



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.

31. 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



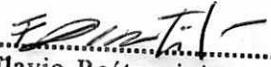
EXP. N.º 05410-2015-PA/TC
AREQUIPA
SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE
SAA

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