



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 1520-2004-AA/TC
LIMA
PETRO OIL .S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Petro Oil S.A. contra la Resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 244, su fecha 5 de setiembre de 2003, que declaró fundada la excepción de caducidad y, en consecuencia, improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de enero del 2002, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Presidente de Consejo de Ministros, el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), con la finalidad de que se declaren inaplicables a su empresa el artículo 10º de la Ley N.º 27332 y los artículos 2º y 6º del Decreto Supremo N.º 114-2001-PCM, y que, en consecuencia, se abstenga OSINERG de cobrar el aporte de 0.63% por regulación, por tratarse de una tasa excesiva cuando se aplica en su caso y haber sido regulada por Decreto Supremo, vulnerando los principios constitucionales de no confiscatoriedad de los tributos y reserva de ley.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros deduce la excepción de caducidad, aduciendo que a la fecha de interposición, admisión y notificación de la demanda, los derechos que la demandante alega habrían caducado, y contesta la demanda expresando que esta no es la vía conveniente para tramitarla, pues para cuestionar una norma de menor rango sería pertinente interponer acción popular.

OSINERG contesta la demanda solicitando sea declarada infundada o improcedente, por los mismos argumentos esgrimidos por el Procurador del Consejo de Ministros.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Trigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 27 de junio de 2002, declara fundada la excepción de caducidad, e improcedente la demanda, por considerar que la pretensión dirigida contra la Ley N.º 27332 y el Decreto Supremo N.º 114-2001-PCM debe tener en cuenta para el cómputo del plazo la entrada en vigencia de la Ley señalada, la cual tiene como fecha de publicación en *El Peruano* el 29 de julio de 2000.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos argumentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable a la recurrente el artículo 10º de la Ley N.º 27332 y los artículos 2º y 6º del Decreto Supremo N.º 114-2001-PCM, del 19 de octubre de 2001, mediante los cuales se establece como aporte al OSINERG por regulación la tasa del 0.63% sobre la facturación mensual de la empresa. La recurrente alega que dicho monto es confiscatorio, pues su pago absorbe el íntegro de su utilidad mensual y le hace incurrir en pérdidas, además de vulnerar el principio de reserva de ley, por haber sido establecido mediante Decreto Supremo.
2. Este Colegiado considera que la excepción de caducidad debe desestimarse, toda vez que la aplicación de la Ley N.º 27332 y del Decreto Supremo N.º 114-2001-PCM –que fija por delegación la tasa del tributo– configura actos de afectación continua, pues mientras subsista la exigencia económica no puede considerarse que el estado de inconstitucionalidad alegado pueda quedar agotado en la fecha de publicación de la ley que crea el aporte.

§ La reserva de ley en el caso del artículo 10º de la Ley N.º 27332

3. Respecto al alegato de la recurrente sobre la vulneración de la reserva de ley, cabe señalar que en la STC 3303-2003-AA/TC (aportes por regulación), el Tribunal Constitucional precisó que la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir *excepcionalmente* derivaciones al reglamento, *siempre y cuando* los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley. Asimismo, se indicó que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero que, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.
4. Entonces, cuando el artículo 10º de la Ley N.º 27332 establece que: “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 del Impuesto general a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mediante Decreto Supremo (...), se 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%.

§ El alegato de confiscatoriedad y su evaluación en el caso de contribuciones

5. De otro lado, la empresa recurrente alega que la tasa del 0.63 % sobre su facturación mensual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal a que refiere el artículo 2° del Decreto Supremo N.º 114-2001-PCM, resulta confiscatorio en su caso, pues absorbe el íntegro de sus utilidades mensuales además de generarle pérdidas (fjs. 56); especificando que, sólo para el mes de noviembre del 2001, el aporte ascendió a S/. 198, 605, suponiendo la exacción de más del 100% de la renta imponible (S/. 100, 396) o utilidad comercial (S/. 98,631) acumuladas en el ejercicio, provocando la generación de pérdida de S/. 99.974.30, conforme al estado de ganancias y pérdidas elaborado por su propio departamento de contabilidad.
6. Al respecto, en la STC 2727-2002-AA/TC, este Colegiado sostuvo que 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.

En efecto, tomando en cuenta el tipo de tributo para evaluar la confiscatoriedad, cabe aclarar dos aspectos:

- El primero, que las contribuciones son tributos vinculados cuya obligación social tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; por consiguiente, su cobro no surge por una manifestación de capacidad contributiva del demandante sino por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse, en este caso, de la actividad reguladora que brinda el Estado. *Consecuentemente, el hecho de que la empresa haya presentado utilidades o pérdidas no resulta determinante para eximirse de tal obligación contributiva, toda vez que las utilidades y pérdidas determinan básicamente la capacidad de pago respecto al Impuesto a la Renta.*

- El segundo, que la generación de utilidades y pérdidas en una empresa tiene que ver con la explotación racional del negocio, mas no se origina en la obligación del pago de una contribución, como erróneamente afirma la empresa recurrente.

8. De otro lado, la recurrente ha señalado como circunstancia concreta que determina la confiscatoriedad en su caso, el hecho de que el rubro económico de su empresa “(...)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

supone la comercialización mayorista de grandes volúmenes de hidrocarburos, bajo márgenes de comercialización reducidos (...), en término comparativos porcentuales sus ingresos por ventas son inmensamente superiores a las utilidades que reportan sus actividades de comercialización mayoristas, lo que determina que el establecimiento de una contribución del 0.63% sobre nuestra facturación mensual, absorba el íntegro de nuestra utilidad” (fjs. 260).

- 9. Evidentemente, la confiscatoriedad no puede determinarse sobre la base de un límite absoluto en todos los casos, dada su variabilidad en el tiempo y las circunstancias; así las cosas, la afirmación de la empresa demandante requiere una comprobación que no se restringe únicamente a uno o dos meses de facturación, sino que necesita la verificación de las fluctuaciones en distintos periodos consecutivos, a fin de determinar si en circunstancias de un rendimiento normal de la empresa, el *quántum* de la contribución al OSINERG afecta razonablemente su propiedad.

- 10. En un proceso como el amparo, que carece de etapa probatoria, es necesario que quien alega la confiscatoriedad la demuestre fehacientemente. Así, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que no constituyen medios probatorios válidos ni las declaraciones juradas ni los informes contables elaborados por la propia empresa, y que es necesario un peritaje independiente (Fundamentos N.ºs 21-28, STC 2302-2003-AA/TC); por consiguiente, la confiscatoriedad en este caso no ha sido demostrada por los documentos corrientes de fojas 5-7, 13 y 17-19. Tampoco se demuestra por sí sola y aisladamente mediante el dictamen de estados financieros elaborado por la Auditoría KPMG, correspondiente al año 2000, pues esta corresponde a un periodo fiscal en el que aún no le era exigible la contribución de dicha alícuota a la empresa recurrente.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la acción de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO**

Lo que certifico:

**Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)**