadas y analizadas en autos han sido dictadas con arreglo a la Constitución y a las leyes, por lo que dicho extremo resulta también infundado.

47. Por lo demás, este Tribunal observa que este mismo criterio ha sido compartido por el Poder Judicial, ya que la Corte Suprema, en distintos pronunciamientos relacionados con procesos de acción popular, ha confirmado la constitucionalidad del APR. Así, por ejemplo, en la Acción Popular Nro. 16216-2014-LIMA, se precisó que el APR no ha sido creado mediante decretos supremos, sino a través de normas con rango de ley. También se precisó que el cobro de dicho aporte permite que el OEFA pueda realizar labores de supervisión y fiscalización en temas ambientales. Del mismo modo, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de INDECOPI, mediante Sentencia Nro. 64-2017/SDC, confirmó, también el cobro del APR por parte del OEFA.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

S.A.A. - SMCV Representado(a) por

MILUSKA MARIANELA CERVANTES

CORNEJO - APODERADA

48. Por lo tanto, no se encuentra acreditada la vulneración de los derechos constitucionales alegados, por lo que este Tribunal Constitucional considera que la demanda debe ser declarada infundada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC

AREQUIPA

SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE

SAA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincidimos con denegar la pretensión planteada, aunque en base a las siguientes consideraciones:

1. El Estado Constitucional tiene como elemento clave para asegurar el cumplimiento de su fin último al ejercicio limitado e institucionalizado del poder. Aquello se traduce, a nivel del poder con que se cuenta en el plano estatal, en una distribución de las diferentes cuotas de poder (competencias) entre diversos órganos u organismos. En algunos casos, eso se da en forma excluyente, y en otros, de manera compartida.
2. Este planteamiento general cuenta también con una plasmación en lo referido a tareas tan relevantes como la interpretación conforme a la Constitución y el ejercicio del control de constitucionalidad (en sus diversas manifestaciones). Todos los ordenamientos jurídicos de un Estado en particular tienen una lista de entidades a las cuales reconocen como intérpretes vinculantes de la Constitución. Ahora, ese reconocimiento no involucra asignar a todos los habilitados las mismas competencias frente a estas importantes materias. Así, pues, el constituyente peruano ha concedido al Tribunal Constitucional un pronunciamiento vinculante de cierre en varios temas. Sin embargo, ha otorgado al Poder Judicial o judicatura ordinaria las competencias de interpretación conforme a la Constitución y de declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas de alcance general con rango inferior a la ley.
3. Es más, la Constitución peruana ha establecido un medio procesal especial y específico para que la judicatura ordinaria o Poder Judicial emita el pronunciamiento correspondiente en situaciones como las establecidas en el segundo apartado de este mismo texto. Nos estamos aquí refiriendo al Proceso de Acción Popular. Lo resuelto a través de este medio procesal, emitido por el órgano competente de la judicatura ordinaria y apuntalado por una necesaria presunción de constitucionalidad, no puede ser en el Perú revisado por este nuestro Tribunal Constitucional.
4. Probablemente habrá quien pueda alegar que, en tanto y en cuanto lo resuelto en una Acción Popular se encuentra recogido en una resolución emitida por el Poder Judicial o judicatura ordinaria, podrían eventualmente ser pasible de revisión mediante otro medio procesal que pueda llevar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el particular. Sin embargo, ya este mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que la posibilidad de interponer y conseguir un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC
AREQUIPA
SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
SAA

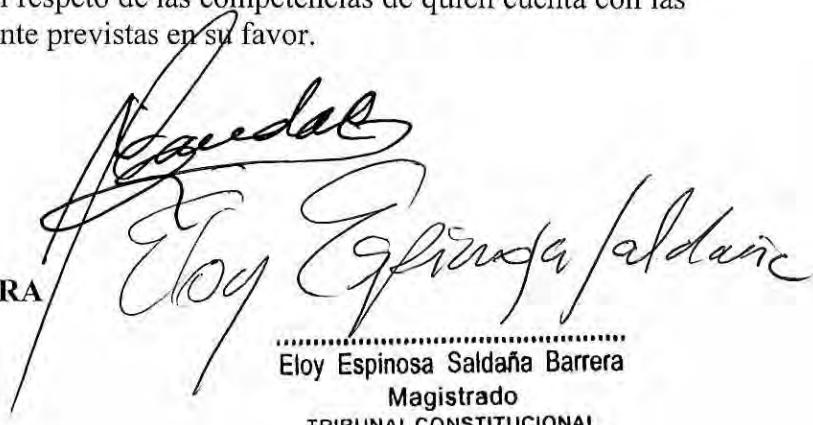
Amparo contra una resolución emitida en un proceso de Acción Popular es, por decir lo menos, muy excepcional y dependiente de que se den una serie de recaudos.

5. En este escenario es que conviene tener presente que mediante la Acción Popular recogida en el expediente 16216-2014 la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundada la demanda que pretendía cuestionar el Decreto Supremo 130-2013-PCM, con un pronunciamiento que tiene carecer erga omnes, propio de su naturaleza de control abstracto.
6. El objeto del presente amparo era el de pronunciarse por la constitucionalidad de lo previsto en el Decreto Supremo 130-2013-PCM. Mediante el cual se establece un monto a asignar en favor de OEFA en torno al denominado aporte por regulación. Aquello. Para este Tribunal, ya ha recibido un pronunciamiento sobre el contenido de la pretensión alegada, o, como comúnmente denominan algunos, acerca del fondo de la controversia. Nos guste o no, lo dispuesto en el Decreto Supremo 130-2013-PCM ya ha sido declarado constitucional por la autoridad competente para ello.
7. Si el sentido de un proceso, el contenido de la pretensión alegada, el fondo de la controversia ya ha sido definido por la autoridad competente para ello, solamente nos toca aplicar lo resuelto en ese caso para resolver lo debatido con iguales alcances. Ratificar lo ya dicho sobre “el fondo de la controversia”, independientemente de si coincidimos o no de acuerdo con lo allí señalado. Y es que en aras de tutelar el Estado Constitucional no podemos dejar de lado algunos de sus principios básicos: el respeto de las competencias de quien cuenta con las funciones constitucionalmente previstas en su favor.

SS.

MIRANDA CANALES

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



.....
Eloy Espinosa Saldaña Barrera
Magistrado
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lo que certifico:



.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC
AREQUIPA
SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
SAA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA

Discrepamos de la sentencia de mayoría porque no se pueden crear impuestos de cualquier manera, ni siquiera con la finalidad de financiar la noble tarea de proteger el medio ambiente. El artículo 74 de la Constitución establece que:

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por *ley* [*cursiva* añadidas].

Esta norma no ha sido respetada en este caso. El “aporte por regulación” que financia el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) fue creado por el Decreto Supremo 130-2013-PCM, el 19 de diciembre de 2013.

La sentencia de mayoría dice que el aporte por regulación para OEFA fue creado por la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, de 29 de julio de 2000. Sin embargo, cuando se dio esa ley, OEFA no existía.

El aporte por regulación de la Ley 27332 correspondía —y corresponde— a los organismos reguladores de servicios públicos, que ella enumera taxativamente: Osiptel, Osinerg, Ositrán y Sunass. La OEFA no es uno de ellos, ya que la minería no es un servicio público.

El 24 de enero de 2007, la Ley 28964 rebautizó a Osinerg como Osinergmin, encargándole la supervisión y fiscalización ambiental de la minería. El 12 de julio de 2012, la Ley 29901 precisó sus responsabilidades, al haberse creado OEFA el 4 de marzo de 2009 por Ley 29325.

Poco después, el 4 de diciembre de 2012, la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 indicó que OEFA se financiará con cargo al aporte por regulación de Osinergmin... Hasta ahí, no había vulneración constitucional alguna.

Empero, el Decreto Supremo 130-2013-PCM estableció que OEFA se financia con un aporte por regulación *independiente* del de Osinergmin. Hoy los dos juntos no superan el 1% de la facturación de las empresas —máximo que establece la Ley 27332—, pero no están impedidos legalmente de hacerlo mañana.

El Tribunal Constitucional no puede convalidar el procedimiento solapado con el que se ha creado el impuesto mal llamado “aporte por regulación” que financia a OEFA.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05410-2015-PA/TC
AREQUIPA
SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
SAA

Por ello, nuestro voto es por declarar **FUNDADA** la demanda. En consecuencia, inaplíquese a la empresa demandante el Decreto Supremo 130-2013-PCM; y ordénese al OEFA la devolución de lo aportado por ella.

SS.

BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL