



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 104/2021

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO HORIZONTE
S.A Representado por JOSÉ IGNACIO
DE LOS HEROS UGARTE

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de enero de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez, y Espinosa-Saldaña han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 01631-2017-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló fundamento de voto.

Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares declarando fundada la demanda.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini emitió voto singular que entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Sardón de Taboada, y Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Consorcio Minero Horizonte SA, debidamente representado por don Arturo Aza Riva, contra la resolución de fojas 2328-A, de fecha 10 de enero de 2017, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 19 de marzo de 2014, Consorcio Minero Horizonte S.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 (MINEM), el Ministerio del Ambiente (MINAM) y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Solicita lo siguiente:

- Se inaplique el Decreto Supremo 130-2013-PCM, de fecha 19 de diciembre de 2013, el cual fijó el Aporte por Regulación (APR) a favor de OEFA, por parte de las empresas mineras, entre ellas la recurrente.

Asimismo, como pretensión accesoria plantea lo siguiente:

- Se ordene la devolución a la demandante todos los aportes que, a la fecha de ejecución de sentencia, ésta hubiese pagado de acuerdo a la norma cuestionada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

- Se declare inaplicable para la recurrente cualquier acto, resolución, oficio u otro que, en ejecución o cumplimiento del referido Decreto Supremo, se hubiera emitido o practicado.
- Se declare la inaplicación de toda norma infralegal o acto administrativo emitido en aplicación, ejecución y/o fiscalización del citado decreto.

Manifiesta que dicho dispositivo vulnera los principios de no confiscatoriedad, legalidad y reserva de ley, preceptuados en el artículo 74 de la Constitución Política.

Sobre el principio de legalidad y reserva de ley, alega que en materia tributaria se prescribe que los tributos sólo puedan crearse mediante leyes o decretos legislativos, por lo que la regulación establecida en el Decreto Supremo 130-2013-PCM es discutible al no tener rango legal. Advierte que la Ley 29951, referida al presupuesto del sector público para el año fiscal 2013, no crea ningún tributo a favor de OEFA, entidad que además no ostenta la naturaleza de organismo regulador. Asimismo, advierte que la Constitución prohíbe que las normas de presupuesto público regulen materia tributaria.

En cuanto a la vulneración del principio de no confiscatoriedad señala que al cuantificar la obligación en base a la facturación mensual de las empresas mineras, como único elemento de cálculo mensual, no se guarda relación con el costo que incurre el Estado para fiscalizar cada empresa.

En relación a la vulneración del derecho fundamental a la propiedad, esta se configura cuando la exigencia del pago de un tributo tiene efectos confiscatorios, como sería el APR.

Contestaciones de la demanda

Presidencia del Consejo de Ministros

El Procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros, con fecha 7 de julio de 2014, a fojas 311, se apersona al proceso y deduce como excepciones: i) la incompetencia en razón de la materia, en tanto estamos ante una norma que no es autoaplicativa debe ser cuestionada mediante una acción popular; ii) excepción por prescripción, al manifestar que la demanda fue presentada el 19 de marzo de 2014 excediendo el plazo; excepción por falta de legitimidad para obrar, cuestiona que al ser una persona jurídica no puede recurrir al presente proceso; y por falta de agotamiento de la vía previa, considera que debió de impugnar el pago impuesto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

Asimismo, en lo referido a la contestación de la demanda señala que no se vulnera el principio de legalidad ni el de reserva de ley, pues a través de la norma cuestionada solo se describe el porcentaje del APR en favor de OEFA y, en consecuencia, no se crea ningún tributo. En cuanto a la alegada vulneración a principio de no confiscatoriedad aduce que, el APR está destinado a cumplir los objetivos del OEFA y la obligaciones derivadas por ley.

Organismo de Fiscalización Ambiental

El procurador adjunto del Organismo de Evaluación y fiscalización Ambiental- OEFA, con fecha 07 de julio de 2014, a fojas 389, se apersona al proceso y deduce como excepciones: i) la falta de agotamiento de la vía previa, considera que debió presentar un reclamo en la vía administrativa; ii) la existencia de una vía igualmente satisfactoria, siendo esta el proceso contencioso administrativo. En cuanto a la contestación de la demanda, precisa que a diferencia del arancel de fiscalización, el APR es una contribución y como tal costea las actividades de supervisión y fiscalización que realiza el OEFA. En suma, señala no se vulnera el principio de reserva de ley, ni el de legalidad, pues la Ley 29951 se limita a reconocer al OEFA como acreedor tributario y no es la norma que crea el APR, por el contrario, la creación del mencionado aporte se generó con la promulgación de la Ley 27332. Por otro lado, señala que tampoco se vulnera el principio de no confiscatoriedad, ya que se la norma se mantiene dentro del límite del 1% establecido por la Ley 27332.

Ministerio de Economía y Finanzas

El procurador a cargo de los asuntos del Ministerio de Economía y Finanzas, con fecha 10 de julio de 2014, a fojas 450, se apersona al proceso y deduce como excepciones: i) la falta de legitimidad pasiva, pues tratan de incluirlo al proceso a pesar de no ser parte tanto de la relación material como procesal; ii) por oscuridad o ambigüedad, al proponer una demanda con términos imprecisos. Respecto a la contestación de la demanda, señala que no existe vulneración del principio de legalidad y reserva de ley, pues el APR fue regulado por la Ley 30011 y la Ley 27332. Así, la norma cuestionada solo comprende aspectos delegados por el artículo 10 de la Ley 27332. Respecto al principio de no confiscatoriedad aduce que la cuestionada norma se limita a regular el porcentaje específico de la contribución denominada como aporte por regulación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

Ministerio de Energía y Minas

El procurador a cargo de los asuntos del Ministerio de Energía y Minas, con fecha 11 de julio de 2014, a fojas 487, se apersona al proceso y deduce la excepción de competencia, al considerar que no estamos ante una norma autoaplicativa; y al existir una igualmente satisfactoria, en referencia al proceso contencioso administrativo. En lo que se refiere a la contestación de la demanda señala que no se vulnera el principio de legalidad, ni la reserva de ley, puesto que el APR fue creado mediante la Ley 27332, la cual únicamente dispuso que OEFA se financiaría con dicho aporte. Señala que tampoco se vulnera el principio de no confiscatoriedad, ya que el APR es una contribución que se abona para financiar acciones de supervisión, fiscalización y sanción del OEFA, siendo ello diferente al arancel de fiscalización.

Sentencia de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional mediante Resolución 37, de fecha 14 de enero de 2016, declaró fundada la demanda al considerar que resulta lesivo que el APR sea fijado en función a la facturación mensual de la empresa al depender el monto de un tributo al éxito o fracaso de la empresa. En ese sentido, advierte que dicha pretensión es contraria al principio de capacidad contributiva, que exige que el monto sea fijado en función al beneficio real o potencial que se presente.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante Resolución N.º 10, de fecha 10 de enero de 2017, revocando la apelada, declara infundada la demanda, debido a que el cuestionamiento constitucional materia de la presente fue objeto de control constitucional abstracto por parte de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que en última instancia confirmó la apelada y declaró infundada la demanda de acción de popular. Asimismo, precisa que al constituir calidad de cosa juzgada dicha ejecutoria resulta ser inmodificable e inmutable.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

FUNDAMENTOS

Consideraciones Previas

Amparo contra normas autoaplicativas

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 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 dicho supuesto, 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".
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 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, fundamento jurídico 9).
3. En el presente caso, se advierte que la norma cuestionada es de carácter autoaplicativo, por su naturaleza de norma tributaria y el despliegue inmediato de sus efectos. Así, la parte demandante, acredita mediante declaraciones juradas de fecha 25 de febrero y 10 marzo de 2014 (fojas 126 y 128), así como constancias de transferencias bancarias que efectuó el pago por concepto de aporte por regulación en favor del OEFA (fojas 127 y 129). En efecto, dicha disposición normativa le era exigible a las empresas del sector minería para el periodo anual 2014, desde enero de dicho año, al no requerir de algún acto posterior que la condicione el pago de estas.

Sobre la Acción Popular 16216-2014 Lima

4. Con fecha 3 de septiembre 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 16216-2014 Lima, declarando infundada la demanda. En dicha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

demanda, la Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía cuestiona la constitucionalidad del Decreto Supremo 130-2013-PCM.

5. De acuerdo al artículo 200, inciso 5 de la Constitución, la acción popular procede por infracción de 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.
6. A su turno, el artículo 85 del Código Procesal Constitucional, establece que el Poder Judicial tiene la competencia exclusiva para resolver los procesos de 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.
7. 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 N° 130-2013-PCM. En esa línea de pensamiento, únicamente corresponde ratificar lo ya señalado por la Corte Suprema en el proceso de acción popular 16216-2014 Lima.

Delimitación del petitorio de la demanda

El petitorio de la demanda se circunscribe a las siguientes pretensiones:

- Se inaplique el Decreto Supremo 130-2013-PCM, de fecha 19 de diciembre de 2013, el cual fijó el Aporte por Regulación (APR) a favor de OEFA, por parte de las empresas mineras, entre ellas la recurrente.
- Se ordene la devolución a la demandante todos los aportes que, a la fecha de ejecución de sentencia, ésta hubiese pagado de acuerdo a la norma cuestionada.
- Se declare inaplicable para la recurrente cualquier acto, resolución, oficio u otro que, en ejecución o cumplimiento del referido Decreto Supremo, se hubiera emitido o practicado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

- Se declare la inaplicación de toda norma infralegal o acto administrativo emitido en aplicación, ejecución y/o fiscalización del citado decreto.
8. Como se puede apreciar, la discusión recae en la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013. En consecuencia, 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 el recurrente en su demanda.

Análisis del caso concreto

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

9. La reserva de ley en materia tributaria está contenido en el 74 de la Constitución. Dicho dispositivo normativo establece expresamente lo siguiente:

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 [...]"

10. 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.
11. En ese sentido, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

Privada en los Servicios Públicos, o si dicho documento normativo únicamente ha regulado los alcances de esta última disposición normativa, con lo cual no existiría vulneración alguna del principio de reserva de ley en materia tributaria.

12. Al respecto, la parte demandante manifiesta que dichos principios han sido vulnerados en la implementación del Aporte por Regulación (en adelante APR) a OEFA para el caso de las empresas mineras, toda vez que no constituye una contribución, en la medida que no cumple con la característica referida a que el tributo se determine en función del costo del servicio público prestado o el beneficio obtenido por el contribuyente o grupo de contribuyentes sobre los que recae la actividad del Estado (fojas 105).
13. Para un mejor análisis de lo que aquí se discute resulta pertinente detallar las normas vinculadas al APR. En primer lugar, las funciones correspondientes a los organismos reguladores se encuentran establecidos en el artículo 3 de 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, siendo los siguientes:

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

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,

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

14. En segundo lugar, la Ley 27332 es 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 Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

15. 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:

Precisase 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 de OSINERG.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

(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 (Osinermin). 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.

16. La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modifica la Ley 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.

17. 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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

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.

18. 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.

19. 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 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

20. 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:

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:

Sector	Sujetos Obligados								
Minería	Los titulares de las actividades de Gran y Mediana Minería								
	<table border="1"><thead><tr><th>Año</th><th>Porcentaje OEFA</th></tr></thead><tbody><tr><td>2014</td><td>0,15</td></tr><tr><td>2015</td><td>0,15</td></tr><tr><td>2016</td><td>0,13</td></tr></tbody></table>	Año	Porcentaje OEFA	2014	0,15	2015	0,15	2016	0,13
Año	Porcentaje OEFA								
2014	0,15								
2015	0,15								
2016	0,13								

21. 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, incluyen como sujeto acreedor del 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

actividades de supervisión y fiscalización ambiental de dicha entidad se financiarán con el aporte por regulación que se abona a Osinergmin".

22. 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.
23. 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).
24. 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).
25. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

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 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.

26. Pero, surgen las siguientes interrogantes: desde cuándo aparece el OEFA con competencia de fiscalización ambiental en ámbitos de la actividad minera y por qué se le designa como acreedor tributario del APR. Para ello resulta pertinente también hacer alusión a las normas de su creación, competencias y facultades.
27. 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)² "como

² 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 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

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 más, mediante su artículo 6 se consagra al OEFA como el ente rector del referido sistema³.

³ 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

28. 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).
29. 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.
30. 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

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 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 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

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.

31. 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 expediente 01520-2004-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 %" (fundamento jurídico 4).
32. Este Tribunal ya se ha pronunciado en un caso concreto en relación con la posibilidad que los elementos de esenciales del tributo⁴ 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 03303-2003-PA/TC, segundo párrafo del fundamento jurídico 5).
33. 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

⁴ 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 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

el Decreto Supremo 130-2013-PCM no crea un nuevo tributo, sino que precisa y delimita los alcances de la Ley 27332.

34. 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.
35. 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 entidades estatales a cargo de la supervisión y fiscalización de dichas actividades a fin de cumplir cabalmente con su objeto.
36. Por todo lo expuesto, es plausible 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

37. 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" (fundamento jurídico 56).
38. 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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

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, fundamento jurídico 26).

39. La parte demandante señala que el Decreto Supremo 130-2013-PCM, vulnera el principio de no confiscatoriedad cuando el tributo que pretende recaudarse supere el costo de las obras públicas o las actividades estatales o de la actividad reguladora que proporciona el Estado. 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.
40. Respecto a este argumento, se debe considerar que no existe disposición normativa 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.
41. 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

42. 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.
43. 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 en que se inspira dicho tributo se asienta sobre la base del principio precautorio y el principio de prevención.
44. Conviene precisar aquí que 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 OSINERGMIN, el mismo que comprende todo un macroproceso de fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción de la actividad minera.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC

LIMA

CONSORCIO MINERO

HORIZONTE S.A Representado por

JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS

UGARTE

45. En síntesis, el Arancel de Fiscalización Minera 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.
46. 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 todos los derechos fundamentales involucrados, para lo cual resulta indispensable contar con un presupuesto adecuado que permita contar con personal calificado, así como los equipos necesarios para ejecutar acciones de supervisión y fiscalización minera correspondientes, entre otras labores del OEFA.
47. 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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 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:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

Año 2014

Sector	OEFA	Osinerghmin	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	Osinerghmin	Minem	Total	Máximo Legal
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	Osinerghmin	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%



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

48. 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.
49. 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.

LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero me permito hacer incidencia en lo que, en su momento, señalé en el fundamento de voto emitido conjuntamente con el magistrado Miranda Canales en el caso 05410-2015-PA (Caso Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.), por las consideraciones allí expresadas y a las cuales me remito por ser aplicables también a la presente controversia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. Se solicita la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, del 19 de diciembre de 2013, el cual fijó el Aporte por Regulación (APR) a favor de OEFA, por parte de las empresas mineras.
2. Al respecto, consideramos que 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].
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

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.

8. A nuestro juicio no se puede convalidar el procedimiento solapado con el que se ha creado el impuesto mal llamado “aporte por regulación” que financia a OEFA.

Por las razones expuestas, votamos a favor de que se declare **FUNDADA** la demanda. En consecuencia, **INAPLICAR** a la empresa demandante el Decreto Supremo 130-2013-PCM; y **ORDENAR** al OEFA la devolución de lo aportado por ella.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC
LIMA
CONSORCIO MINERO
HORIZONTE S.A Representado por
JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS
UGARTE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01631-2017-PA/TC

LIMA

CONSORCIO MINERO

HORIZONTE S.A Representado por

JOSÉ IGNACIO DE LOS HEROS

UGARTE

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.

Por ello, mi 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.

S.

SARDÓN DE TABOADA