



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 367/2020

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,
REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO
MALCA LA FUENTE (APODERADO)

Con fecha 18 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Asimismo, los magistrados Ferrero Costa y Miranda Canales formularon sus fundamentos de voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con la abstención de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, aprobada en la sesión del Pleno del 18 de agosto de 2020. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Miranda Canales.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Eduardo Malca La Fuente, representante de la Minera La Zanja SRL contra la resolución de fojas 274, de fecha 8 de abril de 2015, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente *in limine* la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La parte demandante, con fecha 12 de marzo de 2014, interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Ministerio de Energía y Minas (Minen). Solicita que se inaplique, a su caso, el Decreto Supremo 128-2013-PCM, mediante el cual se aprueba el aporte por regulación (APR) del sector minero a Osinergmin, y se declare sin efecto la Declaración Jurada del APR Subsector Minería de los periodos 1-2014 y 2-2014 y se ordene la devolución de todos los aportes hechos con sus intereses legales. Exige también que se inaplique cualquier acto, resolución, oficio u otro que en cumplimiento del referido decreto se hubiera emitido.

Manifiesta que el Decreto Supremo 128-2013-PCM, norma autoplicativa que con su sola vigencia obliga a su representada a pagar el APR mensualmente, vulnera, entre otras normas, el principio de no confiscatoriedad, preceptuado en el artículo 74 de la Constitución, básicamente en su aspecto cualitativo, debido esencialmente a las siguientes razones:

- a. La norma impugnada está desnaturalizando lo dispuesto en la Ley 29901, que precisa competencias del Osinergmin, ya que se ha determinado una cuantía de aporte por regulación minera sin considerar que dicha ley únicamente incluye actividades de supervisión y fiscalización minera, más no el presupuesto para el sostenimiento institucional de dicho organismo, con lo cual también se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

estaría incrementando ingresos del tesoro público en perjuicio de la parte demandante.

- b. El costo de las acciones por fiscalización en el ámbito minero debe ser congruente con lo que históricamente se venía pagando por concepto del Arancel de Fiscalización Minero (AFM) que eran cobrados en función al costo real de la actividad financiada; sin embargo, a través del APR se pretende cubrir otros gastos propios del sostenimiento institucional de Osinergmin, con lo cual terminaría pagando montos mucho mayores.
- c. Dado que el decreto cuestionado es una contribución, la cuantía de la obligación debe ser fijada tomando en consideración el costo del servicio de la actividad que el aporte busca financiar y no un porcentaje de la facturación mensual, esto es, no corresponde que el fundamento del citado aporte sea la capacidad contributiva, como ocurre en el presente caso, sino el valor del costo real de la actividad estatal que se pretende financiar. Para ello cita como ejemplo lo contenido en la sentencia seguida en el Expediente 00041-2004-PI/TC, en el que este Tribunal declaró inconstitucionales algunas ordenanzas que regulaban los arbitrios municipales, debido a que calcularon la cuantía del tributo en función del valor del predio de los contribuyentes y no en función del costo del servicio que se buscaba solventar.
- d. Además, siendo la contribución 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 ve en qué medida el contribuyente percibe algún beneficio.

El Décimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 26 de mayo de 2014, declaró improcedente *in limine* la demanda por considerar que, si bien el Decreto Supremo 128-2013-PCM es una norma autoaplicativa, el APR no vulnera los principios constitucionales que inspiran el sistema tributario de nuestro país; por lo que los hechos y el petitorio del caso no se encuentran referidos al contenido esencial de los derechos que se invoca.

La Sala revisora confirmó la resolución apelada argumentando que cuestionar el carácter confiscatorio del Decreto Supremo 128-2013-PCM importa en el fondo cuestionar, en abstracto, el carácter confiscatorio del marco legal, lo que no resulta posible a través del proceso de amparo, de conformidad con el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. De manera preliminar, este Tribunal estima necesario pronunciarse respecto del rechazo *in limine* decretado por los órganos jurisdiccionales precedentes. En ambas resoluciones se considera que en el presente caso no se ha vulnerado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.
2. No obstante ello, corresponde efectuar un análisis de fondo de la controversia, no solo porque los hechos y el petitorio afectarían el principio constitucional de no confiscatoriedad, sino porque el control de la constitucionalidad de la norma impugnada (Decreto Supremo 128-2013-PCM, norma autoplicativa que genera un cambio en la situación jurídica de los sujetos pasivos, pues impone una obligación de tributar), a efectos de lograr su inaplicación en el caso concreto, es principalmente jurídico y no requiere de estación probatoria.
3. Además, conforme este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia, en realidad no hay una vía igualmente satisfactoria en la cual pueda analizarse la constitucionalidad de una norma autoplicativa (Resoluciones 01547-2014-PA/TC y 08310-2005-PA/TC).
4. Asimismo, se puso en conocimiento de los demandados el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 47 del Código Procesal Constitucional (f. 188 a 190 y 192 a 195), por lo que no se le limitó su derecho a la defensa. En tal sentido y, en atención a los principios de economía y celeridad procesal, corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

Delimitación del petitorio de la demanda

5. La demanda tiene por objeto la inaplicación del Decreto Supremo 128-2013-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013, que establece disposiciones referidas al APR del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, a cargo de las empresas del sector minería.

Siendo esta una norma autoaplicativa de naturaleza tributaria, pues, como se señaló, esta norma genera un cambio en la situación jurídica de los sujetos pasivos, imponiéndoles la obligación de tributar, corresponde verificar si esta norma vulnera el principio constitucional de no confiscatoriedad y, subsecuentemente, si con ello se afecta o no el patrimonio de la empresa demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

Análisis del caso concreto

6. El segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución establece lo siguiente: “Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio”. Al respecto, este Tribunal ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente 0041-2004-AI/TC lo siguiente: “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” (fundamento 56).
7. 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 se ha explicado en la sentencia recaída en el Expediente 02727-2002-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”.

Asimismo, como es de esperar, tal afectación no solo debe ser alegada, sino que también, 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, fundamento 26).

8. La parte demandante señala que el Decreto Supremo 128-2013-PCM vulnera el principio de no confiscatoriedad, pues, conforme a la Ley 29901, que precisa competencias del Osinergmin, corresponde financiar únicamente las funciones de supervisión y fiscalización de la actividad minera en materia de seguridad de la infraestructura a través del APR y no el presupuesto que cubre el sostenimiento institucional de dicho organismo.
9. Para un mejor análisis de lo que aquí se discute, resulta pertinente detallar las normas vinculadas al APR, así como lo referente a las competencias del Osinergmin. Así, la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que crea y da origen a la figura del APR, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del año 2000, establece en su artículo 10 lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

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.

10. Con relación a Osinergmin, la precitada norma estableció cuáles serían los organismos reguladores en el país: 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 (Sunass).
11. Así, en principio, correspondió a Osinerg ser el organismo regulador encargado de la supervisión y fiscalización de la inversión en energía. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 28964, publicada el 24 febrero de 2007, se crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), se inicia con el proceso de transferencia de las competencias en fiscalización minera (artículo 2), y se establece que, en adelante, debe entenderse que toda mención que se haga al Osinerg en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al Osinergmin (artículo 18).
12. En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 29901, que precisa competencias del Osinergmin, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2012, se ampliaron los alcances de sus 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, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

Osinermin 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.

13. Ahora bien, las funciones correspondientes a los organismos reguladores se encuentran establecidas en el artículo 3 de la Ley 27332:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

c) Función normativa¹: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

¹ Literal sustituido por el Artículo 1 de la Ley 27631, publicada el 16 de enero de 2002.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

14. Ahora bien, del análisis de las referidas normas se advierte que la fijación del APR ha sido establecido considerando algunos parámetros, entre otros, sobre qué entidades recaerá su cobro (organismos reguladores), el tope máximo permitido (1 % de la facturación anual deducido el impuesto general a las ventas y el impuesto de promoción municipal), más no ha determinado específicamente qué funciones de las establecidas en su artículo 3 serán las financiadas por dicho aporte.

En el mismo sentido, tampoco puede soslayarse que resulta lógico que el APR se haya creado con el propósito de financiar las funciones asignadas a los organismos reguladores, esto es, su sostenimiento institucional, tanto más si la norma que crea el APR no establece alguna limitación dirigida a financiar únicamente las funciones de supervisión y fiscalización.

15. De otro lado, la empresa demandante señala que las funciones del Osinergmin en el ámbito minero se han restringido a tal punto que solo le compete abonar por concepto de APR el gasto que generen las funciones de fiscalización en seguridad de la infraestructura, citando para ello el listado de funciones técnicas que quedaron bajo su competencia de conformidad con el Decreto Supremo 088-2013-PCM. Sin embargo, conforme se advierte del tenor de dicho dispositivo, las funciones que actualmente desempeña Osinergmin en el ámbito minero no se reducen únicamente a labores de fiscalización en seguridad de la infraestructura, sino que van más allá, incluyendo otras funciones en el ámbito regulatorio. Así, de conformidad con el anexo 2 del referido decreto supremo, dichas funciones técnicas son las siguientes:

a. Dictar los reglamentos, normas que regulan los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, en los temas de su competencia.

b. Supervisar las actividades mineras de exploración, explotación, beneficio y transporte minero, en la mediana y gran minería; así como en el almacenamiento de concentrados de minerales, en el ámbito de su competencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,
REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO
MALCA LA FUENTE (APODERADO)

c. Supervisar a los titulares mineros que realizan actividades mineras sin cumplir los requisitos de pequeño productor minero, en el ámbito de su competencia.

d. Supervisar, en el ámbito de su competencia, las actividades mineras en los siguientes aspectos:

- Geomecánica
- Ventilación
- Plantas de beneficio, fundición, refineras, depósito de concentrado y plantas de relleno hidráulico.
- Transporte, maquinarias e instalaciones auxiliares.
- Depósitos de relaves, pilas de lixiviación, depósitos de desmontes y tajo abierto.
- Estabilidad física de depósitos de relaves, pilas de lixiviación, depósitos de desmontes, tajo abierto y labores subterráneas, y demás aspectos de seguridad de la infraestructura minera, aprobados en el Plan de Cierre.

e. Supervisar y fiscalizar las situaciones de emergencia minera, así como atención de denuncias, en el ámbito de su competencia.

f. Supervisar y fiscalizar, en el ámbito de su competencia, el incumplimiento de: obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras, disposiciones legales y normas técnicas de las actividades mineras, relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, sus instalaciones y de sus operaciones.

16. Adicionalmente, resulta importante destacar que, si bien la Ley 29901 hace referencia a las funciones de supervisión y fiscalización de la actividad minera bajo el ámbito del Osinergmin, es la Ley 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, la que precisa claramente los alcances de la Ley 27332, cuando establece en su artículo 7 que “el aporte a que hace mención el Artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tienen la naturaleza de contribución destinada al sostenimiento institucional del Osinerg”.

Con lo cual, no cabe duda de que el financiamiento del APR no solo se restringe a las funciones de supervisión y fiscalización del subsector Minería y solo en cuanto a la seguridad de la infraestructura, tal y como se encuentra alegando la empresa demandante, sino que incluye funciones normativas, de supervisión y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

de fiscalización de la infraestructura, instalación y de las actividades mineras en general.

17. Con relación a que el APR debe considerar el costo real de las actividades a financiar y no únicamente la capacidad contributiva del acreedor tributario, se debe tener presente 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 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.

18. 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 de este. 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 de este, 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 del 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.
19. En concreto, las actividades que realiza el Osinergmin recaen sobre el rubro de actividades estatales. En efecto, conforme a la Ley 27332, Ley 28964 y al Decreto Supremo 088-2013-PCM, las acciones que realiza el Estado a través de su organismo regulador, Osinergmin, recae sobre funciones normativas, reguladoras, de supervisión y fiscalización de la seguridad en la infraestructura, instalaciones y de las actividades mineras.

Entonces, el 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 genera beneficios no solo para sociedad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del APR, pues a través de dichas acciones se optimiza, a su 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. A ello se debe agregar la prevención de los conflictos sociales que puedan generarse a consecuencia de la actividad minera en ciertos sectores del país.

20. La parte recurrente aduce también que los montos cobrados a consecuencia del dispositivo cuestionado vulneran el principio de no confiscatoriedad, entre otros, porque es desproporcionado y porque se 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 mucho menor que ahora se tributa por concepto de APR. Al respecto, conviene precisar que ambos conceptos no solo son distintos por su naturaleza, sino además por otros factores que se explican a continuación.
21. En efecto, el AFM 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, mediana o pequeña minería). Por su parte, el APR es una contribución que se abona para pagar la actividad estatal que despliega el Osinermgmin en el subsector minero, el cual comprende todo un macroproceso que involucra, entre otras, las funciones normativas, de supervisión, fiscalización y control.

22. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

cambio el APR financia todas las funciones a los que se 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 en el sentido que se afirma en la demanda.

23. Se debe precisar que el APR 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 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; así, 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.
24. 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 del APR, 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 128-2013-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013.
25. Todo lo expuesto 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 cual se ha constituido en un importante motor de la economía peruana. Muestra de ello es que en las últimas décadas somos testigos del avance de esta actividad en nuestro país.
26. Sin embargo, esta actividad, que genera bienestar no solo en materia económica, puede también generar, en este proceso, amenazas de vulneración de diversos derechos fundamentales (al medio ambiente, a la propiedad comunal, etc.). Resulta incuestionable, entonces, que el desarrollo de esta actividad pueda generar impactos y riesgos negativos en países minero-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

energéticos como el nuestro, o que ya las haya generado, por lo que corresponde, en este caso, solucionar dicha falla.

De ahí la necesidad no solo de encontrar un justo equilibrio entre el desarrollo económico y la protección de los derechos fundamentales, sino que además corresponde al Estado y a la sociedad hacer efectivo ello. Por esta razón, debe garantizarse la provisión de los recursos adecuados a las entidades estatales a cargo de la regulación, supervisión y fiscalización de dichas actividades a fin de cumplir cabalmente con su objeto.

27. De lo expuesto, en el presente caso no se ha acreditado la vulneración del principio de no confiscatoriedad, 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 amparo, porque no se ha acredita la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestro colega magistrado, emitimos el presente fundamento de voto, pues, si bien concordamos con la parte resolutive de la sentencia, no suscribimos los siguientes fundamentos.

- **Los fundamentos 25 y 26**, toda vez que no resultan imprescindibles para la resolución del caso.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

Amparo contra normas auto aplicativas

1. El objeto de la presente demanda es la inaplicación del Decreto Supremo 128-2013-PCM, que establece disposiciones normativas referidas al aporte por regulación del OSINERGMIN, 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 auto aplicativo, 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 justo señalar que, conforme al artículo 3 del Código Procesal Constitucional: “Son normas auto aplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada”.
2. 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 auto aplicativas, 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 (...)”, todo ello de conformidad en la sentencia recaída en el expediente 02302-2003-PA/TC, fundamento jurídico 9.

Sobre la Acción Popular 5260-2015 Lima

3. Con fecha 5 de noviembre de 2015, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, resuelve el proceso de acción popular 5260-2015 Lima, declarando infundada la demanda. En dicha demanda, la Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía cuestiona la constitucionalidad del Decreto Supremo 128-2013-PCM.
4. De acuerdo con el artículo 200, inciso 5, de la Constitución, el proceso popular procede por infracción a la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
5. A su turno, el artículo 85 de Código Procesal Constitucional, establece que el Poder Judicial tiene la competencia exclusiva para resolver los procesos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05202-2015-PA/TC

LIMA

MINERA LA ZANJA SRL,

REPRESENTADO POR JOSÉ EDUARDO

MALCA LA FUENTE (APODERADO)

acción popular. En ese sentido, será la Corte Suprema quien resuelva en última instancia los procesos de acción popular, dichas sentencias tienen la autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de publicación de conformidad al artículo 82 del mismo cuerpo normativo.

6. Este Tribunal no puede desconocer las competencias que han sido asignadas por la Constitución, al delimitar qué tipos de procesos constitucionales pueden conocer tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional. En consecuencia, este Tribunal no puede revisar lo resuelto en un proceso de acción popular, competencia exclusiva del Poder Judicial, más aún cuando ya ha declarado la constitucionalidad del Decreto Supremo 128-2013-PCM. En esa línea de pensamiento, únicamente corresponde ratificar lo ya señalado por la Corte Suprema en el proceso de acción popular 5260-2015 LIMA.

S.

MIRANDA CANALES