



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 338/2022

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA

SA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de setiembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Por su parte, los magistrados Pacheco Zerga y Ferrero Costa emitieron votos singulares que declaran fundada la demanda.

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.

MORALES SARA VIA
PACHECO ZERGA
FERRERO COSTA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de setiembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Pacheco Zerga y Ferrero Costa que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía Minera Antamina SA contra la resolución de fojas 1280, de fecha 1 de setiembre de 2020, expedida por la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de marzo de 2016 [cfr. fojas 312], la Compañía Minera Antamina SA 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]. Plantea, como petitorio, lo siguiente:

Como pretensión principal: que se inaplique, respecto de la demandante, el Decreto Supremo 130-2013-PCM, de fecha 19 de diciembre de 2013, desde la fecha en que dicho dispositivo entró en vigor.

Asimismo, como pretensión accesoria solicita lo siguiente:

- Se devuelva a la demandante todos los aportes por regulación que, a la fecha de ejecución de sentencia, esta hubiese pagado conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo 130-2013-PCM, reconociéndose en dicha devolución los intereses legales devengados hasta la fecha de reembolso efectivo.
- Se abstenga de realizar cualquier acto o medida destinada a hacer efectivo el cobro de los aportes por regulación, sin importar la fecha en que se hubieran generado, en tanto que sus respectivos montos hayan sido calculados en ejecución del Decreto Supremo 130-2013-PCM.
- Se declare la inaplicación a la demandante de toda norma infralegal o acto administrativo emitido para la aplicación, ejecución y/o fiscalización del Decreto Supremo 130-2013-PCM.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

La recurrente manifiesta que dicho dispositivo vulnera los principios de no confiscatoriedad, legalidad y reserva de ley, preceptuados en el artículo 74 de la Constitución Política, pues se creó una obligación de naturaleza tributaria [contribución] a través de una norma de rango reglamentario y no legal. Señala que el OEFA no es un organismo regulador, por lo que no le es aplicable lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 27322, que reguló la competencia de los organismos reguladores para recaudar el aporte por regulación. Adicionalmente, refiere que la Constitución prohíbe expresamente que las normas del presupuesto regulen materia tributaria, lo que convierte en inconstitucional la creación del nuevo aporte por regulación a través del DS 130-2013-PCM, bajo la presunta cobertura de la Ley 29951. Finalmente, manifiesta que se vulneró su derecho de propiedad y el principio de no confiscatoriedad, pues se fijó como monto del aporte por regulación un porcentaje de la facturación mensual de las empresas mineras, lo cual no guarda relación con el costo del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar.

Con fecha 15 de junio de 2016 [cfr. fojas 428], la Procuraduría Pública del Ministerio del Ambiente se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de incompetencia por razón de la materia, y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Aduce que la empresa demandante parte de la premisa errada de considerar al Decreto Supremo 130-2013-PCM como una norma de creación del aporte por regulación en favor del OEFA, a cargo de las empresas del sector minería. Ello, en la medida en que dicho tributo fue establecido en estricto cumplimiento del marco legal vigente y que el *quantum* de la obligación responde a aspectos técnicos calculados sobre la base de un esquema de supervisión efectiva, que racionaliza el esfuerzo fiscalizador que asume el OEFA.

Con fecha 15 de junio de 2016 [cfr. fojas 482], el procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas se apersona al proceso, deduce las excepciones de incompetencia, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y prescripción; asimismo, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Sostiene que la demanda es improcedente porque la vía idónea para resolver la pretensión es el proceso de acción popular y que no se ha demostrado la existencia de un acto concreto de afectación. De otro lado, alega que la demanda es infundada por cuanto al OEFA le alcanza al aporte por regulación establecido en el artículo 10 de la Ley 27332, en virtud de la legislación vigente. Agrega que el cuestionado decreto supremo únicamente ha regulado el porcentaje específico de la contribución denominada aporte por regulación del OEFA, respetando los parámetros establecidos en el artículo 10 de la Ley 27332, como norma de remisión, con lo cual no resulta confiscatorio.

Con fecha 21 de junio de 2016 [cfr. fojas 517], el procurador público adjunto del Ministerio de Energía y Minas se apersona al proceso y contesta la demanda solicitando



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

que sea declarada improcedente o infundada. Afirma que la demanda es improcedente porque la norma que se pretende inaplicar no es autoaplicativa. De otro lado, indica que la demanda es infundada porque lo único que fue determinado por el cuestionado Decreto Supremo 130-2013-PCM es el monto de la contribución y que el aporte por regulación fue creado por la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, con el fin de financiar las funciones de los organismos reguladores, entre ellos, Osinergmin. Arguye, además, que mediante la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, se amplió el elemento subjetivo (sujeto pasivo) de la obligación tributaria al OEFA, al disponer que las funciones de fiscalización ambiental desarrolladas por OEFA se financiarán con el aporte por regulación. Este hecho fue ratificado por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Finalmente manifiesta que, con relación a la presunta vulneración del principio de no confiscatoriedad, la imposición del porcentaje por concepto de aporte por regulación fue establecido conforme al límite legal máximo permitido por la Ley 27332, esto es, el 1 % de la facturación anual de las empresas mineras, habiéndose fijado en el referido dispositivo legal cuestionado el 0.15 % para el año 2014, por lo cual se cumple con los parámetros legales y constitucionales.

Con fecha 21 de junio de 2016 [cfr. fojas 533], el procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado, incompetencia por razón de la materia y falta de agotamiento de la vía previa o administrativa, y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Sostiene que la demanda es improcedente porque la norma cuya validez se impugna no es de carácter autoaplicativo. Por su parte, solicita que se declare infundada por cuanto la demandante no ha acreditado la supuesta afectación de los derechos invocados en la demanda. Manifiesta que mediante el Decreto Supremo 130-2013-PCM no se ha creado ningún tributo nuevo, únicamente ha precisado que el acreedor del aporte por regulación es el OEFA y que se ha convalidado mediante tal imposición un tributo ya existente en la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Agrega que la referida convalidación se dio a través de la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Asimismo, indica que no se vulnera el principio de no confiscatoriedad, toda vez que la imposición del porcentaje por concepto de aporte por regulación ha sido establecida de acuerdo con el límite legal máximo permitido por la Ley 27332, y la demandada no ha presentado ningún peritaje independiente que acredite la falta de razonabilidad.

Mediante escrito de fecha junio de 2016 [cfr. fojas 724], la procuradora pública del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA] se apersona al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

proceso, deduce las excepciones de incompetencia por razón de la materia y falta de agotamiento de la vía administrativa; asimismo, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que la demanda es improcedente porque el proceso de amparo no es la vía idónea para cuestionar el aporte por regulación que percibe el OEFA y el cuestionado decreto supremo no es una norma autoaplicativa. Manifiesta que la demanda es infundada porque el aporte por regulación no tiene la misma naturaleza jurídica que el arancel de fiscalización minera, por cuanto la primera es una contribución que se abona para financiar las acciones de fiscalización ambiental, mientras que el segundo comprende costos vinculados a cada supervisión realizada (supervisión de campo). Agrega que no es cierto que se haya dispuesto alguna transferencia de recursos de parte de Osinergmin en favor del OEFA, lo que ha ocurrido es que la Ley 29952 le ha reconocido a este último la calidad de acreedor tributario. Arguye que los elementos esenciales del aporte por regulación están establecidos en la Ley 27332, norma que crea el aporte por regulación de los organismos reguladores de servicios públicos, y que la alícuota del aporte establecido para el sector minería fue determinado bajo criterios de razonabilidad y, por lo tanto, no resulta confiscatorio.

Mediante Resolución 5, de fecha 21 de marzo de 2017 [cfr. fojas 899], el Noveno Juzgado Constitucional de Lima declara infundadas las excepciones presentadas. Considera que no es amparable la excepción de incompetencia porque el juez competente para resolver la invocación de la vulneración del principio de legalidad, reserva de ley y no confiscatoriedad es el juez del proceso de amparo. Asimismo, advierte que no procede la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa porque la culminación de la vía previa en la Administración puede tornar en irreparable la agresión a los derechos de la demandante. De otro lado, refiere que la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda no es amparable porque se verifica la claridad y exactitud de la demanda. En cuanto a la excepción de prescripción, considera que no puede prosperar porque no ha culminado la afectación del derecho de la demandante. Y desestima la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, por cuanto verifica que hay coincidencia de las partes que integran la relación jurídica procesal y material.

Con Resolución 10, de fecha 23 de enero de 2019 [cfr. fojas 1094], el Noveno Juzgado Constitucional de Lima declara infundada la demanda, por considerar que el decreto supremo cuestionado no crea tributo alguno o aporte por regulación, pues este concepto fue establecido por una norma con rango de ley, la Ley 27332. Asimismo, estima que la cuota fijada en la norma reglamentaria impugnada se sujeta estrictamente a la fijada en la ley. Aunado a ello, advierte que no existe una incompatibilidad constitucional por infracción al principio de jerarquía normativa, ya que el Decreto Supremo 128-2013-PCM se enmarca dentro del parámetro de las leyes 27332, 27699 y 29901. Finalmente, observa que en algunos procesos de acción popular se ha acreditado la constitucionalidad y legalidad de la norma legal materia de *litis*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

La Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima [cfr. fojas 1280], mediante Resolución 4, de fecha 1 de setiembre de 2020, confirma el extremo que declara infundadas las excepciones propuestas, y declara improcedente la demanda por considerar que la constitucionalidad del cuestionado Decreto Supremo 130-2013-PCM ha sido validada en la sentencia S/N de fecha 3 de setiembre de 2015, emitida en un proceso de acción popular signado en el Expediente 16216-2014-LIMA, que tiene calidad de cosa juzgada.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. En la presente causa, la demandante solicita como pretensión principal:

La inaplicación, respecto de la demandante, del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013, desde la fecha en que dicho dispositivo entró en vigor.

Asimismo, como pretensión accesoria solicita lo siguiente:

- Se devuelva a la demandante todos los aportes por regulación que, a la fecha de ejecución de sentencia, esta hubiese pagado conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo 130-2013-PCM, reconociéndose en dicha devolución los intereses legales devengados hasta la fecha de reembolso efectivo.
- Se abstenga de realizar cualquier acto o medida destinada a hacer efectivo el cobro de los aportes por regulación, sin importar la fecha en que se hubieran generado, en tanto que sus respectivos montos hayan sido calculados en ejecución del Decreto Supremo 130-2013-PCM.
- Se declare la inaplicación a la demandante de toda norma infralegal o acto administrativo emitido para la aplicación, ejecución y/o fiscalización del Decreto Supremo 130-2013-PCM.

Consideraciones previas

Amparo contra normas autoaplicativas

2. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

decreto reviste carácter autoaplicativo, toda vez que, únicamente en ese caso, este Tribunal Constitucional podrá ingresar a analizar el fondo de la controversia.

3. Con relación a este punto, este Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 8 del nuevo Código Procesal Constitucional dispone que:

Quando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

4. Este Colegiado también recuerda que las normas autoaplicativas (también autoejecutivas, operativas o de eficacia inmediata) son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada [cfr. Sentencia recaída en el Expediente 04677-2004-PA/TC, fundamento 4].

5. De otro lado, ya este Tribunal se pronunció respecto de la naturaleza de las disposiciones normativas tributarias. Así, sostuvo 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 9].

6. Ahora bien, en esa línea, con base en el artículo 8 del nuevo Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia (entre otros: auto emitido en el Expediente 01547-2014-PA/TC, fundamento 18; sentencia 02327-2013-PA/TC, fundamento 5; sentencia recaída en el Expediente 01828-2012-PA/TC, fundamento 5, etc.), este Tribunal Constitucional ha precisado que una norma puede ser calificada como autoaplicativa o autoejecutiva y, por ende, como pasible de cuestionamiento mediante amparo (sentencia recaída en el Expediente 00175-2017-PA/TC, fundamento 19), cuando cumpla con ser:

(1) *Vigente*, o cuya entrada en vigencia sea cierta e inminente para el caso de las amenazas.

(2) *De eficacia inmediata*, o cuya eficacia sea cierta e inminente para el caso de las amenazas.

(3) *Autosuficiente*, en la medida no requiere de reglamentación posterior, pues tal cual se encuentra regulada ya tiene o puede tener efectos perniciosos sobre los derechos invocados.

(4) *Autoejecutiva*, lo cual puede ser en dos sentidos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

(4.1) Cuando se trata de una *norma de aplicación incondicionada*, en la medida que no se requiere verificar ningún requisito o condición adicional para que la regulación despliegue sus efectos, y cuya aplicación tan solo sería la consumación de una afectación o amenaza que ha surgido ya con la propia norma.

(4.2) Cuando se trata de una *norma autoaplicativa stricto sensu*: es decir, si nos encontramos ante una auténtica norma-acto, la cual no requiere de ningún acto de aplicación para desplegar, e incluso agotar, sus efectos lesivos.

Así considerada, entonces, una norma se considerará autoejecutiva si, a la vez, se trata de una disposición vigente, con eficacia inmediata, autosuficiente y autoejecutiva (en alguno de los dos sentidos indicados).

7. En el presente caso, se advierte que la norma cuestionada ostenta una naturaleza autoaplicativa, no solo porque se trata de una regulación de carácter tributario que se encuentra vigente, sino porque desplegó sus efectos inmediatamente, pues se constata que la parte demandante vino efectuando el pago por concepto de aporte por regulación en favor del OEFA, conforme se advierte de las declaraciones juradas del aporte por regulación de enero y febrero de 2016 [cfr. fojas 103 y 105]; además, la recurrente ha señalado en su demanda que estuvo efectuando el pago desde enero de 2016 hasta la fecha de la interposición de la demanda [cfr. fojas 664]. En efecto, dicha norma ya le era exigible a las empresas del sector minería para el periodo anual 2016. Asimismo, no requirió de algún acto posterior de aplicación que la condicione.
8. De otro lado y con relación a que el proceso que corresponde es el de una demanda de acción popular y no el amparo contra normas, en tanto que lo que se cuestiona es la norma en abstracto, ya este Tribunal ha conocido y se ha pronunciado en diversos casos en los que, a través de una demanda de amparo contra normas tributarias, se ha exigido la inaplicación de éstas, sin que haya reconocido que la vía pertinente es un proceso de control de la constitucionalidad de las normas, sean legales o infralegales. Ello es así en la medida en que, como en el presente caso, se ha solicitado la inaplicación de la norma cuestionada al caso concreto. Del mismo modo, los hechos propuestos en la demanda inciden en la presunta violación de los principios de legalidad, reserva de ley y no confiscatoriedad, así como el derecho a la propiedad de la parte recurrente, con lo cual, corresponde su análisis mediante la tutela diferenciada del proceso de amparo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

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 es un principio básico 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 previsto en la IV disposición normativa 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, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión 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. La parte demandante manifiesta que no existe norma con rango de ley que genere el aporte por regulación a favor del OEFA, y que, a través de una norma reglamentaria, se ha creado dicho tributo. En el mismo sentido, arguye que la norma con rango de ley que sirve de sustento para la promulgación del Decreto Supremo 130-2013-PCM es la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y que siendo una norma presupuestaria está prohibida de contener materia tributaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

13. Para un mejor análisis de lo que aquí se discute resulta pertinente detallar las normas vinculadas al aporte por regulación [en adelante APR]. Así es la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del año 2000, la norma que crea y da origen a la figura del APR, estableciendo en su artículo 10 lo siguiente:

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

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

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

15. La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modifica la Ley 29325, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

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 Ley 30115, Ley 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 decretó 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 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.

17. En el mismo sentido, la Octava Disposición Complementaria de la Ley 30282, Ley 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

18. 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 demás normas antes citadas han precisado al acreedor tributario considerando las funciones desempeñadas por el OEFA.
19. De otro lado, 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, precisen y fijen a través de una norma infralegal (reglamentaria) los montos de aporte por regulación que serán objeto de cobro, con el tope del 1 % del valor de la facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, hecho que finalmente se materializó a través del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013, que estableció lo siguiente:

Artículo 1.- Aportes de las empresas del sector minería

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

Sector	Sujetos Obligados
Minería	Los titulares de las actividades de Gran y Mediana Minería.

1.2 El Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA para los años 2014, 2015 y 2016; de cargo de las empresas del sector minería mencionadas en el Numeral 1.1 precedente, será calculado sobre su facturación mensual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de acuerdo al siguiente porcentaje:

Año	Porcentaje OEFA
2014	0,15
2015	0,15
2016	0,13



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

20. Ahora bien, pese a que la recurrente se encuentra cuestionando concretamente el citado decreto supremo y solicita como pretensión principal la inaplicación de aquel; de los fundamentos fácticos de su escrito de demanda se desprende que también estaría impugnando 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 tributo APR a OEFA –el mismo que tampoco tendría, conforme indica la recurrente, la naturaleza de organismo regulador, pues “no tiene por finalidad solucionar las fallas de cierto sector del mercado ni regular la prestación de servicios públicos”– al establecer que “las actividades de supervisión y fiscalización ambiental de dicha entidad se financiarán con el aporte por regulación que se abona a Osinergmin”.
21. Ahora bien, sea que se cuestionen dichas normas o el Decreto Supremo 130-2013-PCM, lo cierto es que la parte recurrente alega que no existe ley alguna que autorice al OEFA a cobrar directamente los montos recaudados por concepto de aporte por regulación; sin embargo, bien visto, este argumento se contradice frontalmente con las alegaciones de la propia recurrente, quien –como se analizará seguidamente– reconoce que las leyes 29951 y 30011 han servido de sustento para que el citado decreto supremo fije el aporte en favor del OEFA.
22. De este modo, la parte recurrente ha destacado que resulta inconstitucional que, a través de las leyes de presupuesto, se pueda generar tributos, conforme al artículo 74 de la Constitución, y que, no obstante ello, en el presente caso habría sido a través de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, que se estableció al OEFA como acreedor tributario del APR. Al respecto, sin perjuicio de que analizará seguidamente si el OEFA es o no un órgano regulador (y, por ende, le alcanza la Ley 27332, que fijó a los órganos reguladores como acreedores tributarios del APR), en los actuados se ha hecho alusión, asimismo, a otra norma con rango legal, la Ley 30011, que no tiene carácter presupuestario, y que coincide en señalar que le corresponde al OEFA el pago por concepto de aporte por regulación.
23. Con relación a la calidad del OEFA específicamente como acreedor tributario del APR, la Ley 27332 estableció que serán los organismos reguladores los recaudadores de dicho tributo, y se menciona de manera explícita en dicha normativa 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 [Sunass].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

24. Así, en principio, correspondió a Osinerg ser el organismo regulador encargado de la supervisión y fiscalización de la inversión en energía. No obstante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 29901, que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin], se ampliaron los alcances de dichas competencias a los titulares de las actividades mineras que se encontrasen bajo supervisión y fiscalización de Osinergmin, para efectos del recaudo del tributo APR:

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

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

25. Pero, al respecto, surgen las siguientes inquietudes: 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.
26. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo de 2008, se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)¹ “como

¹ Siendo sus funciones básicas las siguientes:

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

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

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

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

e) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

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 este a OEFA. Más aún, mediante su artículo 6 se consagra a OEFA como el ente rector del referido sistema².

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”.

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

27. 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 transfirieron las competencias de supervisión y fiscalización de actividades mineras a 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).
28. 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-MINAM, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en la Primera Disposición Final de la Ley 29325.
29. De lo expuesto queda claro que, a partir de 2010, el OEFA es el organismo público encargado de las labores de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería y energía, y ya no más Osinergmin, con lo cual, es el

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

En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de 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 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

encargado de solucionar las fallas y problemas que surgen o pudieran surgir de manera preventiva y posterior respecto de asuntos medioambientales originados en los sectores de energía y minería. Por lo mismo, dicho organismo asumió las funciones reguladoras de Osinergmin.

30. Sumado a lo anterior, valga precisar en torno al carácter de órgano regulador del OEFA, asunto que también ha buscado cuestionar la empresa demandante, que si bien inicialmente la idea tanto de “regulación” como de “órganos reguladores” se encuentra relacionada con la “regulación económica” (es decir, con la intervención estatal en el ámbito económico frente a fallas o imperfecciones del mercado), también existe la llamada “regulación social”³, es decir, aquella que tiene como propósito salvaguardar bienes e intereses públicos frente a las externalidades de algunas actividades económicas. En este sentido, como ha apuntado Richard Martin, este tipo de regulación se encuentra “orientada a otros aspectos que no se encuentren relacionados directamente con el tema económico, sino con las externalidades que surgen de este elemento, y que afectan, entre otros, los bienes tutelados dentro del ordenamiento: el medio ambiente, salud, seguridad, etc.”⁴.
31. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado ya en anteriores ocasiones que “no cabe duda de que el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares, a fin de garantizar bienes constitucionales que pueden ponerse en riesgo por las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo” (sentencia recaída en el Expediente 00034-2004-AI/TC, fundamento 33). Por si quedara duda, la protección del ambiente es un bien constitucionalmente protegido (artículos 66 al 69 de la Constitución), además de un específico derecho fundamental (artículo 2, inciso 22 de la Constitución).
32. Precisamente, las funciones del OEFA establecidas en el Decreto Legislativo 1013, en especial aquellas concernientes a las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería, dan cuenta de su condición de órgano regulador⁵. De manera complementaria a la normativa que de modo expreso ha

³ Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*. Ara, Lima, 2011; GRANADOS MANDUJANO, Milagros. “Constitucionalidad y legalidad del aporte por regulación que percibe el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental”. En: *El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú: El aporte por regulación que percibe el OEFA*. OEFA, Lima, 2014, pp. 36 y ss.

⁴ MARTIN TIRADO, Richard. “El retorno del Leviatán: mitos y verdades sobre la naturaleza del aporte regulatorio del OEFA” En: *El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú: El aporte por regulación que percibe el OEFA*. OEFA, Lima, 2014, p. 90.

⁵ “Es pertinente señalar que (...) el OEFA ejerce funciones de regulador social, pues cuenta con las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

regulado las competencias regulatorias del OEFA, la transferencia de funciones de fiscalización ambiental provenientes de otro órgano regulador (Osinerg/Osinergmin) y la habilitación la como acreedor tributario del APR, este Tribunal considera que el OEFA se encuentra actualmente comprendido dentro de la referencia que el artículo 10 de la Ley 27332 hizo en relación con los “organismos reguladores” como entes recaudadores del aporte por regulación.

33. En el marco de todo lo indicado hasta aquí se constata que, en suma, se ha configurado un supuesto de remisión legal constitucionalmente admisible, pues no encontramos con una norma con rango reglamentario [Decreto Supremo 130-2013-PCM] que desarrolló una legislación de carácter tributario que ya contenía los elementos esenciales del tributo. Al respecto, cabe indicar que 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, la cual 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 4).
34. Este Tribunal ya se ha pronunciado en un caso concreto en relación con la posibilidad que los elementos de esenciales del tributo⁶ 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 5].
35. 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,

facultades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental, así como la potestad de imponer medidas y crear incentivos que logren que las empresas cumplan con la protección de los bienes públicos y de la normativa ambiental.” MARTIN TIRADO, Richard. Loc. cit.

⁶ 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 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

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

36. Todo ello debe ser analizado considerando el marco institucional, jurídico, social y económico del país, pues es importante destacar que el Perú ostenta históricamente una larga trayectoria en la actividad minera, la misma que se ha constituido en un importante motor de la economía peruana hasta la actualidad. 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.
37. 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 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 que cumplan cabalmente con su objeto.
38. Por todo lo expuesto, es plausible afirmar que la determinación del sujeto acreedor del tributo APR en favor del OEFA es conforme 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

39. 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 00041-2004-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 56].
40. 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 Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente 02727-2002-AA/TC, “se transgrede el principio de no confiscatoriedad (...) cada vez que un tributo excede



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

del límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a esta institución como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica”. Además, como es de esperar, tal afectación no solo debe ser alegada, sino, para que merezca tutela constitucional “es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada” [sentencia recaída en el Expediente 04227-2005-AA/TC, fundamento 26].

41. La parte demandante alega que el Decreto Supremo 130-2013-PCM vulnera el principio de no confiscatoriedad debido a que fija como monto del aporte por regulación un porcentaje de la facturación mensual de las empresas mineras, que no guarda relación con el costo del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar [cfr. fojas 662].
42. 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.
43. 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 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 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

44. 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 5 de 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 la 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.
45. Además, el costo de la actividad que se busca financiar incluso sería mayor si se toman en cuenta las consecuencias del impacto medioambiental 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.
46. De otro lado, con relación al cuestionamiento relacionado con que el decreto supremo cuya inaplicación se solicita, toma como único elemento de cálculo la facturación mensual de las empresas mineras, conviene precisar dos cuestiones:
- (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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

Supremos 127, 128, 129 y 130-2013-PCM, que aprueban los aportes por regulación del sector energético y minero a favor de Osinergmin y OEFA, la suma de los cobros efectuados por dicho concepto no ha superado el tope máximo, conforme se aprecia de los siguientes cuadros correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016:

Año 2014

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

Año 2015

Sector	OEFA	Osinergmin	Minem	Total	Máximo Legal
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%



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

Año 2016

Sector	OEFA	Osinergmin	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%

47. En tal sentido, 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.
48. Por lo demás, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este mismo asunto, desestimando demandas presentadas por otras empresas mineras con una pretensión sustancialmente igual (sentencias recaídas en los expedientes 05410-2015-PA/TC, 02168-2016-PA/TC, 04623-2016-PA/TC, 00012-2018-PA/TC, 02270-2019-PA/TC). Además, este órgano colegiado observa que este mismo criterio ha sido compartido por el Poder Judicial, ya que la Corte Suprema, en distintos pronunciamientos relacionados con procesos de acción popular, ha confirmado la constitucionalidad del APR. Así, por ejemplo, en la Acción Popular 16216-2014-LIMA, se precisó que el APR no ha sido creado mediante decretos supremos, sino a través de normas con rango de ley. También se precisó que el cobro de dicho aporte permite que OEFA pueda realizar labores de supervisión y fiscalización en temas ambientales. Del mismo modo, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Indecopi, mediante Sentencia 64-2017/SDC, confirmó también el cobro del APR por parte del OEFA.
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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

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, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

1. En la presente causa, la demandante solicita como pretensión principal la inaplicación, respecto de la demandante, del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013, que creó el “aporte por regulación” que financia el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); desde la fecha en que dicho dispositivo entró en vigor.

Asimismo, como pretensiones accesorias solicita lo siguiente:

- Se devuelva a la demandante todos los aportes por regulación que, a la fecha de ejecución de sentencia, esta hubiese pagado conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo 130-2013-PCM, reconociéndose en dicha devolución los intereses legales devengados hasta la fecha de reembolso efectivo.
 - Se abstenga de realizar cualquier acto o medida destinada a hacer efectivo el cobro de los aportes por regulación, sin importar la fecha en que se hubieran generado, en tanto que sus respectivos montos hayan sido calculados en ejecución del Decreto Supremo 130-2013-PCM.
 - Se declare la inaplicación a la demandante de toda norma infralegal o acto administrativo emitido para la aplicación, ejecución y/o fiscalización del Decreto Supremo 130-2013-PCM.
2. Mediante escrito de 27 de marzo de 2017, la demandante incorpora como pretensión la solicitud de inaplicación del Decreto Supremo 097-2016-PCM⁷, mediante el cual se aprueban las alícuotas que, por concepto de aporte por regulación cobrará el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) para los años 2017, 2018 y 2019.
 3. Como cuestiones procesales previas se debe tener presente lo siguiente:
 - 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. Ello concuerda con la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

⁷ Folio 936



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

- Con relación a que el proceso que corresponde es el de una demanda de acción popular y no el amparo contra normas, en tanto que lo que se cuestiona es la norma en abstracto, ya el Tribunal Constitucional ha conocido y se ha pronunciado en diversos casos en los que, a través de una demanda de amparo contra normas tributarias, se ha exigido la inaplicación de éstas, sin que haya reconocido que la vía pertinente es un proceso de control de la constitucionalidad de las normas, sean legales o infralegales. Ello es así en la medida en que, como en el presente caso, se ha solicitado la inaplicación de la norma cuestionada al caso concreto.

4. Respecto al fondo del asunto, considero que no se pueden crear impuestos sin respetar la reserva de ley, 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 añadida).

5. 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.
6. 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.
7. 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. El OEFA no es uno de ellos, ya que la minería no es un servicio público.
8. 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.
9. Poco después, el 4 de diciembre de 2012, la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 indicó que el OEFA se financiará con cargo al aporte por regulación de Osinergmin. Hasta ahí, no había vulneración constitucional alguna.
10. Empero, el Decreto Supremo 130-2013-PCM estableció que el OEFA se financia con un aporte por regulación *independiente* del de Osinergmin. Hoy los dos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

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.

11. El Tribunal Constitucional no puede convalidar el procedimiento solapado con el que se ha creado el impuesto denominado “aporte por regulación” que financia a OEFA.
12. Mientras en el Decreto Supremo 130-2013-PCM se fijó este cuestionado “aporte” para 2014, 2015 y 2016, el Decreto Supremo 097-2016-PCM, lo fijó para 2017, 2018 y 2019.

Por ello, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda. En consecuencia, se debe inaplicar a la empresa demandante los decretos supremos 130-2013-PCM y 097-2016-PCM; y ordenarse al OEFA la devolución de lo aportado por ella.

S.

PACHECO ZERGA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, pues consideramos que la demanda debe ser declarada fundada por lo siguiente:

En el presente caso, la recurrente 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.

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].

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 03754-2021-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA MINERA ANTAMINA SA

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 estas consideraciones, votamos por declarar **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