

El Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) sobre el tapete*



HUGO RAMIRO GÓMEZ APAC

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad ESAN.
Profesor de la Maestría de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico.

GUILLERMO ALBAREDA DEL CASTILLO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Diplomado en Gestión Minera por la Universidad del Pacífico.
Gerente Legal de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.
Director del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.

EDUARDO SOTELO CASTAÑEDA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago.
Máster en Administración Pública y Políticas Públicas (MSc) por The London School of Economics and Political Science.
Diploma en American Legal Studies por la Universidad de Georgetown.
Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Director de la Maestría en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Asesor del Despacho del Ministro de Economía y Finanzas y del Viceministro de Economía del Perú.



* La presente sección estuvo a cargo de Sergio Silva Tapia, alumno del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Ana Lucía Figueroa y Leticia Bendezú, alumnas del octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y Fernando Rodríguez, alumno del cuarto ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, todos miembros de la Comisión de Edición de **ADVOCATUS**.

Mediante Decreto Supremo 001-2010-MINAM se transfirieron las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental en los sectores minería y energía del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN al OEFA. Luego, la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, estableció que las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA, se financian con cargo al Aporte por Regulación creado por 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 OSINERGMIN).

De acuerdo con lo anterior, el Decreto Supremo 130-2013-PCM estableció los porcentajes para el cálculo sobre la facturación mensual, luego de deducidos el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, del Aporte por Regulación que corresponde al OEFA para los años 2014, 2015 y 2016; de cargo de los titulares de las actividades de Gran y Mediana Minería.

No obstante el reconocimiento de la vital labor que efectúa el OEFA en materias de supervisión y fiscalización ambiental, desde su implementación, sendos cuestionamientos surgieron sobre la legalidad y constitucionalidad del Aporte por Regulación de dicha entidad. En esta oportunidad, **ADVOCATUS** ha convocado a los agentes intervinientes: representantes del OEFA y del gremio empresarial minero-energético; así como a un experto en derecho tributario –dada la naturaleza del Aporte por Regulación– para que cada uno exponga su perspectiva y analice los fundamentos del Aporte por Regulación del OEFA.

1. **¿Es el OEFA, en estricto, una entidad reguladora? En todo caso, ¿las actividades de evaluación, fiscalización y normativas que realiza el OEFA lo constituyen como organismo regulador?**

Hugo Gómez Apac (HGA): Quisiera contestar esta pregunta formulando una pregunta previa: ¿El OSINERGMIN está facultado para cobrar el Aporte por Regulación (APR) a las empresas mineras? La respuesta es sí. La respuesta es afirmativa porque el artículo 4 de la Ley 29901, Ley que precisa competencias del OSINERGMIN, señala que el APR al 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 de dicha entidad. La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI¹ (CEB) ha confirmado la legalidad del APR

que OSINERGMIN cobra a las empresas mineras, pese a que el referido artículo 4 en ninguna parte dice "acreedor tributario".

Pero la actividad minera no es un servicio público. Bueno, es irrelevante que la actividad minera sea o no un servicio público para que el OSINERGMIN cobre el APR; lo relevante es lo establecido en el artículo 4 de la Ley 29901. Pero el OSINERGMIN no regula los precios de los minerales, no desarrolla regulación económica de la actividad minera. Bueno, es irrelevante fijar precios o desarrollar regulación económica para cobrar el APR; lo relevante es que está establecido en la ley.

¿Qué actividad realiza el OSINERGMIN en relación con la actividad minera? Fiscaliza. Así es, **fiscaliza** las condiciones de seguridad de las instalaciones mineras. ¿Y por fiscalizar a las empresas mineras cobra el APR? Sí, porque así se lo ha facultado el artículo 4 de la Ley 29901. Si desean, pueden

1. Cfr.: Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, Resolución N° 0429-2014/CEB-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 000149-2014/CEB, fundamentos 54 - 61.

llamarle regulación social a la fiscalización que realiza OSINERGMIN sobre las empresas mineras; hay literatura jurídica y económica, nacional y extranjera, que sostiene que la fiscalización es una forma de regulación social². Pero lo relevante no es eso. Lo relevante es que el OSINERGMIN cobra el APR porque la ley se lo ha facultado.

Pues bien, apliquemos el mismo razonamiento al OEFA. Esta entidad **fiscaliza** las obligaciones ambientales de las empresas mineras. Y si le llamas "regulación social" a la fiscalización de seguridad que OSINERGMIN realiza sobre la actividad minera, también le puedes llamar "regulación social" a la fiscalización ambiental que el OEFA realiza sobre la actividad minera. Pero lo relevante no es eso, lo relevante es que hay cuatro leyes que facultan al OEFA a cobrar el APR a las empresas mineras. Eso es lo relevante en la discusión que existe ante el INDECOPI y el Poder Judicial.

Para efectos del cobro del APR, lo único relevante es si la ley autoriza o no a percibirlo. Esta contribución se creó en el año 2000 para financiar las funciones de los organismos reguladores. En el año 2012, por ley se reconoció un nuevo acreedor tributario: el OEFA.

En efecto, las leyes 29951³, 30011⁴ y 30115⁵ señalan que la fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA en los sectores energía y minería se financia con el APR, el cual constituye un recurso propio de esta entidad. La calidad de acreedor tributario del OEFA ha sido reafirmada por la Ley 30282⁶.

Las normas antes mencionadas han dispuesto que el OEFA perciba el APR para financiar sus funciones. Esto no lo convierte en un organismo regulador, en el sentido establecido por la Ley 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. El OEFA no necesita ser un organismo regulador para percibir el APR, lo que necesita es la ley que se lo autorice, y la realidad es que tiene cuatro leyes que se lo autorizan. Esto es lo único relevante. El legislador pudo haber dispuesto que sea el Ministerio del Ambiente (MINAM), y no el OEFA, la entidad que perciba el APR. Ello no habría implicado que este ministerio adquiriera la condición de organismo regulador. Solo hubiera bastado que la ley estableciera que el MINAM puede cobrar el APR, para que dicho ministerio proceda a percibirlo.

Sobre el particular, debe tenerse presente que el Ministerio de Energía y Minas (MINEM)⁷ también

2. Cfr.: HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Administración Pública, Derecho Administrativa y Regulación. Estudios y cuestiones*. Segunda edición. Lima: Ara Editores, 2011, pp. 794 - 795. DEN HERTOG, Johan. *General theories of regulation*. En: BOUCKAERT B. y DE GEEST G. (Editores). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward, 1999, p. 224. COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA. "Fortaleza institucional de los reguladores sociales en México", Documentos de investigación en Regulación N° 2011-06, 2011, pp. 17 - 18. MARTÍN TIRADO, Richard, "El retorno del levitán: 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*. Lima: OEFA, 2014, p. 90. BARRANTES CÁCERES, Roxana, "¿Cómo financiar la fiscalización ambiental?" En: *Loc. Cit.*, pp. 194 - 195. CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto, "Régimen jurídico de los aportes por regulación en los sectores de energía y minería a favor del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental". En: *Loc. Cit.*, p. 156. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "La viabilidad del pago del Aporte por Regulación al OEFA". En: *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz. Reconocimiento normativo de su condición de acreedor tributario*. Lima: OEFA, 2015, p. 99.
3. Cfr.: Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, publicada el 4 de diciembre de 2012.
4. Cfr.: Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 26 de abril de 2013.
5. Cfr.: Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley 30115, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, publicada el 2 de diciembre de 2013.
6. Cfr.: Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 30282, Ley de Equilibrio Financiero de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, publicada el 4 de diciembre de 2014.
7. Mediante Decreto Supremo 136-2002-PCM se ha establecido la alícuota del aporte que deben abonar los titulares del sector energía al MINEM.

percibe parte de este aporte para financiar la función pública que desarrolla sobre el sector energía. El monto del aporte que recauda el MINEM, sumado a lo que percibe el OEFA y el OSINERGMIN, no debe exceder el tope previsto por la Ley 27332 (1% de la facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal). La decisión del legislador de establecer que el MINEM perciba este aporte no lo convierte en un organismo regulador. Es más debe tenerse en cuenta que el MINEM percibe este aporte desde 1992. Mediante el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas⁸ y la Ley 27116, Ley que crea la Comisión de Tarifas de Energía⁹, se estableció que **las empresas deben contribuir al sostenimiento de los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores mediante el pago de un aporte.**

En consecuencia, para que una entidad pública perciba el APR es irrelevante que tenga o no la condición de organismo regulador en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Lo relevante aquí es que una ley habilite a dicha entidad a efectuar el cobro de la mencionada contribución. Por una ley se puede extender la calidad de acreedor tributario a otra entidad pública. Eso es precisamente lo que ha sucedido en el caso del OEFA. El legislador ha establecido que el OEFA también perciba este aporte para financiar sus funciones.

Debe quedar claro que el legislador ha habilitado al OEFA apercibir el APR debido a la transferencia de funciones que ha recibido del OSINERGMIN. Además, debe tenerse en cuenta que según el artículo 3 de la Ley 27332¹⁰, el APR financia todas las actividades realizadas por los organismos reguladores y no solo la regulación económica. Entre otros, financia las funciones

supervisora, reguladora (fijación de tarifas), normativa, **fiscalizadora** y **sancionadora**, de solución de controversias y solución de reclamos de usuarios.

Mediante Decreto Supremo 001-2010-MINAM se transfirieron las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental en los sectores minería y energía del OSINERGMIN al OEFA. Como se puede apreciar, las funciones transferidas se enmarcan dentro de lo que se ha denominado "regulación social" y forman parte de las actividades que son financiadas por el APR, según lo establece el artículo 3 de la Ley 27332.

Entonces, resulta lógico sostener que debido a esta transferencia de funciones, al OEFA le corresponde ahora ser acreedor tributario del APR para financiar las actividades de supervisión y fiscalización en materia ambiental que desarrolla en los sectores energía y minería y, por ello es que el legislador así lo ha establecido.

Guillermo Albareda del Castillo (GAdelC): Dentro de la estructura de los Organismos Públicos Especializados existen dos tipos: (i) Organismos Técnicos Especializados, creados de manera excepcional y adscritos a un ministerio específico y (ii) Organismos Reguladores, responsables de regular sectores económicos complejos (telecomunicaciones, energía, transporte y servicios de saneamiento), adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros. En esa línea, la Ley de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹¹ señala que son Organismos Reguladores: OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS.

Como indica su norma de creación, el OEFA¹² es un Organismo Técnico Especializado adscrito al

8. Publicado el 19 de noviembre de 1992 en el Diario Oficial El Peruano.

9. Publicada el 17 de mayo de 1999 en el Diario Oficial El Peruano.

10. Cfr.: Artículo 3.1 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

11. Ley 27332, del 29 de julio del 2000.

12. Decreto Legislativo 1013, del 14 de mayo de 2008.

Ministerio del Ambiente, el cual asumió -como parte del proceso de transferencia de funciones del OSINERGMIN- solo las referidas a la supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental para las empresas del sector minero que conforman la gran y la mediana minería. Dicha transferencia de funciones no implica que el OEFA haya adquirido también la calidad de Organismo Regulador.

Eduardo Sotelo Castañeda (ESC): El OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde. El nombre o categoría de regulador o no, no es determinante de una consecuencia jurídica relevante para el supuesto problema que hoy se ha denunciado o impugnado respecto de los aportes al OEFA. Lo jurídicamente importante es si el OEFA realiza funciones que puedan ser conceptuadas como actividades públicas no divisibles, no individualizables, no particularizables y si de dichas actuaciones, a la vez que se deriven beneficios colectivos para la sociedad, se producen beneficios diferenciales para un grupo de la sociedad. Todo ello, en el marco de un principio de reserva de ley relativo que rige en la tributación doméstica.

2. El aporte por regulación es creado por el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, ¿califica para estos propósitos la minería como inversión en servicios públicos?

HGA: La minería no califica como un servicio público; sin embargo, el legislador ha conside-

rado que su fiscalización debe ser financiada con el APR. Por ello, las Leyes 27332 y 29901¹³ han establecido que el OSINERGMIN financie su función de fiscalización en el sector minero con cargo a esta contribución. El cobro de esta contribución no se fundamenta en la fijación de precios, sino en la actividad de fiscalización en seguridad de las instalaciones mineras que desarrolla dicha entidad.

En efecto, el OSINERGMIN percibe esta contribución no por fijar el precio de un servicio público, sino por fiscalizar. Esto demuestra que para percibir el mencionado aporte es irrelevante que una actividad califique o no como servicio público, o el tipo de regulación que se ejerza. Lo único relevante aquí es que una ley disponga el cobro de la contribución; así de simple, así de claro.

Al igual que el OSINERGMIN, el OEFA cuenta con habilitación legal (las leyes 29951, 30011, 30115 y 30282) para efectuar el cobro del APR al sector minero para financiar su función de fiscalización ambiental.

GadelC: La minería no califica como inversión en servicios públicos y por ende, no es una actividad sujeta a regulación, es decir, que para el normal desarrollo de la actividad minera no es necesaria la intervención de organismo alguno que regule sus precios, toda vez que los mismos se rigen por las reglas del mercado: oferta y demanda.

ESC: Hay que entender bien la función constitucional del artículo 10 de la Ley 27332. La Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios, legisla sobre una serie de entidades que reúnen, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, las siguientes funciones: a) supervisora¹⁴,

13. Ley 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), publicada el 12 de julio de 2012.

14. 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) reguladora¹⁵, c) normativa¹⁶, d) fiscalizadora y sancionadora¹⁷, e) solución de controversias¹⁸, y f) de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan. En su concepción, por los términos usados, la Ley 27332 se concibió como una ley que refiere a "organismos reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos". OSINERG, luego OSINERGMIN, es una entidad reglada por esa ley y parte de sus funciones, alcanzadas también por la ley, fueron transferidas por mandato legal (algunas funciones fiscalizadoras, sancionadoras y normativas) al OEFA (fiscalización ambiental, supervisión ambiental directa, función sancionadora, y rectoría y normativa del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), en los sectores y subsectores de minería, hidrocarburos, pesquería e industrial). En consecuencia, las etiquetas de "entidad reguladora" o de "Organismo Regulador de la Inversión Privada en los Servicios Públicos" deben leerse y entenderse contextualizadas, conforme a la sucesión normativa producida, interpretando histórica y lógicamente esas diversas normas, y encontrando el sentido constitucional a las cosas. Así, el artículo 10 de la Ley 27332, no hace sino regular sobre lo que se denomina una hipótesis de incidencia "tipo", de un tributo

contribución, destinado a financiar las funciones en esta disposición normadas. Entiéndase, el artículo 10 de la Ley 27332 enuncia y anuncia que las entidades que ejercen las funciones señaladas, pueden, financiar dichas funciones con un APR, el cual no podrá exceder del 1% del valor de la facturación anual, deducido el IGV y el IPM (Impuesto de Promoción Municipal), de las empresas y entidades bajo su ámbito. En aplicación del principio de reserva de ley relativo que rige la materia tributaria en cuanto a una contribución (también llamado "aporte"), el Aporte será fijado mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas¹⁹.

En consecuencia, si se entiende lo anterior la función del artículo 10 de la Ley 27332 y la evolución normativa acaecida, la pregunta formulada no encierra ningún hecho que sea relevante para resolver el problema suscitado con el aporte a OEFA.

3.- La Ley 27699, Ley complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, precisa que el Aporte por Regulación tiene la naturaleza de

15. Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
16. Comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.
17. 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.
18. 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.
19. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter relativo que tiene la reserva de ley en materia tributaria (STC 2762-2002-AA/TC) y de los aportes o contribuciones en concreto (Sentencias recaídas en los Expedientes N° 3303-2003-AA/TC y 1520-2004-AA/TC). La RTF de Observancia Obligatoria N° 0416-1-2009 analiza los aportes o contribuciones previstos en el inciso g) del artículo 31 del Decreto Ley 25844 y señala también que la reserva de Ley en materia tributaria en este aspecto es relativa.

contribución, especie de tributo²⁰. La contribución es definida por el Código Tributario como el tributo que tiene como hecho generador un beneficio derivado de una obra pública o actividad estatal, ¿es acaso la fiscalización –o regulación– que realiza el OEFA un beneficio directo para las empresas mineras contribuyentes de este tributo?

HGA: El Tribunal Constitucional (TC), en reiterada jurisprudencia, ha reconocido que el APR, creado por la Ley 27332, es una obligación de pago que tiene la naturaleza de contribución²¹. Lo señalado por el Tribunal ha sido reconocido en el artículo 7²² de la Ley 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)²³, el cual establece de forma expresa que el APR tiene la naturaleza de contribución.

El Tribunal Fiscal²⁴ sostiene que el APR constituye una contribución, pues trae consigo beneficios generales para el mercado y diferenciados para los contribuyentes, tal como se aprecia a continuación:

“De este modo, el desarrollo de las funciones de los organismos normativos y reguladores (actividades de control, regulación, supervisión y supervigilancia), trae consigo

beneficios al mercado en general y a los contribuyentes del citado aporte en especial, pues en la medida que se cumpla con aquellas, estas se verán beneficiados con el ahorro de costos de transacción que se derivan de su actuación en el mercado, esto es, se genera un beneficio diferenciado a favor de los contribuyentes del tributo.

En este sentido, cabe concluir que los aportes por regulación bajo análisis constituyen contribuciones”. (Énfasis agregado).

En el caso del OEFA, el APR que percibe genera los siguientes beneficios generales y diferenciados:

a) Beneficio general: garantiza el derecho a un ambiente equilibrado

La fiscalización ambiental desarrollada por el OEFA garantiza que las personas vivan en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. Debe tenerse en cuenta que el derecho a un ambiente sano asegura que las personas vivan en condiciones dignas. Este derecho fundamental se encuentra directamente relacionado con el derecho a la vida y la salud. De esta forma, la fiscalización ambiental, al asegurar la vigencia del derecho al ambiente, también genera mejores condiciones de vida para los ciudadanos.

20. De acuerdo con la Cuadragésimo Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, a partir de la vigencia de dicha Ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA, se financian con cargo al APR a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del OSINERGMIN.

21. Cfr.: Tribunal Constitucional, Sentencia del 28 de junio del 2004, recaída en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC y la Sentencia del 9 de diciembre del 2005, recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC.

22. Ley 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)

“Artículo 7°.- Naturaleza del aporte

Precítese que el aporte a que hace mención el Artículo 10 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tienen la naturaleza de contribución destinada al sostenimiento institucional del OSINERG.”

23. Publicada el 16 de abril del 2002 en el Diario Oficial *El Peruano*.

24. Tribunal Fiscal, Resolución N° 416-2009 del 15 de enero del 2009, recaída en el Expediente N° 13338-2004.

b) Beneficios diferenciados

La fiscalización ambiental también genera beneficios diferenciados para las empresas. Estos beneficios inciden en la relación que dichas empresas tienen con el mercado, sus trabajadores y la comunidad.

Favorece la inversión en nuestro país: Los conflictos socioambientales surgen debido al impacto que la degradación del entorno genera en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. La contaminación es un fenómeno complejo que puede ser causado por diversas actividades. La incertidumbre sobre sus causas genera temor en la población ante la industria extractiva, la cual ha sido históricamente identificada como la responsable de la generación de daños en el ambiente²⁵.

La Defensoría del Pueblo²⁶ sostiene que la debilidad de la gestión ambiental dificulta la prevención de la contaminación, lo que a su vez ocasiona costos externos que son asumidos por la población que la padece. Una débil gestión ambiental constituye una fuente de desconfianza de la población hacia el Estado, lo que genera conflictos socioambientales.

El OEFA viene trabajando por revertir dicha percepción, posicionándose como el garante de la protección ambiental. Se viene consolidando una fiscalización que armonice el derecho a desarrollar actividades económicas con el derecho a vivir en un ambiente sano, que equilibre la promoción de la inversión privada con la protección de los ecosistemas.

La fiscalización ambiental realizada por el OEFA promueve la aceptación de las

empresas que cumplen sus obligaciones ambientales. Una eficiente fiscalización ambiental genera mayor confianza en la población respecto de la función pública de protección ambiental. Esta mayor confianza ayuda a disminuir la conflictividad social, lo que a su vez favorece la inversión en el país para beneficio de todos.

Optimiza el funcionamiento del mercado: La actividad minera, si bien contribuye con el desarrollo económico del país, genera impactos en el ambiente que requieren ser internalizados en los costos de producción²⁷. Las empresas que no cumplen con este precepto reducen indebidamente los costos derivados de sus obligaciones ambientales. Esto trae como consecuencia que las empresas que internalizan dichos costos y las que no lo hacen compitan en desigualdad de condiciones. La fiscalización ambiental contribuye al óptimo funcionamiento del mercado, pues evita que las empresas que incumplen sus obligaciones ambientales compitan, con una ventaja indebida, con las que sí cumplen.

Garantiza el bienestar de los trabajadores mineros: El OEFA realiza acciones de fiscalización ambiental que garantizan que las compañías mineras cuenten con instalaciones ambientalmente adecuadas para sus trabajadores. Las medidas adoptadas pronta y oportunamente evitan que los trabajadores mineros sufran las consecuencias de una eventual contaminación. De esta forma, se protege la salud y la vida de dichos trabajadores. En consecuencia, la fiscalización ambiental realizada por el OEFA es una manifestación de la función preventiva del Estado, que se ejerce a fin de garantizar el bienestar de los propios trabajadores mineros, con lo cual se mejo-

25. Cfr.: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe extraordinario: Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*. Informe N° 2. Lima: 2007, p. 18.

26. Cfr.: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Op. Cit.*, pp. 29 y 33.

27. Cfr.: Artículo VIII de la Ley 28611 - Ley General del Ambiente.

ran las relaciones que estos tienen con las empresas.

Por lo expuesto, la fiscalización que realiza el OEFA en el sector minero no solo trae consigo beneficios generales para la sociedad, sino también beneficios diferenciados para las empresas contribuyentes del tributo.

GAdelC: El TC al referirse al APR, contemplado por el artículo 10 de la Ley 27332, ha considerado que éste tiene indiscutiblemente "naturaleza tributaria" (impuesto, tasa o contribución). En consecuencia, el Tribunal entiende que el APR debe respetar los principios constitucionales que regulan el régimen tributario (consagrados por el artículo 74 de la Constitución) como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales (STC N° 3303-2003-AA, F.J. 3).

En la misma línea, el TC y la Ley 27699 (artículo 7) han precisado que el mencionado aporte es una contribución, y por consiguiente, su cobro no surge por una manifestación de capacidad contributiva del demandante sino por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse, en este caso, de la actividad reguladora que brinda el Estado (STC N° 1520-2004-AA, F.J. 7).

En ese sentido, la Norma II, literal b) del Título Preliminar del Código Tributario establece que la Contribución: *"Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales"*.

Por lo tanto, en la medida que el APR es una contribución –como lo ha reconocido el TC– la determinación de su base imponible debe tomar en cuenta la actividad real o potencial que realice el organismo regulador respecto a las empresas supervisadas; razón por la cual, la determinación del porcentaje del APR que corresponda al OSINERGMIN y al OEFA debe guardar directa relación con los costos reales en los que incurrirán estas entidades, dentro del ámbito de sus competencias, como resultado de realizar sus actividades de supervisión y fiscalización.

ESC: La pregunta se encuentra contestada en las anteriores respuestas. Toda contribución se crea alrededor de una actuación estatal que produzca beneficio "especial" o "diferencial" para sus contribuyentes. La precisión que hace dicha Ley 27699 es innecesaria. Con el Código Tributario y la interpretación inveterada de tribunales administrativos y judiciales basta y sobra para reconocer que en el 10 de la Ley 27332 se ha instituido la hipótesis tipo de un tributo contribución. A mayor abundamiento, otras fuentes posteriores que reconocen lo mismo son la RTF N° 416-1-2009 (de observancia obligatoria, 23 de enero de 2009) que señala, claramente, que la contribución es un tributo vinculado porque se asocia en su generación a una actividad estatal (actuación u obra pública) que además de producir beneficios generales a toda la colectividad, genera beneficios diferenciales a cierto número de sujetos dentro de dicha colectividad. En el caso de la contribución al gasto, los deudores tributarios son agentes regulados o supervisados, debido al beneficio diferencial generado en el ahorro de costos de transacción que provoca la intermediación de la actuación estatal, siendo que las actuaciones estatales que justifican su establecimiento o cobro, son actividades de control, regulación, supervisión, supervigilancia. Similar posición sirvió para sustentar, previamente a la aludida RTF, el Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Fiscal, según consta en el Acta de Reunión de Sala Plena No. 2009-02, suscrita el 14 de enero de 2009. En el sustento jurídico para dicho acuerdo se evidencia cómo este tipo de funciones estatales generan un ahorro de costos evidenciado en los estados financieros de las empresas que legitima la creación de un tributo del tipo contribución al gasto.

4. **La Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 30282, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Año 2015, "precisa" que el OEFA es acreedor tributario del Aporte por Regulación creado por la Ley 27332, ¿la emisión de esta norma pone fin a la discusión sobre la legalidad y constitucionalidad (referidas al respeto del principio de reserva de ley) previamente**

cuestionadas ante el Poder Judicial y en la Comisión de Barreras Burocráticas del INDECOPI?

HGA: Sí, con la emisión de esta norma se pone fin al debate planteado por las empresas mineras ante el INDECOPI y el Poder Judicial sobre la legalidad del APR que percibe el OEFA. Mediante esta norma legal, se precisa que esta entidad tiene la calidad de acreedor tributario del APR, lo cual ya había sido reconocido en las leyes 29951, 30011 y 30115.

Para entender mejor este asunto, es importante conocer los argumentos que sustentan las resoluciones de primera instancia emitidas por la CEB y el Poder Judicial. La CEB ha señalado incorrectamente que la exigencia del pago del APR constituye una barrera burocrática ilegal, pues ha tomado como cierta la interpretación de las empresas mineras sobre la Ley 29951, según la cual dicha norma no habría reconocido la calidad de acreedor tributario del OEFA, sino autorizado una transferencia financiera entre el OSINERGMIN y el OEFA. Por ello, la CEB considera erróneamente que el OEFA no debe recaudar directamente esta contribución. Según dicha instancia, el OSINERGMIN debe recaudarlo y luego transferirlo al OEFA. El pronunciamiento de la CEB no desconoce la facultad del OEFA de financiar sus acciones de fiscalización ambiental con el APR, ni la obligación de las empresas de cumplir con dicho pago²⁸.

La interpretación efectuada por la CEB y las empresas mineras ha sido contradicha por el Poder Judicial, el cual ha confirmado en dos oportunidades que el APR a favor del OEFA es constitucional y legal, señalando que la Ley 29951 debe interpretarse a la luz de la transferencia de funciones del OSINERGMIN al OEFA. La interpretación sistemática de las leyes 29951, 30011 y 30115 determina que el OEFA es acreedor tributario del

APR, el cual constituye un recurso directamente recaudado de esta entidad²⁹.

El legislador ha confirmado la postura del Poder Judicial al emitir la Ley 30282, la cual precisa que el OEFA es acreedor tributario del APR, de modo que se despeja toda duda sobre la interpretación de las leyes antes mencionadas, tal como se aprecia a continuación:

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

OCTAVA. *Precísase 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

28. Cfr.: Resolución N° 0423-2014/CEB-INDECOPI del 14 de octubre del 2014.

29. Cfr.: Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia del 10 de setiembre del 2014, recaída en el Expediente N° 00220-2014. Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia del 23 de enero del 2015, recaída en el Expediente N° 0388-2014.

artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados. (Énfasis agregado).

Por ende, es correcto señalar que, con la emisión de esta norma, se ha dado por concluido el debate planteado por las empresas mineras, que fuera acogido incorrectamente por la CEB, pues se ha reconocido expresamente lo dispuesto en las leyes 29951, 30011 y 30115, las cuales conceden al OEFA la facultad de recaudar directamente esta contribución del sector minería y energía para financiar sus acciones de fiscalización ambiental. Por ende, tras la emisión de la Ley 30282, no existe duda alguna de que el OEFA es legitimamente acreedor tributario de esta contribución.

Debe tenerse en cuenta que dicha disposición legal tiene naturaleza interpretativa. Sobre las leyes de carácter interpretativo, el TC³⁰ ha señalado que estas fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad. La norma interpretativa se reconoce por la utilización de, entre otros, el vocablo "precísese", y por ser emitida siguiendo el mismo procedimiento parlamentario exigido para la norma interpretada. Dado que la norma interpretada y la interpretativa regulan los mismos supuestos de hecho, los alcances de la norma interpretativa rigen desde la vigencia de la norma interpretada, es decir, desde la vigencia de la Ley 29951.

La Ley 30282 cumple con los preceptos establecidos por el TC para ser calificada como una norma interpretativa. Ha sido emitida siguiendo el mismo procedimiento para la aprobación de las leyes 29951, 30011 y 30115, y emplea el vocablo "precísase" para aclarar la calidad de acreedor tributario del OEFA. Por ende, no cabe duda que esta norma es interpretativa y, por ende, rige desde la vigencia de la Ley 29951.

Mediante la emisión de la Ley 30282, el Congreso de la República ha señalado cuál es la inter-

pretación que debe otorgarse a la legislación sobre el APR, reconociendo expresamente la calidad de acreedor tributario del OEFA. Esta interpretación es auténtica: el legislador que emitió las leyes 29951, 30011 y 30115 es el mismo que expidió la norma interpretativa (la Ley 30282).

En efecto, el Parlamento, en el año 2012, señaló en la Ley 29951 que el OEFA se financia con el APR, lo que significa que es acreedor tributario del APR. Luego, en el año 2013, mediante las leyes 30011 y 30115 ratificó dicha condición. Y, finalmente, en el año 2014, dentro del mismo periodo parlamentario, emitió la Ley 30282, precisando su condición de acreedor tributario de la mencionada contribución.

Existe una continuidad y coherencia en las leyes que reconocen que el OEFA es acreedor tributario del APR, lo cual se demuestra con la proximidad de las fechas en las que fueron publicadas. La Ley 29951 fue publicada el 4 de diciembre del 2012; la Ley 30011, el 26 de abril del 2013; la Ley 30115, el 2 de diciembre del 2013; y, finalmente, la Ley 30282, el 4 de diciembre del 2014.

Estas leyes han sido emitidas dentro un mismo periodo parlamentario (2011-2016), en cuatro legislaturas ordinarias, lo que evidencia que la referencia al OEFA como acreedor tributario no ha sido un error de interpretación, sino una manifestación de la voluntad del legislador de ordenar que la fiscalización ambiental del sector minería se financie con esta contribución.

En consecuencia, en observancia de esta norma legal, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI debe reconocer la calidad de acreedor tributario del OEFA, pues de lo contrario estaría efectuando un análisis de constitucionalidad de la Ley 30282, lo cual se encuentra proscrito en sede administrativa. El TC ha señalado que el control (constitucional) difuso de las normas con rango de ley "en el mejor de los casos puede

30. Cfr.: Sentencia del 16 de mayo del 2007, recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC, fundamentos jurídicos 20-203.

ser extensivo a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos³¹.

GAdelC: La inconstitucionalidad del Decreto Supremo 130-2013-PCM es tan evidente que se pretendió "subsana" los vicios en los que incurrió a través de la promulgación posterior de la Ley 30282, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2015.

Como puede apreciarse de la norma en cuestión, luego de más de 10 años de promulgada, se ha "interpretado" la Ley 27332 a fin de que se entienda de que el OEFA (un órgano del Estado que no existía cuando se dio la Ley 27332), es acreedor tributario del APR, buscando de ese modo que sea una ley y no el Decreto Supremo la que defina al sujeto activo de una obligación tributaria del APR. La Ley 30282, asimismo, reitera que el APR es un ingreso propio del OEFA, y dispone que se incorpore a su presupuesto institucional en aplicación de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

De ese modo, a través de la citada Ley se pretende subsanar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 130-2013-PCM, a fin de que sea una norma con rango legal (y no una norma reglamentaria, como venía ocurriendo) la que identifique al OEFA como un acreedor tributario de la contribución denominada APR.

No obstante ello, la Ley 30282 no ha hecho sino confirmar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo, al revelar que el legislador era consciente de que no existía norma alguna de rango legal que contemple al OEFA como acreedor tributario.

Sumado a ello, ha pretendido fijar los criterios de la Ley 27332 a través de una norma a todas luces inconstitucional como a continuación demostraremos:

La Ley 30282 es inconstitucional.

- Resulta evidente que el legislador dictó la Ley 30282 a fin de buscar darle visos de constitucionalidad tanto al Decreto Supremo 130-2013-PCM, como al Decreto Supremo 129-2013-PCM, pues era por demás evidente que esta norma creaba un tributo pese a su rango reglamentario.
- No obstante, la Ley 30282 se encuentra viciada y resulta inconstitucional, toda vez que: (i) se trata de una norma de carácter innovativo, por lo que vulnera la prohibición de irretroactividad de las normas tributarias consagrada en nuestra Constitución; y, (ii) regula materias tributarias a pesar de que su naturaleza jurídica es la de una ley presupuestal, vulnerando la prohibición constitucional contenida en el artículo 74 de nuestra Carta Magna.
- El artículo 103 de la Constitución prohíbe al legislador dotar a una ley de efectos retroactivos. De ese modo, salvo en materia penal, ninguna norma, y mucho menos una que crea tributos, puede tener efectos sobre hechos anteriores a su promulgación.
- El legislador ha pretendido evitar la citada prohibición constitucional a través de una norma "interpretativa", que busca "aclarar el sentido" de la Ley 27332, que creaba el APR para los Organismos Reguladores y, "precisando" que el OEFA es acreedor del APR.
- No obstante ello, es fácil advertir que la Ley 30282 no realiza ninguna interpretación de la referida norma, sino que le añade un nuevo supuesto de hecho, buscando crear a través de una ley anterior el tributo para el OEFA. Producto de ello, la Ley 30282 tiene un marcado carácter innovativo y no interpretativo, razón por la cual resulta inconstitucional al crear una norma tributaria con efecto retroactivo.

31. Cfr.: Sentencia del 18 de marzo de 2014, recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC, fundamento jurídico 33.

La Ley 30282 es una norma complementaria a la Ley del Presupuesto.

- Como se puede observar, la Ley 30282 regula una serie de disposiciones sobre materia tributaria e, incluso, dispone que el APR sea incorporado al presupuesto institucional del OEFA. Es por ello que resulta relevante determinar su naturaleza jurídica y si se trata de una norma de carácter presupuestal, esto es, una Ley de Presupuesto o sus normas complementarias.
- La razón de ello estriba a que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución Política del Perú, las leyes del presupuesto no pueden contener normas en materia tributaria.
- En ese sentido, para encontrarnos frente a una ley de presupuesto debemos encontrarnos frente a una ley que autorice la ejecución del gasto público, que tenga un plazo legal de un año, que es dictada a través de una ley expresa y que tiene una prohibición constitucional de contener normas sobre materia tributaria.
- Por lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la Ley 30282 es inconstitucional.

ESC: Primero que todo, la Ley 30282 es una Ley de Equilibrio Financiero (del Presupuesto del Año 2015) y, por ende, no rige respecto de ella la prohibición a que alude el artículo 74 de la Constitución para referir o contener materia tributaria³². En segundo lugar, los tributos de la especie contribución son clasificados doctrinal y jurisprudencialmente como tributos "vinculados", ello porque en su diseño es esencial que exista servicio o actuación pública que esté con-

templada en el aspecto material de su hipótesis (la supervisión, la fiscalización, la función normativa) y el tributo sirve para financiar esta función, pues, "El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación"³³. Por ende, no podía ser de ninguna otra forma que al estar destinados los recursos del aporte a financiar las funciones de la OEFA fuera ésta el acreedor tributario del recurso. Que la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, estableciera que a partir de la vigencia de la citada Ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA se financiarían con cargo al APR 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, no significó ninguna violación de la prohibición para abordar la ley de Presupuesto una materia tributaria, pues, la norma se pronunció sólo acerca de la fuente de financiamiento de una actividad (antes del aspecto tributario se tiene el aspecto financiero al que refiere una Ley de presupuesto). Aun cuando se quisiera levantar la pregunta sobre una supuesta inconstitucionalidad de dicha Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 –disfrazada de supuesta ilegalidad del Decreto Supremo 130-2013-PCM–, no debe obviarse que los actos de los poderes públicos deben presumirse constitucionales mientras sea razonable una interpretación de ellos conforme con la Constitución. Así la consideración de una norma o acto como inconstitucionales sólo es la última alternativa a asumir, cuando no se pueda hacer una interpretación conforme a la Constitución³⁴.

32. "Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria".

33. Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario.

34. "En el análisis de la constitucionalidad de las leyes, (...) este Tribunal se encuentra obligado a buscar, entre las diversas opciones interpretativas, una que armonice razonablemente con la Constitución; y sólo en el caso de no hallarla, se verá obligado a declarar inconstitucional" (Caso Colegio de Abogados de Lima contra el artículo 4.2. de la Ley 27056, Exp. No 0005-99-I/TC).

Entonces, tanto la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, como la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 30282, cumplen una función conforme a la Constitución, y terminan dando un sentido armónico a la regulación de la contribución que financiaría las funciones que se transfirieron del OSINERGMIN al OEFA, y que son establecidas y particularizadas, en ejercicio de la reserva de ley relativa, por el Decreto Supremo 130-2013-PCM. Ningún resquicio queda para una alegación de una pretendida ilegalidad del aporte. Una tal interpretación sería antojadiza y tendenciosa.

5. La mencionada Octava Disposición Complementaria de la Ley 30282, así como La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, establecen que las funciones de fiscalización ambiental del OEFA relacionadas con las actividades de energía y minería, se financian con cargo al Aporte por Regulación, que dichos recursos constituyen ingresos propios del OEFA y son incorporados a su presupuesto institucional. Sin embargo, la Quinta Disposición Complementaria de la propia Ley 30282 autoriza al OEFA, durante el Año Fiscal 2015, efectuar transferencias financieras a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos para fines propios de esta entidad. ¿Se están desnaturalizando la asignación de los recursos provenientes del Aporte por Regulación? ¿Acaso no se deberían destinar dichos recursos únicamente al OEFA, dada su condición de entidad reguladora?

HGA: Las transferencias financieras se realizan con recursos que provienen de las multas, que son Recursos Directamente Recaudados, y no

del APR. No debe confundirse el primer párrafo con el segundo párrafo de la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley 30282.

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

QUINTA. *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 2015.*

Asimismo, autorizase al OEFA, durante el Año Fiscal 2015, a efectuar transferencias financieras a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismo 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". (Énfasis agregado).

El primer párrafo trata del APR, y lo que se menciona es que su destino es el fortalecimiento institucional del OEFA. En cambio, el segundo párrafo, trata de las multas y otros ingresos.

A la misma conclusión se arribó el año pasado para interpretar los alcances de la Ley 30115, Ley de Equilibrio Financiero de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014³⁵,

35. Cfr.: Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley 30115, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, publicado el 2 de diciembre del 2013.

la cual disponía exactamente lo mismo que la Ley 30232. Esto es, autorizaba 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”. De conformidad con lo señalado en el artículo 2 de la Resolución Ministerial 187-2014-MINAM³⁶, la transferencia autorizada por dicha ley para el año 2014 se refería exclusivamente al concepto de multas, tal como se aprecia a continuación:

*“Artículo 2º.- (...) Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30115, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, el OEFA, durante el Año Fiscal 2014, puede efectuar transferencias financieras a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos, con cargo a sus ingresos por concepto de **multas**, 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 Amazonia, y otras acciones de carácter ambiental propias del Ministerio del Ambiente y sus organismos públicos adscritos”. (Énfasis agregado).*

En atención a ello, el OEFA transfirió S/. 21 millones el año pasado al MINAM para financiar parte de la COP 20, los cuales no provienen del APR, tal como se señala en la parte considerativa de la resolución de transferencia, sino principalmente de las multas impuestas.

De igual forma, este año, el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo que busca remediar la contaminación ambiental de las cuencas de los ríos Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón (Loreto) señala que el OEFA transferirá S/. 20 millones que provienen de multas, no del APR.

Un ejemplo adicional es que mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo 44-2015-OEFA/PCD, publicada el 7 de abril de 2015, se ha autorizado la transferencia financiera a favor del MINAM para acciones de gestión ambiental vinculadas al mejoramiento y ampliación de los servicios de información ambiental y otros. El artículo 2 de dicha resolución precisa que la mencionada transferencia se realiza con cargo a las multas administrativas, y no con los recursos del APR.

Queda claro, pues, que el segundo párrafo de la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley 30282 no autoriza al OEFA a efectuar transferencias financieras con cargo al APR durante el 2015. Dicha norma no hace mención al APR, sino a Recursos Directamente Recaudados, refiriéndose a las multas. Por lo tanto, es erróneo concluir que la transferencia financiera dispuesta a favor del MINAM vulneraría la naturaleza tributaria del APR, toda vez que dicha transferencia solo se efectuará con los montos provenientes de las multas y no con cargo al APR.

GAdelC: Conforme a lo dispuesto en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, la contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. En otras palabras, las contribuciones, como es el caso del APR, no deben tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación. Para que el APR no vulnere el principio de legalidad debe respetar el concepto y la naturaleza de la contribución, es decir, debe existir una estricta correlación entre el monto gravado y el costo del servicio brindado.

El excedente recaudado por el OEFA vulnera el principio de no confiscatoriedad, toda vez que se obtiene una suma que excede los costos en los que incurre la administración para realizar sus actividades. Siendo ello así, qué hace el OEFA

36. Resolución Ministerial 187-2014-MINAM - “Modifican el Artículo 15” del Reglamento del Fideicomiso constituido mediante D.S. N° 011-2011-MINAM, aprobado por R.M. N° 090-2014-MINAM”, publicada el 25 de junio del 2014.

con los cuantiosos excedentes que obtiene por la contribución? Pues nada menos a transferir lo recaudado a distintos organismos del Estado, a pesar de que los ingresos obtenidos son producto de una contribución destinada a la fiscalización ambiental de las actividades del sector minería. Así por ejemplo, además de la transferencia efectuada al Ministerio del Ambiente, para financiar la organización y realización de la COP20 y la Décima Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto, de conformidad a la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo No. 083-2014-OEFA/PCD, resulta que a través de la Ley 30282, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2015, se ha autorizado al OEFA a realizar transferencias al Ministerio del Ambiente y sus órganos adscritos, sin hacer referencia a monto alguno.

ESC: La Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, estableció que a partir de la vigencia de la citada Ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA se financiarían con cargo al APR 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. El medio en el que se expresan o representan los recursos fiscales (la moneda de curso legal, los nuevos soles) son fungibles. Habría que probar que los nuevos soles que la Quinta Disposición Complementaria de la Ley 30282 autoriza a transferir al OEFA, durante el Año Fiscal 2015, en favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos, constituyen recaudos del aporte, en cuyo caso se habría violado la prohibición de aplicar los rendimientos de la contribución a un destino ajeno al de cubrir el costo de los servicios

que constituyen el supuesto de la obligación. Se trata de un tema de descubrimiento o probanza. Tengo entendido que esa transferencia no corresponde a recursos provenientes del aporte. La sola existencia de la Quinta Disposición Complementaria de la propia Ley 30282 no es evidencia suficiente para concluir que se ha desnaturalizando la asignación de los recursos provenientes del Aporte.

6. **El Decreto Supremo 130-2013, que establece disposiciones referidas al Aporte por Regulación del OEFA a cargo de las Empresas del Sector Minería, señala que el Aporte solo será de cargo de los titulares de las actividades de Gran y Mediana Minería. ¿Cuál es el fundamento por el que se excluye a la Pequeña Minería de efectuar el Aporte? ¿Se estaría vulnerado el principio tributario de igualdad consagrado en la Constitución Política del Estado?**

HGA: El TC ha sostenido que el principio de igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. No se traduce en el derecho de toda persona a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o circunstancias en las que se encuentre.³⁷ Por ello, el legislador puede establecer diferencias de trato, en tanto existan razones objetivas que lo justifiquen. La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio, pues puede sustentarse en causas objetivas y razonables³⁸.

En consecuencia, el propio TC reconoce que a nivel legislativo, es posible establecer diferencias entre sujetos cuando existan razones objetivas, como ocurre en el presente caso, pues son distintas las condiciones en las que se desenvuelve la gran y mediana minería, fiscalizada por el gobierno nacional, en comparación con la pequeña minería y la minería artesanal, fiscalizada por los gobiernos regionales. Es por

37. Sentencia del 28 de junio del 2004, recaída en el Expediente N° 0606-2004-AA/TC, fundamento jurídico 11.

38. Sentencia del 24 de octubre del 2011, recaída en el Expediente N° 2974-2010-AA/TC, fundamento jurídico 8.

ello que no corresponde dar un tratamiento idéntico a estos sectores.

La diferencia no solo se da en función de la autoridad competente para fiscalizarlos, sino también con relación a sus permisos, instrumentos de gestión ambiental y otras consideraciones.

GAdelC: La ley determina que todas las empresas de mediana y gran minería están sujetas a la fiscalización por parte del OEFA, reservando para los gobiernos regionales la fiscalización de los Pequeños Mineros y Productores Mineros Artesanales, esa es la razón por la que no están incluidos.

ESC: Constitucionalmente la diferenciación sólo es irrita si no se encuentra justificación objetiva o razonable para ella. No conozco el detalle del sustento para excluir una categoría de sujetos del universo de actores o agentes de la actividad minera que deben pagar el aporte. Es también un legítimo derecho de cualquier ciudadano exigir una rendición de cuentas y el descubrimiento a sus autoridades para explicar las razones de la diferenciación. Un test de igualdad ha sido desarrollado por la doctrina constitucional³⁹ para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual arbitrario o discriminatorio. Por lo demás, debemos presumir la constitucionalidad de la norma en cuestión, y asumir que el legislador ha hecho un ensayo en el presente de lo que sería un eventual test de igualdad practicado por un Tribunal Constitucional. Lo demás es especulación pura, de sujetos que no son intérpretes oficiales ni coercitivos de la Constitución. Lo digo de otra manera, atribuir vulneración del principio tributario de igualdad al Decreto Supremo 130-2013 sin ensayar o mostrar un test de igualdad es adivinación, no es opinión jurídica ni derecho. Para el test de igualdad se necesita información, datos, estadística, que luego se filtre con los subprincipios de idoneidad o de adecua-

ción; de necesidad; y de proporcionalidad *stricto sensu*. Mientras no se tenga la información, ni se practique un ensayo de ese test (pues el test definitivo lo hace un intérprete oficial), sólo queda sospecha o especulación sobre la vulneración del principio de igualdad.

7. El OEFA, como entidad integrante del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, tiene facultades de supervisión y fiscalización sobre un universo amplio de personas naturales y jurídicas, para asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental. Entonces, ¿por qué el Aporte por Regulación del OEFA solo es exigible para las empresas de los sectores minería y energía?

HGA: En principio, debe tenerse en cuenta que las empresas de los sectores de minería y energía siempre han estado obligadas a pagar el APR al Osinergmin, en atención a lo dispuesto en las leyes 27332 y 29901. Mediante las leyes 29951, 30011, 30115 y 30282, solo se ha reconocido un nuevo acreedor tributario de esta contribución: el OEFA. En otras palabras, esta obligación tributaria siempre ha existido para los mencionados sectores. Mediante la ley, únicamente se ha extendido el cobro de este aporte a favor de otro acreedor.

Todas las empresas bajo el ámbito de competencia del OEFA se encuentran obligadas a financiar la fiscalización ambiental en aplicación del "principio de internalización de costos" reconocido en la Ley 28611, Ley General del Ambiente⁴⁰ y su Reglamento⁴¹. Las referidas normas disponen que el titular de una actividad económica debe asumir el costo de los riesgos o daños que puede generar en el ambiente, así como las acciones de prevención y vigilancia (fiscalización ambiental) que realiza el órgano fiscalizador (OEFA).

39. STC N° 0016-2002-AI/TC, 0008-2003-AI/TC y 048-2004-AI/TC.

40. Cfr.: Artículo VIII y artículo 142.1 de la Ley 28611 - Ley General del Ambiente.

41. Cfr.: Artículo 6.5 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2005-PCM, publicado el 28 de enero del 2005.

Estos costos no solo son abonados por el sector minería y energía, como equivocadamente se afirma, sino también deben ser asumidos por los otros sectores bajo el ámbito de competencia del OEFA. Mientras los sectores minería y energía abonan el APR, los sectores pesca e industria abonarán los "costos de supervisión y fiscalización ambiental", de conformidad con lo establecido en la Ley 29325⁴² y el Decreto Supremo 005-2014-MINAM⁴³.

El trato diferenciado que se otorga a dichos sectores no vulnera el principio de igualdad, pues se justifica en los mayores impactos negativos ambientales que generan la actividad minera y la actividad energética, en comparación con los otros sectores. En consecuencia, esta diferencia de trato no afecta el principio de igualdad.

En resumen, los sectores minería y energía abonan el APR, pues ya venían pagando esta contribución al Osinergmin. Los demás sectores deberán abonar los costos de supervisión y fiscalización ambiental.

GAdelC: El artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, estableció que "*Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito*".

Ahora bien, en la Primera Disposición Complementaria de la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, se señala que mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y

sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA.

En tal sentido, si el APR a favor del OEFA hubiese sido creado conforme a la Constitución y la ley, deberían encontrarse obligadas a su pago todas las empresas de todos los sectores que fiscaliza, y no solamente el sector minero energético, debiendo ser proporcional a los gastos que incurre el OEFA por cada supervisión y fiscalización; es decir, debe haber correlación entre el monto gravado y el costo del servicio brindado.

ESC: Especulo que debe tratarse de una decisión de política para hacerlo de una manera gradual. El OEFA es una institución relativamente nueva, cuya existencia tiene que ver con una progresiva especialización de labores de la administración pública. No me parecería raro que el avance de la fiscalización se realice de manera gradual y enfocada y que ello determine la necesidad de financiamiento primero a un grupo de empresas de un determinado sector, para luego extenderla a otros. Aun con todo ello, creo que alguien con competencia para el ejercicio de estas funciones debería tener una respuesta fundamentada, más ilustrada y concisa a la presente pregunta. Desde el punto de vista legal, me parecería prematuro levantar un cuestionamiento de tipo legal para acusar al aporte de inequitativo porque aún no alcanza o incorpora a sectores que también están bajo la competencia del OEFA.

8. Las empresas mineras cumplen con realizar el pago de la Regalía minera, el Derecho de vigencia, el Impuesto o el Gravamen Especial a la Minería (aplicable este último a los sujetos de la actividad minera que mantienen celebrados Convenios de Estabilidad Jurídica Tributaria), entre otros tributos. ¿El pago del Aporte por Regulación no

42. Cfr.: Artículo 12.3 de la Ley 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

43. Cfr.: Artículo 1 y artículo 3 del Decreto Supremo 005-2014-MINAM, Decreto Supremo que establece disposiciones reglamentarias para la aplicación del Numeral 12.3 del Artículo 12 de la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicado el 8 de abril de 2014.

transgrede el principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos respecto a las empresas mineras?

HGA: No. De ninguna manera el APR que percibe el OEFA es confiscatorio. La Ley 27332 ha establecido que esta contribución no puede exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el IGV e IPM. A criterio del legislador, dicho porcentaje resulta razonable, proporcional y no confiscatorio.

La CEB del INDECOPI ha reconocido que la alícuota de 0,21% fijada a favor del OSINERGMIN resulta plenamente razonable, toda vez que ha sido fijada respetando el tope establecido en la Ley 27332⁴⁴. Si el 0,21% es razonable, con mayor razón lo es la alícuota del 0,15% establecida a favor del OEFA.

Es más, la razonabilidad ha sido reconocida por el Poder Judicial en los dos procesos sobre acción popular que mencioné líneas arriba. En las respectivas sentencias, se señala claramente que el APR del OEFA no resulta confiscatorio para las empresas obligadas, toda vez que representa menos del 1% del valor de facturación anual, menos el IGV y el IPM.

El APR a favor del OEFA no afecta desproporcionadamente el patrimonio de las empresas mineras. La alícuota fijada para el OEFA representa un porcentaje significativamente menor al de la alícuota de OSINERGMIN y a la alícuota tope establecida por la Ley 27332. En consecuencia, el APR que percibe el OEFA no vulnera el principio de no confiscatoriedad.

GadelC: El principio de no confiscatoriedad, busca que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado no afecte "irrazonable y desproporcionadamente" la esfera patrimonial de las personas. Este principio tiene 2 manifestaciones: cuantitativa y cualitativa.

Mientras que la confiscatoriedad cuantitativa está referida a la onerosidad del tributo frente

a la capacidad contributiva del deudor tributario; la confiscatoriedad cualitativa se produce por vulneración de otros principios tributarios tales como los establecidos en el artículo 74 de la Constitución, así como la razonabilidad intrínseca de los tributos.

De esta manera, existen tres supuestos en base a los cuales puede existir una vulneración al principio de no confiscatoriedad: (i) cuando exista una falta de adecuación o razonabilidad entre la carga real o efectiva y el monto estimado del beneficio diferencial producido por la obra o actividad estatal; (ii) cuando la medición de la cuantía de la contribución individual no se detenga o contraiga al tope del costo total de financiamiento de la obra o actuación pública; o, (iii) cuando los recursos recaudados por las contribuciones se destinen a financiar actividades y obras estatales distintas de las que generan el beneficio general y el beneficio diferencial.

Respecto al primer supuesto, para que el APR cumpla con ser un tributo vinculado, tendrá que justificarse en el ahorro en los costos de transacción (optimización del funcionamiento del mercado) obtenido por los contribuyentes y no meramente en el costo de la actividad estatal. El OEFA no ha podido acreditar que se haya producido este beneficio y menos aún que el monto que se pretende cobrar responda al mismo. En tal sentido, nos encontraremos ante un supuesto de confiscatoriedad.

El OEFA no ha acreditado que los montos que cobra por el APR tengan como tope los costos en los que razonablemente debería incurrir para llevar a cabo las labores de supervisión y fiscalización ambiental de las actividades mineras. Ello supone una vulneración del principio de no confiscatoriedad.

Respecto al tercer supuesto, debe tenerse en cuenta que la desviación de los fondos provenientes del APR, podrá producirse a través de transferencias internas del OEFA entre distintos

44. Cfr.: Resolución N° 0428-2014/CEB-INDECOPI del 14 de octubre del 2014.

centros de costo o a través de transferencias hacia otras entidades.

Por un lado, el hecho que se aplique el APR para el financiamiento general del "sostenimiento institucional del OEFA" indica la existencia de una confiscatoriedad cualitativa, en tanto existen sectores bajo su fiscalización distintos al de minería que son financiadas con el APR de estas empresas.

Por otro lado, la Ley 30282, Ley del Equilibrio Financiero de Presupuesto del Sector Público para el año 2015, permite que los excedentes del APR recaudados por el OEFA, sean transferidos al MINAM para actividades ajenas a la supervisión y fiscalización del subsector minería en materia ambiental. Ello constituye una vulneración del principio de no confiscatoriedad.

ESC: Doctrina y jurisprudencia internacional y doméstica concuerdan en que el análisis de la confiscatoriedad tributaria es uno de naturaleza particular para cada tributo, no es ni puede hacerse de manera general para un conjunto de tributos o para más de uno. Cada tributo tiene una funcionalidad distinta y responde a una causa jurídica y constitucional diversa. La formulación de la pregunta encierra tributos vinculados y no vinculados, y cobros no tributarios, cada uno es distinto y cumple una función (constitucional) distinta. La manera en que un tributo vinculado como una contribución viola el principio de no confiscatoriedad es cuando excede el costo de la actuación pública que justifica legalmente su cobro, o cuando el recaudo es utilizado para un fin distinto del que ocasionó su imposición y cobro.