



ORGANISMO DE EVALUACIÓN  
Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

El  
**financiamiento** de la  
 **fiscalización**  
**ambiental** en el Perú

El **Aporte por Regulación** que percibe el OEFA



**El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú:  
El Aporte por Regulación que percibe el OEFA**

El  
**financiamiento** de la  
  
**fiscalización**  
**ambiental** en el Perú

El **Aporte por Regulación** que percibe el OEFA



**El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú:  
El aporte por regulación que percibe el OEFA**

**Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA**

Primera edición: agosto 2014

Tiraje: 320 ejemplares

**© Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA**

Dirección: Av. República de Panamá 3542, Lima 27, Perú

Teléfono: (51-1) (01) 713-1553

webmaster@oefa.gob.pe

www.oefa.gob.pe

**Directores:**

Milagros Granados Mandujano

Eduardo Rezkalah Accinelli

**Colaboradores:**

Sebastián Suito López

Patricia Quijano Vallejos

Percy Grandez Barrón

Luis Jaime Alvarado Arrospide

Melissa Daza Isuiza

**Edición y corrección de estilo:**

Roxana Villalba Garcés

Fiorella Vasi Grillo

**Diseño y diagramación:**

Ángel Inga Ayala

Carla Ochoa Quisel

Jhaqueline Hernández Toro

Los artículos contenidos en el presente libro son de carácter académico y no expresan necesariamente la posición oficial de la autoridad administrativa con competencia en fiscalización ambiental.

La versión digital de este documento se encuentra disponible en [www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)

Algunos derechos reservados. Esta publicación está disponible bajo la Licencia Creative Commons Reconocimiento-Uso no Comercial-Sin Obras Derivadas 2.5 Perú (CC BY-NC-ND 2.5 PE).

Esta licencia permite reproducir, distribuir copias y comunicar públicamente la obra por cualquier medio o formato conocido o por conocerse, siempre y cuando el propósito principal no sea la obtención de una ventaja comercial o compensación monetaria y se reconozca la autoría de la obra.

El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/pe/legalcode>

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-12914

ISBN: 978-612-46660-4-9

Impreso por: Billy Víctor Odiaga Franco  
Av. Arequipa 4558, Miraflores, Lima - Perú  
RUC: 10082705355

Impreso en Perú

## INDICE

<b>Presentación</b>	<b>9</b>
<b>1. Constitucionalidad y legalidad del aporte por regulación que percibe el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental</b> <i>Milagros Granados Mandujano</i>	<b>11</b>
<b>2. La constitución y el deber empresarial de aportar a la supervisión del OEFA</b> <i>Víctor García Toma</i>	<b>53</b>
<b>3. El retorno del Leviatán: mitos y verdades sobre la naturaleza del aporte regulatorio del OEFA</b> <i>Richard Martin Tirado</i>	<b>85</b>
<b>4. Una aproximación constitucional a la naturaleza del aporte por regulación al OEFA</b> <i>Carlos Hakansson Nieto</i>	<b>107</b>
<b>5. Riesgo, ambiente y sociedad. Fundamentos del aporte por regulación</b> <i>Iván Lanegra Quispe</i>	<b>125</b>
<b>6. Régimen jurídico de los aportes por regulación en los sectores de energía y minería a favor del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental</b> <i>Alberto Cairampoma Arroyo</i>	<b>135</b>
<b>7. El aporte por regulación destinado al OEFA: principales cuestionamientos de constitucionalidad</b> <i>Carlos Moreno Grández</i>	<b>161</b>

<b>8. ¿Cómo financiar la fiscalización ambiental?</b> <i>Roxana Barrantes Cáceres</i>	<b>187</b>
<b>Reseña de autores</b>	<b>201</b>
<b>Anexos:</b> Normas Legales	
Anexo 1	<b>209</b>
Anexo 2	<b>211</b>
Anexo 3	<b>213</b>
Anexo 4	<b>215</b>
Anexo 5	<b>217</b>
Anexo 6	<b>219</b>
Anexo 7	<b>225</b>
Anexo 8	<b>231</b>
Anexo 9	<b>245</b>
Anexo 10	<b>251</b>

## PRESENTACIÓN

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio de Ambiente, que tiene como una de sus importantes funciones la fiscalización ambiental de las empresas de los sectores minería y energía (electricidad e hidrocarburos). Esta fiscalización ambiental, entendida como un macro proceso, comprende la evaluación de la calidad ambiental de la zona de influencia de la actividad económica desarrollada por las referidas empresas, la supervisión de las obligaciones y compromisos ambientales de dichas empresas, la tramitación de los procedimientos sancionadores correspondientes y el incentivo de buenas prácticas ambientales para mejorar el desempeño ambiental de estos sectores.

El macro proceso de la fiscalización ambiental, así descrito, es financiado por el aporte por regulación (APR), que es una contribución (una forma de tributo) que pagan las empresas mineras, eléctricas y de hidrocarburos fiscalizadas por el OEFA. Esta contribución se creó el año 2000 mediante el Artículo 10º de la Ley N° 27332º, y la condición del OEFA de acreedor tributario del APR ha sido reconocida por las leyes números 29951 (2012), 30011 (2013) y 30115 (2013).

La alícuota tope del APR es el 1% de la facturación anual de las empresas supervisadas, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal. Las alícuotas fijadas para el OEFA son significativamente menores al tope establecido por ley. Para el sector minería se ha establecido una alícuota de 0,15% para los años 2014 y 2015 y de 0,13% para el año 2016. Para el sector energía, la alícuota para los años 2014, 2015 y 2016 asciende a 0,11% en el sector electricidad, 0,12% en el sector importación y producción de hidrocarburos, y 0,15% en el sector transporte y distribución de hidrocarburos.

El APR resulta fundamental para una idónea fiscalización administrativa y una efectiva protección ambiental. En atención a esta importancia, y al hecho de que poco se ha escrito sobre este tributo, se ha considerado pertinente la

elaboración del presente libro con el objetivo de conocer la posición académica de especialistas en materia de derecho constitucional, administrativo, ambiental y tributario, así como en regulación, respecto de la naturaleza, fundamento y alcances del APR percibido por el OEFA.

Esta obra no solo busca una reflexión académica del APR, sino poner en relieve la importancia de su percepción por parte del OEFA con el propósito de garantizar una fiscalización ambiental que permita equilibrio entre la inversión en minería y energía y la protección del ambiente y la vida y salud de las personas.

### **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

# **CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DEL APORTE POR REGULACIÓN QUE PERCIBE EL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

**MILAGROS GRANADOS MANDUJANO (\*)**

## **SUMARIO**

El presente artículo tiene como propósito demostrar que el aporte por regulación que percibe el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cumple con las exigencias constitucionales y legales aplicables a las contribuciones, que son una modalidad de tributo. Asimismo, busca explicar que el pago del referido aporte se fundamenta en el principio de internalización de costos y se sustenta en la función pública de fiscalización ambiental —una forma de expresión de la regulación social— que desarrolla dicha entidad.

1. Introducción 2. Naturaleza jurídica del aporte por regulación 3. Constitucionalidad y legalidad del aporte por regulación que percibe el OEFA 4. La función pública de regulación social desarrollada por el OEFA 5. Financiamiento de la fiscalización ambiental y el principio de internalización de costos 6. Conclusiones

---

\* La autora agradece a Gabriela López Medrano, Gabriel Medina Ríos, Andrea Loustaunau Barbieri, Melissa Daza Isuiza y Percy Grandez Barrón por el valioso apoyo brindado en la elaboración y corrección del presente documento.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2000, mediante la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos se creó el aporte por regulación con el propósito de financiar la función pública desarrollada por los organismos reguladores, entre estos, el entonces llamado Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), que luego se convirtió en Osinergmin (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería) debido a que se le transfirieron competencias de fiscalización del sector minero.

Al transferirse las funciones de fiscalización ambiental del Osinergmin al OEFA, se emitieron una serie de disposiciones legales (Leyes números 29951, 30011 y 30115) reconociendo a este último como nuevo acreedor tributario del aporte antes mencionado. Posteriormente, se emitieron los Decretos Supremos números 129 y 130-2013-PCM, fijando la alícuota que le corresponde percibir al OEFA del sector energía y minería, respectivamente.

En los últimos meses, algunos administrados han cuestionado el aporte por regulación que percibe el OEFA, sosteniendo que este vulneraría los principios de legalidad, reserva de ley, igualdad y no confiscatoriedad. Además, señalan que este organismo público no debería percibir dicho aporte al no calificar como organismo regulador.

En este contexto, el presente artículo se orienta a demostrar que el aporte por regulación que percibe el OEFA cumple con las exigencias constitucionales y legales aplicables a las contribuciones, que son una modalidad de tributo. Adicionalmente, busca explicar que el pago del referido aporte se fundamenta en el principio de internalización de costos, propio del ordenamiento ambiental, y se sustenta en la función pública de fiscalización ambiental que ejerce dicha entidad, la cual es una manifestación de la llamada regulación social.

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APORTE POR REGULACIÓN

### 2.1. Los tributos: impuesto, contribución y tasa

El Tribunal Fiscal sostiene que el tributo es

(...) toda prestación en dinero que el Estado exige en ejercicio de la potestad tributaria, para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines; así, consti-

tuye un elemento esencial del tributo la coacción, es decir, la facultad de compeler al pago de la prestación requerida en ejercicio de la facultad de imperio (...)¹

Por su parte, el Tribunal Constitucional² define el tributo como la “(...) obligación jurídicamente pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley”. A partir de esta noción, dicho Tribunal señala que existen tres elementos esenciales de un tributo, los cuales son: (i) su creación por ley; (ii) la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado; y (iii) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción.

El Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, señala que existen tres (3) clases de tributo, a saber:

- a) *Impuesto*: es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
- b) *Contribución*: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o actividades estatales.
- c) *Tasa*: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

Las contribuciones gravan los beneficios que obtienen los contribuyentes por la obra o actividad realizada por el Estado. Si bien dicha obra o actividad pública genera un beneficio para toda la colectividad, dentro de esta es posible identificar un subgrupo diferencialmente beneficiado. Este subgrupo muestra o proyecta un incremento en su capacidad contributiva proveniente de la obra o actuación pública realizada; por ello, el Estado puede legítimamente exigirle una porción de su capacidad contributiva (Sotelo 2008: 8).

En esta línea, el Tribunal Fiscal sostiene que “(...) la contribución es un tributo vinculado porque se asocia en su generación a una actividad estatal (actuación

---

1 Tribunal Fiscal, Resolución N° 05754-3-2002 del 2 de octubre del 2002, recaída en el Expediente N° 4785-01

2 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 28 de junio del 2004, recaída en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC, fundamento jurídico 4

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".<sup>3</sup>

En resumen, las contribuciones generan beneficios generales y diferenciados por la realización de una actividad estatal.

## 2.2. El aporte por regulación como contribución

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido que el aporte por regulación creado por la Ley N° 27332 es una obligación de pago que tiene la naturaleza de contribución.<sup>4</sup>

Lo señalado por este Tribunal ha sido reconocido en el Artículo 7° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg)<sup>5</sup>, el cual establece de forma expresa que el aporte por regulación tiene la naturaleza de contribución, tal como se advierte de la siguiente cita:

### **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.

Al respecto, el Tribunal Fiscal<sup>6</sup> sostiene que el aporte por regulación que perciben los organismos reguladores 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*

3 Tribunal Fiscal, Resolución N° 416-1-2009 del 15 de enero del 2009, recaída en el Expediente N° 13338-2004

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

5 Publicada el 16 de abril del 2002 en el diario oficial El Peruano.

6 Tribunal Fiscal, Resolución N° 416-1-2009 del 15 de enero del 2009, recaída en el Expediente N° 13338-2004.

la medida que se cumpla con aquellas, estos 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 (...) (la cursiva es nuestra).

En el caso del OEFA, el aporte por regulación 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 saludable y equilibrado 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<sup>7</sup> y la salud<sup>8</sup>. De esta forma, la fiscalización ambiental, al asegurar la vigencia del derecho al ambiente, también genera mejores condiciones de vida para los ciudadanos.

**b) Beneficios diferenciados**

**- Facilita la licencia social para las inversiones**

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 históricamente ha sido identificada como la responsable de la generación de daños en el ambiente (Defensoría del Pueblo 2007: 18).

La Defensoría del Pueblo (2007: 29 y 33) 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. En este contexto, resulta difícil construir la confianza

<sup>7</sup> Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 19 de diciembre del 2007, recaída en el Expediente N° 6057-2007-HC/TC, fundamento jurídico 6.

<sup>8</sup> Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 15 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N° 6534-2006-AA/TC, fundamento jurídico 7.

de la ciudadanía en la capacidad del Estado de proteger su entorno vital. Como afirma, la Defensoría 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 esta percepción, posicionándose como el garante de la protección ambiental. Se viene consolidando una fiscalización que armonice el derecho de desarrollar actividades económicas con el derecho a vivir en un ambiente sano, 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 con sus obligaciones ambientales. Asimismo, la pronta detección de incumplimientos a la normativa ambiental evita futuros conflictos socioambientales. La existencia de un órgano técnico especializado que fiscalice dicho cumplimiento genera que la población confíe en que las empresas realizan sus actividades observando los estándares nacionales e internacionales de protección del ambiente.

Una eficiente fiscalización ambiental permite una mayor aceptación de las poblaciones aledañas, lo que incentiva la licencia ambiental para nuevas inversiones y reduce la conflictividad social.

#### - **Garantiza el bienestar de los trabajadores**

La fiscalización ambiental desarrollada por el OEFA garantiza que las empresas cuenten con instalaciones ambientalmente adecuadas para sus trabajadores<sup>9</sup>. Las medidas adoptadas pronta y oportunamente previenen que los propios trabajadores de las empresas fiscalizadas por el OEFA sufran las consecuencias de una eventual contaminación. De esta forma, se protege la salud y la vida de dichos trabajadores y, con ello, se mejora la relación que estos tienen con las empresas.

---

9 Sobre el particular, el Tribunal Constitucional sostiene que la industria minera es una actividad de alto riesgo para la vida y la salud de sus trabajadores. Por tal razón, el Estado ha asignado a varios organismos la función de prevenir la configuración de riesgos para los trabajadores, garantizando un ambiente de trabajo seguro y saludable. Cf. Sentencia del 8 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N° 10063-2006-AA/TC, fundamento jurídico 128.

## - Evita la competencia desleal entre empresas

Las actividades extractivas generan impactos en el ambiente que requieren ser internalizados en los costos de producción. Las empresas que no cumplen con este precepto reducen indebidamente sus costos. Esto trae como consecuencia que las empresas que internalizan dichos costos y las que no lo hacen compitan en desigualdad de condiciones.

A través de la fiscalización ambiental, el OEFA asegura el cumplimiento de las obligaciones ambientales, desincentivando la realización de conductas que afecten el ambiente. De esta manera, la fiscalización ambiental contribuye al óptimo funcionamiento del mercado, pues evita que las empresas que incumplen sus obligaciones ambientales compitan de manera desleal con las que sí cumplen.

Los beneficios generales y diferenciados antes desarrollados se pueden apreciar en el siguiente gráfico:



Por lo expuesto, el aporte por regulación que percibe el OEFA constituye un tributo que tiene la naturaleza de contribución. Como tal, dicho aporte trae consigo beneficios generales para la colectividad y diferenciales para los contribuyentes.

### **3. CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DEL APORTE POR REGULACIÓN QUE PERCIBE EL OEFA**

La validez de los tributos se sujeta a la observancia de determinados principios constitucionales y legales. A continuación, se demuestra que el aporte por regulación que percibe el OEFA cumple con dichos principios.

#### **3.1. La observancia del principio de legalidad**

##### **a) Alcances del principio de legalidad**

El primer párrafo del Artículo 74º de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) reconoce el principio de legalidad en materia tributaria, en los siguientes términos:

Artículo 74º . 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 Tribunal Constitucional señala que este principio se traduce en el aforismo *nullum tributum sine lege*, por el cual no resulta factible requerir el pago de un impuesto o contribución si, previamente, este no ha sido regulado en una ley o norma de rango equivalente. Este principio constituye una garantía individual pues fija un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos. Al mismo tiempo, constituye una garantía plural, pues asegura la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria.<sup>10</sup>

##### **b) La creación del aporte por regulación y el reconocimiento del OEFA como acreedor tributario**

Algunos han sostenido que el aporte por regulación que percibe el OEFA sería inconstitucional e ilegal por haber sido creado por la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del sector público para el año fiscal 2013, la cual, al ser una norma de presupuesto, no podría regular materia tributaria.

<sup>10</sup> Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 13 de diciembre del 2011, recaída en el Expediente N° 02835-2010-PA/TC, fundamento jurídico 33.

La Ley N° 29951 no vulnera el Artículo 74° de la Constitución, pues no crea el aporte por regulación. Como se ha indicado anteriormente, este tributo en su modalidad de contribución fue creado por la Ley N° 27332. Mediante la Ley N° 29951 únicamente se ha reconocido la calidad de acreedor tributario del OEFA con relación a dicha contribución, lo cual ha sido ratificado por las Leyes números 30011 y 30115.

En efecto, el aporte por regulación es una contribución que fue creada en el año 2000 mediante el Artículo 10° de la Ley N° 27332, con la finalidad de financiar la función pública desarrollada por los organismos reguladores:

**Artículo 10.- Aporte por Regulación**

*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 (la cursiva es nuestra).*

En el año 2000, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg) era competente para fiscalizar solo al sector energía (empresas eléctricas y de hidrocarburos). Mediante la Ley N° 28964<sup>11</sup>, del año 2007, se le transfieren competencias para supervisar al sector minero, cambiando su denominación a Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin).

En el año 2008, mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013<sup>12</sup>, se creó el OEFA y, dos años después, se le transfirieron las funciones de fiscalización ambiental del Osinergmin<sup>13</sup>. Como consecuencia de esta transferencia, la Cuadragés-

---

11 Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicado el 24 de enero del 2007.

12 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo del 2008.

13 La Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental ordenó la transferencia de funciones de fiscalización ambiental al OEFA y de los recursos que posibilitan su ejercicio. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero del 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA, proceso que fue prorrogado por el Decreto Supremo N° 002-2011-MINAM.

sima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951<sup>14</sup>, del año 2012, estableció que las funciones de fiscalización ambiental desarrolladas por el OEFA en los sectores minería y energía se financian con el aporte por regulación creado por la Ley N° 27332, esto es, se reconoce al OEFA como un nuevo acreedor tributario, tal como se aprecia a continuación:

**CUADRAGÉSIMA OCTAVA.** 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 (Osinergmin) (la cursiva es nuestra).* (...)

La calidad de acreedor tributario del OEFA fue ratificada mediante la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011<sup>15</sup>, la cual establece que las funciones de fiscalización en materia ambiental que desarrolla esta entidad pública se financian con cargo al aporte por regulación, tal como se evidencia de la siguiente cita:

**TERCERA.** Las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación establecido en la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Dichos recursos constituyen ingresos propios de esta entidad, los cuales son incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

Incluso en la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30115<sup>16</sup> se reconoce que el OEFA tiene la calidad de acreedor del aporte por regulación de conformidad con lo establecido en las Leyes números 29951 y 30011, tal como se aprecia a continuación:

**SEXTA.** Autorízase, de manera excepcional, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la utilización de recursos provenientes del aporte a que se

---

14 Ley de Presupuesto del sector público para el año fiscal 2013, publicada el 4 de diciembre del 2012

15 Ley que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 26 de abril del 2013

16 Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, publicada el 2 de diciembre del 2013.

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.

(...)

En este sentido, el aporte por regulación que percibe el OEFA fue creado por la Ley N° 27332. Mediante las Leyes números 29951 y 30011 únicamente se ha reconocido su calidad de acreedor tributario.

La postura antes expuesta es compartida por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>17</sup>, órgano que se encuentra encargado de uniformizar los criterios interpretativos de las diversas entidades del Sector Público, el cual ha afirmado que el aporte por regulación que corresponde al OEFA fue creado por la Ley N° 27332 y no mediante las Leyes números 29951 y 30011, tal como se advierte de las siguientes citas:

[D]e la revisión de las Leyes números 29951 y 30011, se aprecia que el OEFA se encuentra facultado para financiar sus funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería, con cargo al *Aporte por Regulación creado mediante Artículo 10° de la Ley N° 27332*.

[L]a Ley N° 29951 y la Ley N° 30011 no crean el Aporte por Regulación que debe recibir el OEFA, esta contribución es creada mediante la Ley N° 27332. La Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y de la Tercera Disposición Final de la Ley N° 30011, únicamente disponen que el OEFA recaude parte de la contribución ya existente (la cursiva es nuestra).<sup>18</sup>

Como se puede apreciar, la Ley N° 29951 no ha creado una nueva contribución. Esta (como aporte por regulación) ha existido desde el año 2000. La innovación de la Ley N° 29951 es que ha reconocido que el aporte por regulación también le corresponde al OEFA, al señalar que dicha contribución tiene la naturaleza de “ingreso propio” y debe ser incorporado en su presupuesto como “fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados”.

17 De conformidad con los artículos 63° y 64° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2012-JUS, publicado el 20 de abril del 2012, establecen que la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico - DGDOJ es el órgano de línea encargado de brindar asesoría jurídica a las entidades del Sector Público con la finalidad de mantener la coherencia y el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

18 Informe Jurídico N° 005-2013-JUS/DNAJ, recibido por el OEFA el 8 de julio del 2013, párrafos 20 y 21

García Belaúnde considera que, por seguridad jurídica y en favor del orden jurídico, la regulación de instituciones y relaciones jurídicas en las leyes anuales de presupuesto deben entenderse vigentes hasta que sean expresamente derogadas (1998: 155-156). En otras palabras, dicho autor señala que es factible incorporar normas con vocación de permanencia en la Ley de Presupuesto y que estas son vigentes hasta que sean expresamente derogadas.

Es evidente que la disposición contenida en la Ley N° 29951 relativa a que el aporte por regulación es un ingreso propio del OEFA tiene vocación de permanencia, máxime si tenemos en cuenta que esta disposición no ha sido derogada, sino, por el contrario, ratificada por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 y la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30115.

Por lo expuesto, la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 no crea ningún tributo, solo se limita a reconocer una contribución ya existente. Por lo tanto, dicha norma es conforme con el Artículo 74° de la Constitución Política y con la doctrina mayoritaria, que señala que dicha disposición tiene vocación de permanencia y se considera vigente hasta que sea derogada expresamente.

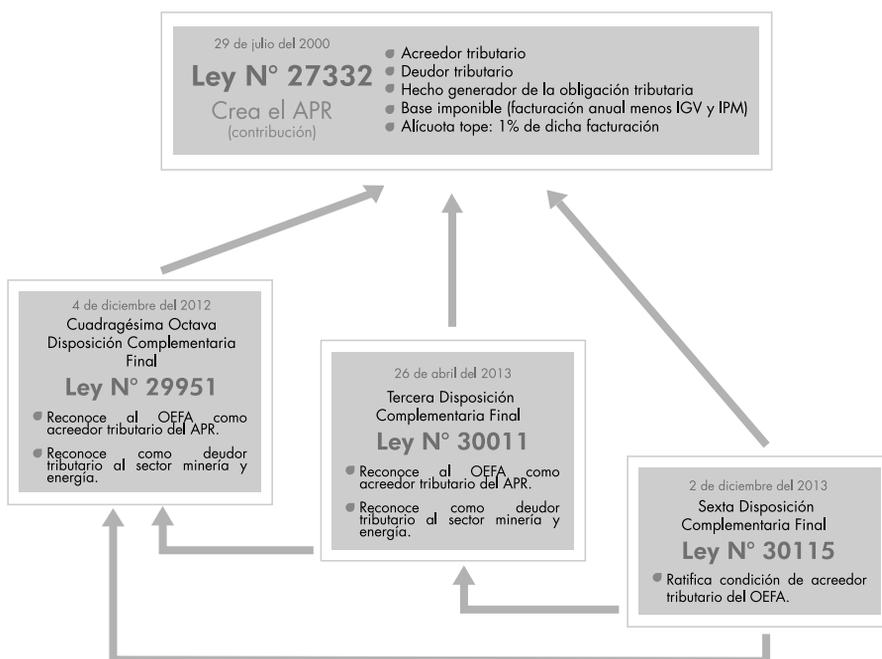
Ahora bien, en el supuesto hipotético y negado de que se asumiera como cuestionable lo establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, la ratificación efectuada por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011, que no es una ley de presupuesto, subsana cualquier cuestionamiento.

En efecto, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 establece literalmente 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 (...)”.

Por tanto, incluso si ignorásemos lo establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 (del 4 de diciembre del 2012), no es posible desconocer lo regulado en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 (del 26 de abril del 2013), que, siendo una norma con rango de ley, reconoce de manera expresa que las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA se financian con cargo al aporte por regulación.

De modo que a partir del 26 de abril del 2013, no hay duda alguna de que el OEFA es acreedor tributario del aporte por regulación creado mediante la Ley N° 27332. Dicho en otros términos, a partir del 26 de abril del 2013 es incuestionable afirmar que, por virtud de lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011, el ordenamiento jurídico peruano reconoce al OEFA como un acreedor tributario más del aporte por regulación. Corroborra esta afirmación el hecho de que, más de nueve meses después, la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30115 (del 2 de diciembre del 2013) autorizó al OEFA la utilización de recursos provenientes del aporte (por regulación) a que se refiere la Ley N° 30011 para financiar sus actividades de sostenimiento institucional. El legislador consideró, al momento de expedir la Ley N° 30115, que el OEFA ya era acreedor tributario del aporte por regulación creado mediante la la Ley N° 27332.

Lo antes señalado se puede apreciar en el siguiente gráfico:



Por lo expuesto, el aporte por regulación que percibe el OEFA cumple con el principio de legalidad, pues ha sido creado por la Ley N° 27332. Mediante las Leyes números 29951 y 30011 únicamente se ha reconocido que esta entidad tiene la calidad de acreedor tributario de dicha contribución.

### 3.2. La observancia del principio de reserva de ley

#### a) Alcances del principio de reserva de ley

El segundo párrafo del Artículo 74º de la Constitución reconoce expresamente el principio de reserva de ley en materia tributaria, tal como se advierte de la siguiente cita:

Artículo 74º

(...)

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. 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.

(...)

Igualmente, este principio se encuentra previsto en la Norma IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, la cual señala que la norma legal que crea un impuesto o contribución debe establecer sus elementos esenciales:

#### **NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY**

Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

- a) Crear, modificar y suprimir tributos; *señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario* y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10;

(...) (la cursiva es nuestra).

Según el Tribunal Constitucional, el principio de reserva de ley implica que por mandato constitucional la regulación de ciertas materias se realiza únicamente mediante ley. De esta forma, dicho principio constituye un límite a la actuación del Poder Ejecutivo, prohibiéndole regular determinadas materias que han sido reservadas para el Poder Legislativo<sup>19</sup>.

En materia tributaria, el principio de reserva de ley prescribe que únicamente mediante ley se puede crear, modificar, derogar o exonerar la imposición de un impuesto o contribución. Este principio se fundamenta en la fórmula histórica “no taxation without representation”, la cual exige que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir.<sup>20</sup>

19 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 13 de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 2302-2003-AA/TC, fundamento jurídico 32.

20 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 13 de abril del 2005, recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI/TC, fundamento jurídico 10.

Sin embargo, el supremo intérprete de la Constitución, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido que el principio de reserva de ley es relativo, pues puede admitirse derivaciones al reglamento, siempre que en la ley se contemple claramente los parámetros que deben tomarse en cuenta<sup>21</sup>:

[E]n cuanto a la creación del tributo, *la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley*. Para ello, se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; será menor cuando se trate de otros elementos. En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia (la cursiva es nuestra).

La relatividad de dicho principio se fundamenta en su propia razón de ser. Históricamente, este principio nace de la necesidad de sustraer poderes al Monarca para otorgarlos al Parlamento (*no taxation without representation*), oponiéndose a cualquier tipo de delegación. Actualmente, el Parlamento y el Gobierno responden a una misma legitimidad democrática, desarrollando políticas de Estado (entre estas, la política fiscal) en relaciones de coordinación. Esto justifica que, en algunos casos, por razones técnicas, se flexibilice la reserva de ley, permitiendo la remisión de aspectos esenciales del tributo a ser regulados por el reglamento, siempre y cuando sea la ley la que establezca los límites al Poder Ejecutivo. Caso contrario, se configuraría una habilitación en blanco o remisión genérica de la materia tributaria, lo cual claramente ésta proscrita por la Constitución.<sup>22</sup>

## b) Elementos esenciales del aporte por regulación

En las Leyes números 27332, 29951 y 30011 antes citadas, se han contemplado todos los elementos esenciales del aporte por regulación percibido por el OEFA, tal como se aprecia a continuación:

- *Hecho generador de la obligación tributaria*: la función pública de fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA
- *Deudor tributario*: los titulares que pertenecen al sector minería (mediana y gran minería) y energía (electricidad e hidrocar-

21 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 13 de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI/TC, fundamento jurídico 12.

22 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 30 de enero del 2003, recaída en el Expediente N° 2762-2002-AA/TC, fundamentos jurídicos 12 y 13.

buros) y que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA

- *Acreeedor tributario:* el OEFA
- *Base para el cálculo de la obligación y la alícuota:* Se fija como base imponible la facturación anual de las empresas supervisadas, deducido el Impuesto General a las Ventas (IGV) y el Impuesto de Promoción Municipal (IPM); y como alícuota tope se establece el 1 % de dicha facturación. La determinación de la alícuota se realiza mediante Decreto Supremo.

Sobre este último elemento, el Tribunal Constitucional ha señalado que la remisión legal para la determinación de la alícuota del aporte por regulación es perfectamente válida, pues no se trata de una habilitación en blanco al reglamento, por el contrario, se permite regular la alícuota únicamente bajo los parámetros que la propia ley confiere:

Entonces, cuando el artículo 10º de la Ley Nº 27332 establece que: “Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un Aporte por Regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido del Impuesto general a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo (...)”, *se configura una remisión legal perfectamente admitida*, pues no se trata de una habilitación en blanco al reglamento, sino que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota –originalmente creada por Ley– únicamente bajo los parámetros que la propia ley le confiere; es decir, sin exceder del tope del 1%. (la cursiva es nuestra)<sup>23</sup>.

De lo expuesto, se concluye que el aporte por regulación cumple con el principio de reserva de ley, pues sus elementos esenciales han sido establecidos por una norma con rango legal. En efecto, el hecho generador, la base para su cálculo, el acreedor tributario, el deudor tributario y el tope de la alícuota se encuentran claramente determinados en normas legales. A través de los decretos supremos Nº 129 y 130-2013-PCM únicamente se han fijado los porcentajes de las alícuotas de la contribución que corresponde al OEFA, dentro del tope previsto en la ley. Por ende, dicha remisión legal resulta plenamente válida.

23 Tribunal Constitucional, Sentencia del 9 de diciembre del 2005, recaída en el Expediente Nº 1520-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4.

### 3.3. La observancia del principio de igualdad

#### a) Alcances del principio de igualdad

El principio de igualdad también se encuentra reconocido en el Artículo 74º de la Constitución como un límite a la potestad tributaria del Estado. Según sostiene el Tribunal Constitucional, este principio tiene dos (2) acepciones:

(...) la igualdad ante las cargas fiscales debe entenderse en una doble acepción: a) en *sentido jurídico*, que supone la paridad o generalidad en el sometimiento a la tributación; y, b) en *sentido económico*, que implica *tomar en cuenta la real capacidad contributiva de cada ciudadano, al determinarse el monto a tributar*.

(...) este Colegiado ha señalado anteriormente que el principio de igualdad en materia tributaria tiene estrecha relación con el *principio de capacidad contributiva a efectos de que la carga tributaria sea directamente proporcional a la capacidad económica* de los concretos particulares que se ven afectados por el tributo (SSTC 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC, fundamento 47) (la cursiva es nuestra).<sup>24</sup>

Con relación a la capacidad contributiva, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

(...) ¿es la capacidad contributiva un principio implícito e inherente a todo tipo de tributos? Consideramos que la respuesta es afirmativa en el caso de los impuestos, pues ello se desprende del propio hecho generador; sin embargo, en el caso de las tasas y contribuciones, su alegación no se niega, pero es claro que ella no podría derivarse directamente del hecho generador, sino que, de ser invocada, deberá fundarse a otras consideraciones.<sup>25</sup>

En conclusión, en observancia del principio de igualdad los tributos deben distribuirse teniendo en cuenta la capacidad contributiva del ciudadano<sup>26</sup>. Esta regla es obligatoria en el caso de impuestos. No obs-

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia del 12 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N° 5970-2006-AA/TC, fundamento jurídico 15 - 17.

<sup>25</sup> Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 16 de mayo del 2005, recaída en el Expediente N° 053-2004-PI/TC, acápite b.3.

<sup>26</sup> En esta línea, el supremo intérprete de la Constitución sostiene que en el caso de arbitrios, la capacidad contributiva se aplica según la siguiente regla: “[l]a capacidad contributiva, con base en el principio de solidaridad, puede excepcionalmente ser utilizada como criterio de distribución de costos, dependiendo de las circunstancias económicas y sociales de cada municipio y si de esa manera se logra una mayor equidad en la distribución, cuestión que debe sustentarse en la ordenanza que crea el arbitrio”. Tribunal Constitucional, Sentencia del 16 de mayo del 2005, recaída en el Expediente N° 053-2004-PI/TC, acápite b.4.

tante, en las tasas y contribuciones, dicho criterio de distribución puede ser invocado excepcionalmente si se verifica que con ello se logra un mejor acercamiento al principio de equidad en la distribución del tributo.

**b) El criterio de facturación anual y la equidad en la distribución del gasto**

La alícuota del aporte por regulación que percibe el OEFA ha sido calculada en función al costo de las actividades de fiscalización ambiental, lo cual se encuentra sustentado en el Informe N° 016-2013-OEFA/SG<sup>27</sup>. Para la distribución de dicho costo entre los contribuyentes, se ha tenido en cuenta su facturación anual de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332.

En efecto, el Artículo 10° de la Ley N° 27332 señala de forma expresa que la base de cálculo del aporte por regulación se establece en función a la facturación anual de la empresa obligada. Los decretos supremos números 129 y 130-2013-PCM que fijan la alícuota del OEFA, únicamente se han limitado a replicar el criterio antes mencionado, sujetándose de manera estricta a lo que la ley ha dispuesto.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad del aporte por regulación creado por la Ley N° 27332<sup>28</sup>, señalando lo siguiente:

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

*Evidentemente, la confiscatoriedad no puede determinarse sobre la base de un límite absoluto en todos los casos, dada su variabilidad en el tiempo y las circunstancias; así las cosas, la afirmación de la empresa demandante requiere una comprobación que no se restringe únicamente a uno o dos meses de facturación, sino que necesita la veri-*

27 Informe de Secretaría General N° 016-2013-OEFA/SG del 9 de diciembre del 2013, dirigida al Presidente del Consejo Directivo del OEFA.

28 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de diciembre de 2005, recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 5 y 9.

ficación de las fluctuaciones en distintos periodos consecutivos, a fin de determinar si en circunstancias de un rendimiento normal de la empresa, el *quántum* de la contribución al OSINERG afecta razonablemente su propiedad (la cursiva es nuestra).

Al efectuar el análisis de dicha contribución, el Tribunal Constitucional verificó que la determinación de la alícuota está en función de la facturación mensual de la empresa, y no señaló que dicha relación sea inconstitucional, con lo cual el supremo interprete de la Constitución ya ha ratificado su constitucionalidad.

Debe tenerse en cuenta que el criterio de facturación anual resulta totalmente válido para calcular el aporte por regulación, pues garantiza que paguen más quienes tienen mayores ingresos. Así, esta forma de cálculo asegura la igualdad de los contribuyentes y evita la confiscatoriedad de sus bienes.

Además, los ingresos (facturación anual) son un buen indicador del desarrollo de actividades económicas de la empresa, debido a que miden de manera razonable la producción realizada. Mientras más produzca una empresa, más impactos podría generar en el ambiente, lo que trae consigo un incremento en la necesidad de fiscalizar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales. Esta relación hace que el criterio de facturación o ingreso sea idóneo para medir la proporción que debe aportar cada contribuyente para el sostenimiento del gasto público que demanda la fiscalización ambiental.

Por ende, el criterio de facturación para determinar el monto a tributar no solo es legal, sino también constitucional, pues cumple con el principio de igualdad al distribuir proporcionalmente (equitativamente) los costos de las actividades de fiscalización ambiental entre los contribuyentes.

### **3.4. La observancia del principio de no confiscatoriedad**

#### **a) Alcances del principio de no confiscatoriedad**

Este principio se encuentra regulado en el segundo párrafo del Artículo 74º de la Constitución y constituye un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, entre estos, el derecho de propiedad, pues evita que se afecte desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas. Asimismo, protege el derecho a la igualdad o el principio de capacidad contributiva, garantizando que el reparto de los tributos se realice de forma tal que se trate igual a los iguales y

desigual a los desiguales, lo que implica que se tenga en consideración la capacidad patrimonial de los contribuyentes.<sup>29</sup>

Este principio es un parámetro que debe ser observado al momento de fijar la base imponible y la alícuota del tributo, los cuales deben ser establecidos teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El contenido del principio de no confiscatoriedad no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo.<sup>30</sup>

El Tribunal Constitucional ha identificado dos (2) manifestaciones del principio de no confiscatoriedad:

- **Confiscatoriedad cuantitativa:**

Este principio, en su manifestación cuantitativa, limita el ejercicio de la potestad tributaria, garantizando que la ley no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.<sup>31</sup>

De este modo, exige que en el caso de las contribuciones exista una relación proporcional entre el costo de la obra o la actividad estatal y el monto exigido al contribuyente.

- **Confiscatoriedad cualitativa:**

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la confiscatoriedad, en su manifestación cualitativa, se configura si un tributo no observa los demás principios constitucionales, con independencia del monto que se sustrae al contribuyente:

*Debe tomarse en cuenta, además, que la confiscatoriedad puede evaluarse no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo, cuando se produzca una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios tributarios, sin que en estos casos interese el monto de lo sustraído, pudiendo ser incluso perfectamente soportable por el contribuyente.* (Hernández, Luis. El Poder Tributario y la nueva Constitución.

---

29 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 19 de diciembre del 2003, recaída en el Expediente N° 2727-2002-AA/TC, fundamento jurídico 4.

30 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 19 de diciembre del 2003, recaída en el Expediente N° 2727-2002-AA/TC, fundamento jurídico 5.

31 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 11 de noviembre del 2004, recaída en el Expediente N° 0041-2004-AI/TC, fundamento jurídico 56.

En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. N° 24. Junio. 1993) (la cursiva es nuestra).<sup>32</sup>

El supremo intérprete de la Constitución sostiene que la confiscatoriedad, también se configuraría si se destinan los fondos recaudados de un tributo para un fin distinto al establecido. En este supuesto, se desconocería la consecuencia jurídica, en virtud de la cual, el Estado consideró válida su actividad recaudadora.<sup>33</sup>

Como se puede apreciar, el principio de no confiscatoriedad constituye un mecanismo de defensa del derecho fundamental a la propiedad e igualdad. En su manifestación cuantitativa, evita que la norma tributaria límite de manera irracional y desproporcional la esfera patrimonial de las personas. En su manifestación cualitativa, exige cumplir con los demás principios constitucionales, con independencia del monto sustraído al contribuyente.

**b) Manifestación cuantitativa: La razonabilidad en la determinación de la alícuota**

En la Ley N° 27332 se estableció que el aporte por regulación que recaudan los organismos reguladores no puede exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el IGV e IPM, de las empresas que se encuentran bajo su ámbito de competencia. A criterio del legislador dicha medida resulta razonable, proporcional y no confiscatoria.

Mediante los Decretos Supremos números 129 y 130-2013-PCM se han fijado las alícuotas del aporte por regulación que le corresponde al OEFA, teniendo en cuenta el límite establecido en la Ley N° 27332. De este modo, se ha fijado la alícuota para el sector minero en 0,15% y para el sector energía en 0,11% (electricidad), 0,12% (importación y producción de hidrocarburos) y 0,15% (transporte y distribución de hidrocarburos).

Como se puede apreciar, estos porcentajes son significativamente menores al de la alícuota tope del 1% establecido en la Ley N° 27332. Si

32 Tribunal Constitucional, Sentencia del 11 de noviembre del 2004, recaída en el Expediente N° 0041-2004-AI/TC, fundamento jurídico 56.

33 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 11 de mayo del 2001, recaída en el Expediente N° 001-1999-AI/TC, fundamento jurídico 4.

el 1% de la facturación anual de dichas empresas (deducido el IGV y el IPM) no es confiscatorio, menos lo es el 0,11%, 0,12% o 0,15%. En consecuencia, estos porcentajes resultan razonables y, por ende, no confiscatorios.

Asimismo, dichos porcentajes se encuentran debidamente sustentados en el Informe N° 016-2013-OEFA/SG, y han sido establecidos considerando únicamente el costo de las actividades que se requieren para realizar una eficiente fiscalización ambiental en dichos sectores.

Además, los porcentajes antes mencionados son considerablemente menores a los establecidos por otros organismos que también recaudan el aporte por regulación, tal como se aprecia del siguiente cuadro:

**Porcentajes aplicables para los Sectores Energía y Minería  
(Año 2014)**

SUBSECTOR	OSINERGMIN	OEFA
Electricidad	0.50%	0.11%
Hidrocarburos Importación / Producción	0.42%	0.12%
Hidrocarburos Transporte / Distribución	0.60%	0.15%
Minería	0.21%	0.15%

Elaboración propia

Fuente: Decretos Supremos números 127, 128, 129 y 130-2013-PCM

Por lo expuesto, en la determinación de la alícuota del aporte por regulación que percibe el OEFA de parte del sector minería y energía, se ha tenido en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y se han establecido porcentajes significativamente menores al de la alícuota tope (1 % de la facturación anual), por ende, la alícuota no resulta confiscatoria.

**c) Manifestación cualitativa: el destino de los fondos del aporte por regulación**

De conformidad con lo establecido en los decretos supremos números 129 y 130-2013-PCM y en el Informe N° 016-2013-OEFA/SG, el aporte por regulación solo se destina a financiar las acciones de fiscalización ambiental del sector minería y energía.

En efecto, según se aprecia de los considerandos del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, el aporte por regulación únicamente se orienta a financiar las actividades de fiscalización ambiental que se desarrollan a la mediana y gran minería. Este fondo no subsidia otras actividades distintas al Sector Minería, tal como se aprecia de las siguientes citas:

Que, resulta necesario *establecer aportes diferenciados por actividad*, preservando que el aporte establecido para el financiamiento del macroproceso de *fiscalización ambiental relacionado con las actividades de la gran y mediana minería*, bajo el ámbito de competencia del OEFA, guarde relación con un presupuesto razonable y equilibrado de dicho organismo, que le permita ejecutar ágil y eficientemente las mencionadas funciones; (...)

Que, los porcentajes del aporte por regulación que recibirá el OEFA permitirán que esta entidad pública se afiance como el garante del cumplimiento de las obligaciones ambientales en el país, mediante el financiamiento de las acciones necesarias para su fortalecimiento institucional en lo relativo a la fiscalización *ambiental* de las *actividades del sector minería* bajo su ámbito de competencia;

(...)

Que, adicionalmente, para el cálculo de dichos porcentajes se ha tomado en consideración la disponibilidad de recursos provenientes del aporte por regulación del sector minería, evitando que se afecte la competitividad de las empresas obligadas a su pago, *impidiendo el subsidio a la fiscalización ambiental de actividades diferentes a la minería* y evitando que se genere un impacto negativo en las actividades económicas de dicho sector (la cursiva es nuestra).

Igualmente, en el Informe N° 016-2013-OEFA/SG<sup>34</sup> se señala claramente que al momento de fijar la alícuota se ha evitado subsidiar actividades distintas a las realizadas en los sectores minería y energía, conforme se aprecia a continuación:

En la determinación del presupuesto a ser financiado con el Aporte por Regulación se utilizó los supuestos macroeconómicos del MEF, *evitando el subsidio a la fiscalización ambiental de actividades diferentes a la energía y minería*; se proyectaron las necesidades institucionales bajo un esquema de supervisión efectiva que promueva el desarrollo sostenible de las actividades económicas, *salvaguardando la competitividad de las empresas obligadas a su pago*, sin afectar las finanzas del OSINERGMIN (la cursiva es nuestra).

Como se puede apreciar, el aporte por regulación cumple con su finalidad, pues únicamente se destina a financiar las acciones de fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA. No obstante ello, algunos sostienen que con la emisión de la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30115 se habría tergiversado la finalidad del aporte por regulación, pues esta norma permitiría financiar actividades distintas a la fiscalización ambiental.

<sup>34</sup> Informe de Secretaría General N° 016-2013-OEFA/SG del 9 de diciembre del 2013, dirigida al Presidente del Consejo Directivo del OEFA.

Al respecto, la Ley N° 30115 no ha tergiversado la finalidad de dicha contribución, pues esta norma únicamente dispone lo siguiente:

**SIXTA.** 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 (la cursiva es nuestra).

Como se puede apreciar, el primer párrafo del citado artículo únicamente reconoce que el OEFA tiene la calidad de acreedor del aporte por regulación de conformidad con lo establecido en las Leyes números 29951 y 30011. En este sentido, se limita a precisar que el monto recaudado por dicha contribución financiará las actividades de sostenimiento institucional vinculadas a las acciones de fiscalización ambiental que se realizan en el sector minería y energía.

El segundo párrafo no se refiere al aporte por regulación, sino a las multas impuestas por el OEFA, es decir, al otro recurso directamente recaudado. En este sentido, se menciona que las multas cobradas por el OEFA podrán ser transferidas al Ministerio del Ambiente (Minam) y a sus organismos adscritos, no haciéndose referencia a que dicha transferencia puede abarcar los ingresos recaudados por concepto de aporte por regulación.

Lo antes expuesto ha sido ratificado mediante la Resolución Ministerial N° 187-2014-MINAM<sup>35</sup>, que modifica el Artículo 15° del Reglamento de Fideicomiso constituido mediante Decreto Supremo N° 011-2011-MINAM, la cual señala expresamente que el OEFA podrá transferir al MINAM y sus organismos adscritos fondos provenientes de las multas recaudadas, tal como se verifica de la siguiente cita:

35 Publicada el 25 de junio del 2014

**Artículo 2.-** Las actividades de vigilancia y fiscalización ambiental que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA *se financian* de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 27 y la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

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 Amazonía, y otras acciones de carácter ambiental propias del Ministerio del Ambiente y sus organismos públicos adscritos (la cursiva es nuestra).

La transferencia establecida en la Ley N° 30115 se concretó en junio del presente año, a través de las Resoluciones de Presidencia del Consejo Directivo N° 082 y 83-2014-OEFA/PCD del 20 de junio del 2014.

Mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 082-2014-OEFA/PCD, se autorizó la incorporación de mayores fondos públicos en el Presupuesto Institucional del OEFA, hasta por la suma de veintiún millones y 00/100 nuevos soles (S/. 21 000 000,00). Estos fondos provienen de las multas que el OEFA ha impuesto, más no del aporte por regulación, conforme se advierte del siguiente detalle:

INGRESOS		EN NUEVOS SOLES
FUENTE DE FINANCIAMIENTO 2	Recursos Directamente Recaudados	
1.5	<b>Otros Ingresos</b>	<b>21 000 000,00</b>
1.5.2	<b>Multas y Sanciones No tributarias</b>	<b>19 425 050,00</b>
1.5.2.1	Multas y Sanciones No tributarias	19 425 050,00
1.5.2.1.1	De Administración General	10 001 312,00
1.5.2.1.1.1	De Administración General	10 001 312,00
1.5.2.1.6	Otras Multas	9 423 738,00
1.5.2.1.6.9	Multas por Infracciones Mineras	9 423 738,00
<b>1.5.5</b>	<b>Ingresos Diversos</b>	<b>1 574 950,00</b>
1.5.5.1	Ingresos Diversos	1 574 950,00
1.5.5.1.4	Otros Ingresos Diversos	1 574 950,00
1.5.5.1.4.99	Otros Ingresos Diversos	1 574 950,00
<b>TOTAL INGRESOS</b>		<b>21 000 000,00</b>

Elaboración propia

Fuente: Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 082-2014-OEFA/PCD

Luego, mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 083-2014-OEFA/PCD, se autorizó la transferencia financiera de dicho monto del OEFA al Minam. El séptimo considerando de la referida Resolución señala de forma expresa que el monto que se transfiere al Minam proviene de ingresos distintos al aporte por regulación, tal como se aprecia a continuación:

(...) mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 082-2014-OEFA/PCD, del 20 de junio del 2014, el OEFA incorporó la suma de Veintiún Millones y 00/100 Nuevos Soles (S/. 21 000 000,00) a su Presupuesto Institucional Modificado, *provenientes de ingresos distintos al Aporte por Regulación* cuyas alícuotas fueron fijadas por Decreto Supremo N° 129-2013-PCM y Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, a fin de atender lo solicitado por la Secretaría General del Ministerio del Ambiente, al haberse priorizado las actividades proyectadas en los instrumentos de gestión sin que ello implique una afectación de los objetivos estratégicos de fiscalización ambiental trazados para el presente año (la cursiva es nuestra).

Como se puede apreciar, el monto que el OEFA transfirió al Minam proviene de las multas impuestas, más no del ingreso recaudado por concepto del aporte por regulación. Esto ha sido ratificado de forma expresa, en el sétimo considerando de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 083-2014-OEFA/PCD. Por ende, la Ley N° 30115 no desnaturaría la naturaleza de contribución del aporte por regulación.

En conclusión, el aporte por regulación que percibe el OEFA no es confiscatorio por dos razones: (i) la alícuota ha sido fijada dentro del tope legal y se encuentra debidamente sustentada en un informe técnico y (ii) dicho aporte se destina exclusivamente a financiar las actividades de fiscalización ambiental que se realizan en los sectores minería y energía.

#### **4. LA FUNCIÓN PÚBLICA DE REGULACIÓN SOCIAL DESARROLLADA POR OEFA**

Si bien las normas han reconocido al OEFA como acreedor del aporte por regulación, cabría preguntarnos porque este organismo debe percibir dicha contribución, si no califica como un organismo regulador. Desde ya mencionamos, que el pago de dicho aporte se fundamenta en la función pública de regulación social que este organismo desarrolla, tal como se demuestra a continuación.

##### **4.1. Regulación: Definición y elementos**

La doctrina considera que la regulación se relaciona con la noción de autoridad pública. Según sostiene Quintana, la regulación se identifica con la intervención del Estado para controlar el comportamiento de los sujetos en el mercado a través de dispositivos legales (2011:22).

Lodge señala que la regulación se orienta a establecer estándares, modificar comportamientos y recolectar determinada información (Logde 2012: 13-14). A continuación se detalla cada uno de los elementos antes mencionados:

## ELEMENTOS DE LA REGULACIÓN

### ESTABLECIMIENTO DE ESTÁNDARES

Consiste en la determinación de metas que se desean alcanzar y los mecanismos a ser utilizados para su logro. Ello se establece mediante una norma regulatoria que incluye:

- Indicación del agente encargado de conducir la regulación (agente estatal).
- La estrategia regulatoria a seguir.

### MODIFICACIÓN DE COMPORTAMIENTOS

Se refiere a los mecanismos utilizados para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas regulatorias (sanción, incentivos, entre otros).

### RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Se refiere a los mecanismos utilizados para verificar el cumplimiento o no de las normas regulatorias (supervisiones, monitoreos, requerimientos de información puntual o periódica, entre otros).

Como se puede advertir, estos tres (3) elementos determinan la función regulatoria: la capacidad de emitir normas, modificar comportamientos y recolectar información a efectos de verificar el cumplimiento de las normas emitidas. Por ello, toda institución que cuente con dichos elementos cumple la función pública de “regulación”.

El OEFA cumple con los tres (3) elementos antes mencionados, tal como se explica a continuación:

- (i) *Establecimiento de estándares*: el OEFA tiene, entre otras, la función normativa. Es decir, tiene la capacidad de emitir normas de carácter general en el marco de sus competencias.<sup>36</sup>

36 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

Artículo 11.- Funciones generales

(...)

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

- a) **Función normativa**: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del 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.

- (ii) *Modificación de comportamientos*: el OEFA tiene la facultad de imponer sanciones, dictar medidas preventivas, cautelares y correctivas<sup>37</sup>, así como aplicar los incentivos que correspondan<sup>38</sup>.
- (iii) *Recolección de información*: el OEFA, en ejercicio de su función supervisora, puede realizar acciones de seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental.<sup>39</sup>

---

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.

(...)

**37 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-**

**Artículo 11.- Funciones generales**

**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:

(...)

- 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.

**38 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-**

**Artículo 6.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)**

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental (la cursiva es nuestra).

**39 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-**

**Artículo 11.- Funciones generales**

Como se puede apreciar, independientemente de su denominación, el OEFA realiza la función pública de regulación, pues en el ejercicio de sus competencias cumple con los tres (3) elementos que la doctrina especializada atribuye a la regulación.

#### 4.2. Tipos de regulación

La regulación que desempeña el Estado puede entenderse en dos (2) dimensiones:

##### a) Regulación económica

Como señala Alfredo Dammert, la regulación económica parte de la premisa de que el mercado asigna los recursos de manera eficiente. En un mercado competitivo no se requiere ningún tipo de intervención, pues de variar la oferta y la demanda, un nuevo equilibrio sería alcanzado por medio del funcionamiento del propio mercado (2013: 41). No obstante, en un mercado en el cual no existe competencia o esta es escasa, se requiere la intervención estatal para simular su existencia o fomentarla, en aras de tutelar el bienestar general.

Los argumentos que respaldan la existencia de la regulación económica se basan principalmente en la existencia de un “monopolio na-

---

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:

(...)

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.

(...)

tural". Esta es la falla de mercado más aceptada para justificar la regulación económica. Los monopolios naturales han surgido por razones de eficiencia económica. Sin embargo, estos deben ser regulados con la finalidad de evitar que no cobren precios excesivos. Esto es, a fin de garantizar que los intereses de los monopolios no se superpongan a los intereses de la sociedad (Viscusi 1996: 305-306).

En este sentido, Viscusi sostiene que la regulación económica se emplea con el propósito de restringir las decisiones de los agentes económicos que operan industrias con monopolios naturales. Constituyen restricciones impuestas por el gobierno a las decisiones de las empresas sobre el precio, la cantidad y la entrada y salida del mercado (1996: 307).

Algunos ejemplos de regulación económica son los relacionados con la provisión de servicios públicos: agua, telecomunicaciones, energía, entre otros. En estos casos, los problemas de monopolio natural impiden que estos mercados operen libremente.

La postura antes expuesta es compartida por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)<sup>40</sup>, el cual sostiene que ante la presencia de un monopolio natural se emplea la regulación económica (v. gr. fijación de precios) con la finalidad de simular competencia, conforme se aprecia a continuación:

*La regulación económica apunta a corregir la distorsión propia de los monopolios naturales. Hablamos de un monopolio natural cuando un producto o una gama de productos pueden ser producidos a un menor precio por una sola empresa que por dos o más, debido a lo que se conoce como "subaditividad de costos". De ahí que se afirme que estamos ante un monopolio natural cuando es más eficiente para la sociedad que un producto o servicio sea provisto por una sola empresa que por dos o más, pues esa sola empresa está en capacidad de producir a un menor precio que si dos o más lo hicieran en un entorno competitivo (...)*

Cuando estamos frente a un monopolio natural, la competencia no es posible, por lo que el Estado interviene para crear artificialmente condiciones de competencia. Esta es la particularidad de la regulación económica. Es un conjunto de instrumentos de política pública que, ex ante, busca simular condiciones de competencia en un mercado donde, en principio, la competencia no es posible. Mediante la regulación económica, el Estado fija precios, ya sea el precio (tarifa) del servicio público domiciliario, el cargo de acceso a una facilidad esencial o cargo de interconexión. *Es a través de esta fijación de precios que el Estado logra simular competencia, y luego introducir*

40 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia. Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI, fundamentos 11 y 13.

competencia, en una industria donde no sería posible la competencia si solo rigiera el derecho privado (la cursiva es nuestra).

Igualmente, Huapaya manifiesta que:

la regulación económica supone una interferencia directa sobre las decisiones esenciales del proceso de mercado, y que se justifica sobre todo en la existencia de situaciones monopólicas o de poder de mercado absoluto, es decir, situaciones donde no existe o falla casi por completo la competencia (2011: 769).

Por su parte, Guasch y Hahn señalan que la regulación económica se refiere a la limitación de precios, cantidad, entrada y condiciones de salida para industrias específicas (1999: 138). Asimismo, Ogus manifiesta que este tipo de regulación es invocada cuando no hay suficiente competencia (2002: 630). Como se puede apreciar, a través de la regulación económica, el Estado busca garantizar el buen funcionamiento del mercado, a fin de que este pueda producir resultados beneficiosos para la sociedad.

## **b) Regulación social**

La regulación para ser eficiente debe orientarse a maximizar el bienestar de la sociedad. Por ello, no solo existe la regulación económica, sino también la regulación social. Esta última se orienta a regular aspectos relacionados a la salud, la seguridad y el ambiente, entre otros. Se justifica ante la presencia de las siguientes fallas de mercado: externalidades, asimetría de la información y bienes públicos.

Según el Tribunal Constitucional<sup>41</sup>, la regulación social constituye una forma de intervención estatal que se justifica en la protección de bienes constitucionales, conforme se advierte de la siguiente cita:

[E]l 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 de promoción en tanto actividad y/o protección del grupo menos favorecido (la cursiva es nuestra).

En esta línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>42</sup> ha sostenido, en su Reporte sobre Reforma Regula-

41 Tribunal Constitucional, Sentencia del 15 de febrero del 2005, recaída en el Expediente N° 0034-2004-AI/TC, fundamento jurídico 33.

42 La OCDE es una organización de cooperación internacional, compuesta por treinta y cuatro (34) Estados, que tiene como objetivo coordinar políticas económicas y sociales.

toria, que la regulación social protege intereses públicos como la salud, la seguridad, el ambiente, siendo esencial esta intervención estatal para la preservación de los referidos bienes (1997: 6).

Por su parte, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER)<sup>43</sup> de México, sostiene que la regulación social se encarga de proteger al interés público en áreas en donde existen, principalmente, problemas de información o externalidades negativas, tales como el riesgo asociado con la producción o comercialización de determinados bienes. En particular, juega un papel importante en la regulación que busca evitar daños al ambiente o preservar ciertos recursos que se encuentran disponibles, pero escasos (2011: 17-18).

Por su parte, Guasch señala que la regulación social se refiere a las regulaciones que afectan a una amplia gama de industrias. Por lo general, el medio ambiente, la salud pública y la normativa de seguridad se colocan en esta categoría (1999: 138). Asimismo, Ogas sostiene que la regulación social se ocupa de temas relativos a la salud, seguridad, cuidado del ambiente y la protección al consumidor, y tiende a justificarse en referencia a las externalidades y asimetría de la información (2002: 630).

De forma más precisa, Den Hertog manifiesta que la regulación social comprende la regulación del ambiente. Los instrumentos que se aplican incluyen la reglamentación relacionada con la descarga de sustancias nocivas para el ambiente (1999: 224).

Igualmente, el Indecopi<sup>44</sup> ha sostenido que la regulación social comprende las normas sobre protección del ambiente, tal como se advierte de la siguiente cita:

*La regulación social es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera ex ante, tiene por objeto minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Son ejemplos de este tipo de regulación, aunque en diferentes intensidades, las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento de establecimientos comerciales, las normas de tránsito y las que exigen que los vehículos automotores cumplan con determinados requisitos técnicos, las normas de*

43 La Cofemer es un órgano administrativo, con autonomía técnica y operativa, adscrito a la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México. Tiene como finalidad promover la mejora regulatoria en las dependencias y organismos de dicho país.

44 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia. Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI, fundamentos 9 y 10.

*protección del ambiente que establecen limitaciones en las emisiones de gases tóxicos, la obligación de obtener autorizaciones sanitarias para comercializar productos de consumo humano (...)* (la cursiva es nuestra).

En el sector ambiental, la regulación social se justifica en que los ecosistemas, el aire, los recursos hídricos, los bosques y los demás componentes del ambiente son bienes que deben ser protegidos<sup>45</sup>. Las empresas suelen no considerar en sus costos el impacto negativo de su actividad, causando con ello, la degradación ambiental. Por lo tanto, el objetivo de la regulación social es obligar al productor a asumir los costos totales de la producción (incluyendo los costos de la contaminación), en lugar de transmitirlos a la sociedad. De esta forma, este tipo de regulación se orienta a proteger el ambiente a fin de garantizar el bienestar de las generaciones presentes y futuras.

Huapaya sostiene que un típico caso de regulación social se presenta en la intervención que se realiza a la actividad minera. Dicha actividad genera impactos ambientales (externalidades) que pueden perjudicar a la colectividad. Por tal motivo, resulta necesaria la intervención del Estado, la cual se expresa a través de las técnicas de regulación social o regulación de riesgos que se encuentran orientadas a mitigar los efectos ambientales de dicha actividad económica, tal como se aprecia de la siguiente cita:

*(...) la intervención regulatoria, metodológicamente denominada como regulación social (...) busca conciliar los efectos del ejercicio de los derechos individuales en relación a la colectividad. Pensemos, por ejemplo en un típico caso de regulación social como es la intervención ambiental en la actividad minera. Nos queda claro que la actividad minera es sumamente competitiva y que además sus transacciones funcionan en base a un esquema de contratos privados. Sin embargo, el impacto ambiental y social que genera la actividad genera un cúmulo de externalidades (negativas y positivas) que motivan la intervención del Estado para solucionar dichas falencias que inciden sobre la colectividad debido a la actividad individual minera, debido a que los costos privados de solución a tales problemas son demasiados altos. Por ello, es que se interpreta, siguiendo la metodología anglosajona, que la intervención del Estado se expresa a través de las técnicas de la regulación social o de regulación de riesgos para mitigar los efectos ambientales de dicha actividad económica* (la cursiva es nuestra) (2011: 768).

Asimismo, Huapaya señala que la regulación social puede instrumentarse a través de diversos mecanismos propios del poder de policía del Derecho Administrativo. Entre estos, se pueden realizar inspeccio-

---

45 La mayoría de los bienes y servicios ambientales no se transa en los mercados (no se paga un precio por su uso). Lo anterior lleva a que usualmente no se considere su valor económico en las decisiones sobre uso de recursos, generándose externalidades ambientales y sobrexplotación de los recursos naturales.

nes, verificaciones, imposición de sanciones y medidas correctivas, tal como se aprecia de la siguiente cita:

La regulación social (conocida así en el derecho anglosajón) o “regulación de policía administrativa” (denominada así en el derecho continental) busca el control y ordenación de la actividad de los particulares. (...) en la experiencia anglosajona se ha señalado la existencia de diversos “instrumentos jurídicos de la regulación social”, los cuales, en realidad, son típicas formas jurídicas del poder de policía del Derecho Administrativo, entre los cuales podemos mencionar:

- Medidas de reglamentación administrativa, mediante las cuales se busca limitar la actividad de los particulares en aras de proteger a la colectividad. Esencialmente, se trata de establecer estándares ambientales, de calidad, seguridad y salud mediante normas jurídicas obligatorias.
- Obligaciones de suministrar información sobre los productos o servicios ofrecidos, los cuales suelen manifestarse mediante la solicitud de registro antes de iniciar una actividad (...)
- Técnicas de condicionamiento y habilitación para el ejercicio de los derechos. Especialmente, otorgamiento de títulos habilitantes (...)
- *Actos de comprobación, tales como las inspecciones, certificaciones o verificaciones.*
- Establecimiento de registros como títulos habilitantes para el acceso a actividades económicas (...)
- *Imposición de sanciones, medidas correctivas y ablatorias en general (la cursiva es nuestra) (2011: 794-795).*

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional, la OCDE, la Cofemer y la doctrina especializada coinciden en señalar que la regulación social se orienta a proteger bienes constitucionales. En el ámbito ambiental, la regulación social se fundamenta en las externalidades negativas que las actividades económicas pueden generar en el ambiente. Para instrumentar la regulación social, se pueden llevar a cabo inspecciones, verificaciones, imposición de sanciones y medidas correctivas, esto es, acciones de fiscalización ambiental.

### 4.3. El OEFA y su función de regulación social

El OEFA cumple la función de regulación social, pues ejerce la fiscalización ambiental. Esto es, cuenta con facultades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental, en estricto<sup>46</sup>, así como de aplicación

46 Según el Artículo 2º de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, que aprueba el Régimen Común de Fiscalización Ambiental, la fiscalización ambiental puede ser entendida en dos sentidos: (i) En sentido amplio, comprende las acciones de vigilancia, control, monitoreo, seguimiento, verificación, evaluación, supervisión, fiscalización en sentido estricto y otras similares, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables y de aquellas derivadas del ejercicio de la fiscalización ambiental, y (ii) En sentido estricto, comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones.

de incentivos, para lograr que las empresas cumplan con la normativa ambiental y, de esta manera, se reduzca la contaminación (externalidades negativas<sup>47</sup>).

Esta entidad, a través de los mecanismos de comando y control, regula (socialmente) la actividad de las empresas que impactan en el ambiente. Para ello, supervisa y fiscaliza que las empresas cumplan con sus obligaciones ambientales (límites máximos permisibles - LMP y estándares de calidad ambiental - ECA). Si verifica que incumplan sus obligaciones ambientales, impone sanciones y medidas correctivas (remediación), con el propósito de desincentivar este comportamiento a fin de proteger el ambiente.

Adicionalmente, esta entidad puede emplear “incentivos” para fomentar la producción limpia y la implementación de medidas o procesos destinados a prevenir o reducir en mayor medida impactos negativos al ambiente. De esta manera, se lograría armonizar el ejercicio de las actividades económicas y la protección del ambiente con el desarrollo sostenible. Como se puede apreciar, el OEFA busca solucionar fallas de mercado (externalidades), reduciendo los riesgos generados por las actividades económicas. Esto con la finalidad de velar por el derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida.

El Tribunal Constitucional sostiene que la protección del derecho a un ambiente saludable garantiza que las personas desarrollen su vida en condiciones ambientales aceptables. Este derecho constituye un componente esencial e indispensable para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.<sup>48</sup>

---

47 Las externalidades ambientales constituyen efectos no compensados de la producción y consumo que afectan la utilidad del consumidor y los costos de las empresas, fuera del mecanismo de mercado. Cf. The Organization for Economic Co-operation and Development - OECD. Glosario de términos estadísticos, 2003.

Consulta: 22 de julio del 2014.

<<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=824>>

La externalidad negativa es el impacto adverso sobre el bienestar de un tercero, ya sea por un incremento de costos y/o reducción de la producción. Por ejemplo, la contaminación por emisión de gases o desechos industriales, el ruido de una construcción o los pasivos ambientales de una empresa minera.

48 Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 30 de marzo del 2010, recaída en el Expediente N° 3816-2009-PA/TC, fundamento jurídico 6.

En esta línea, Amaya manifiesta que

“[e]l derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables a los seres humanos, y si ello es así habría que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad” (2003: 15).

Debido a la trascendencia del derecho a un ambiente equilibrado, la sociedad y el Estado están obligados a lograr su máxima realización. Debe lograrse un desarrollo sostenible que permita la inversión y, a la vez, genere mejores condiciones de vida para los ciudadanos. A este fin apunta el OEFA, a través de la fiscalización ambiental (función de regulación social) que realiza a las empresas.

Por lo expuesto, el OEFA cumple la función de regulación social pues fiscaliza el adecuado aprovechamiento y uso de los recursos naturales, garantizando que los impactos negativos que estas actividades podrían generar en el ambiente sean mínimos. Esta es la esencia de la función de regulación social, garantizar que la inversión se dé, pero de manera responsable y sostenible.

#### **4.4. Aporte por regulación: mecanismo de financiamiento de la función pública de regulación social y económica**

El aporte por regulación creado por la Ley N° 27332 no solo financia la función de regulación económica (fijación de tarifas), sino también la función de regulación social (fiscalización). Por ejemplo, Osinergmin y Osiptel no solo realizan regulación económica, sino también regulación social, y perciben el aporte por regulación por ambos conceptos.

En efecto, Osinergmin emplea la regulación económica en los segmentos del subsector hidrocarburos en los que existen monopolios naturales y emplea la regulación social al controlar la calidad y cantidad del combustible en estaciones de servicio, plantas y refinerías. Este organismo regulador recauda el aporte por regulación de las empresas del subsector hidrocarburos bajo su ámbito de competencia, con independencia del tipo de regulación que aplique.

Osiptel aplica la regulación económica, a través de la fijación de tarifas, en los segmentos en los que se presentan fallas de mercado. Asimismo, emplea la regulación social para controlar la calidad de los servicios prestados por las empresas de telecomunicaciones. En este caso, dicho organismo regulador también recauda el aporte por regulación, independientemente del tipo de regulación aplicada.

Igualmente, el Ministerio de Energía y Minas (Minem), en su condición de ente normativo sectorial de las empresas del subsector hidrocarburos, también realiza funciones de regulación social y, como tal, de acuerdo a la normativa vigente percibe una contribución de las empresas reguladas para financiar sus funciones, la cual se encuentra prevista en el Literal g) del Artículo 31º del Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas.

Como se puede apreciar, el aporte por regulación financia la función pública de regulación económica y social. Al OEFA le corresponde percibir el aporte por regulación para solventar los costos que el ejercicio de su función pública de regulación social demanda. Más aún si tenemos en cuenta que el aporte por regulación financia la función de fiscalización ambiental que antes era ejercida por Osinergmin y que actualmente es desempeñada por el OEFA.

## 5. FINANCIAMIENTO DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL Y EL PRINCIPIO DE INTERNALIZACIÓN DE COSTO

Además de lo sostenido en el acápite anterior, el pago del aporte por regulación que percibe el OEFA se sustenta en el principio de internalización de costos, el cual se encuentra reconocido en el derecho internacional y nacional.

En efecto, este principio ha sido previsto en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>49</sup>, la cual dispone que las autoridades deben procurar fomentar la internalización de costos de la contaminación generada, tal como se advierte de la siguiente cita:

### PRINCIPIO 16

Las autoridades nacionales deberían *procurar fomentar la internalización de los costos ambientales* y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales (la cursiva es nuestra).

Si tenemos en cuenta que la prevención es menos costosa que la reparación, con mayor razón, quien realiza actividades riesgosas para el ambiente debe asumir también los costos de la prevención de daños ambientales. En esta línea, la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

<sup>49</sup> Suscrita durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

ha establecido que toda persona natural o jurídica debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente, así como los costos que originen las acciones de prevención y vigilancia relacionadas con la protección ambiental, conforme se aprecia a continuación:

**Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos**

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, *debe asumir el costo de los riesgos o daños* que genere sobre el ambiente.

*El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos* (la cursiva es nuestra).

En concordancia a ello, el Artículo 142º de la norma legal antes mencionada establece que aquel que mediante el ejercicio de una actividad pueda generar un daño al ambiente o la salud humana está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo ambiental de la actividad económica:

**Artículo 142º.- De la responsabilidad por daños ambientales**

142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el *ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente*, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, *está obligado a asumir los costos* que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas (la cursiva es nuestra).

(...)

Igualmente, el Artículo 6º del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental<sup>50</sup> señala que quien genere riesgos o daños ambientales debe asumir los costos de prevención y vigilancia ambiental, conforme se aprecia a continuación:

**Artículo 6º.- Diseño y aplicación de políticas ambientales.**

El diseño, formulación y aplicación de las políticas ambientales de nivel nacional deben asegurar la efectiva aplicación de los siguientes mandatos:

(...)

5. *La prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. Los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio* (la cursiva es nuestra).

50 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2005-PCM, publicado el 28 de enero del 2005

Larach (1998) considera que es una obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para que las empresas internalicen los costos de la contaminación que podrían generar. Precisamente, esto ha realizado el Estado al establecer el aporte por regulación, a través del cual se asegura que las empresas (energía y minería) abonen una contribución al ente encargado de fiscalizar sus actividades.

Por lo expuesto, en aplicación del principio de internalización de costos, quienes generen riesgos o daños ambientales deben asumir los costos de la vigilancia (fiscalización) de su actividad. En razón a ello, se ha facultado al OEFA a percibir el aporte por regulación, para financiar las acciones de fiscalización ambiental destinadas a garantizar la protección del ambiente (evitar daños ambientales).

## 6. CONCLUSIONES

El aporte por regulación que percibe el OEFA cumple los principios constitucionales y legales establecidos para las contribuciones. En efecto, este aporte observa el principio de legalidad, pues ha sido creado mediante la Ley N° 27332. Asimismo, cumple con el principio de reserva de ley, pues sus elementos esenciales han sido claramente delimitados en normas con rango de ley (leyes números 27332, 29951 y 30011).

Se ha observado el principio de igualdad, pues se ha distribuido proporcionalmente (equitativamente) los costos de las actividades de fiscalización ambiental entre los contribuyentes, teniendo en cuenta la facturación anual de cada uno. También se ha respetado el principio de no confiscatoriedad, en su manifestación cuantitativa, pues se ha fijado una alícuota razonable dentro del tope legal establecido y, en su manifestación cualitativa, pues el aporte se destina únicamente para financiar la fiscalización ambiental desarrollada en los sectores minería y energía.

El aporte por regulación no solo resulta constitucional y legal, sino plenamente exigible, pues se fundamenta en el principio de internalización de costos y se sustenta en el ejercicio de la función pública de fiscalización ambiental (una modalidad de regulación social) que antes era desempeñada por Osinergmin y actualmente por OEFA.

## BIBLIOGRAFÍA

AMAYA, Óscar Darío

2003 “La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado”. En UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Bogotá: Editorial Cordillera.

COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA

2011 *Fortaleza institucional de los reguladores sociales en México. Documento de investigación en Regulación N° 2011-06*. Consulta: 23 de agosto del 2014  
<<http://www.cofemer.gob.mx/varios/adjuntos/12.09.2011/REGULADORES%20SOCIALES%20PAPER%20FINAL.PDF>>

DAMMERT, Alfredo et ál

2013 *Teoría de la Regulación Económica*. Lima: Fondo editorial de la Universidad San Martín de Porres.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2007 *Informe extraordinario: Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú. Informe N° 2*. Lima: Defensoría del Pueblo.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo

1998 *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo Ediciones.

GUASCH Luis y Robert HAHN

1999 “The Cost and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries”. *The World Bank Research Observer*. Volume 14, N° 1.

HUAPAYA, Ramón

2011 *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones*. Segunda edición, Lima: Ara Editores

LODGE, Martin y Kai WEGRICH

2012 *Managing Regulation. Regulatory Analysis, Politics and Policy*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD]

1997 *The OECD Report on Regulatory Reform Synthesis*. Paris: OECD. Consulta: 21 de agosto del 2014

<<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>

OGUS, Anthony

2002 “Regulatory Instruments and Structures”. En *Annals of Public and Cooperative Economics*. Volumen 73, Número 4, pp. 627–648, Diciembre 2002

QUINTANA, Eduardo

2011 “El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Año 7, número 13

SOTELO, Eduardo

2008 *La sentencia N° 1078-2007-PA/TC (Referéndum sobre la contribución al FONAVI): algunas reflexiones en materia tributaria*. Lima: Jus Constitucional.

VISCUSI, William. et ál

1996 *Economics of Regulation and Antitrust*. Segunda edición. Massachusetts: MIT Press. Estados Unidos.

# **LA CONSTITUCIÓN Y EL DEBER EMPRESARIAL DE APORTAR A LA SUPERVISIÓN DEL OEFA**

**VÍCTOR GARCÍA TOMA**

## **SUMARIO**

La fuerza normativa de la Constitución opera al servicio de la defensa de los derechos fundamentales de la persona. Entre ellos se encuentra el relativo al goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. De allí, la importancia de la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). A este organismo se le ha asignado como recurso económico para el cumplimiento de sus importantes tareas la contribución denominada aporte por regulación. El pago de dicho aporte implica el cumplimiento de un deber constitucional por parte de las empresas.

1. Introducción 2. Los atributos y deberes del Estado 3. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) 4. El aporte por regulación y el deber constitucional de la contribución 5. Conclusiones

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. La Constitución**

La Constitución expresa un conjunto de valores, principios y disposiciones que pretenden modelar un tipo de sociedad política y, por ende, regular la organización, funcionamiento y competencias del poder estatal, así como reconocer los derechos y obligaciones esenciales de las personas entre sí y frente al cuerpo político.

A trasluz, la Constitución posibilita la construcción jurídica de un orden político, el diseño normativo de un tipo de existencia y coexistencia social y el aseguramiento de determinados derechos inherentes a los miembros de un grupo social humano.

Desde una perspectiva histórica, los contenidos de la Constitución corresponden a los siguientes rubros:

- Como proyecto de vida en común, en la medida en que expone un conjunto de ideas, creencias, y convicciones socialmente compartidas que apuntan a la construcción y consolidación de una forma política de convivir.
- Como estatuto de poder, en la medida en que expone un conjunto de reglas destinadas a justificar y establecer una relación de mando y obediencia entre gobernantes y gobernados.
- Como póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona. Para tal efecto, reconoce, garantiza y promociona el cabal ejercicio de facultades y atribuciones derivadas de la dignidad humana.
- Como expresión fundante del orden jurídico. En este contexto, aparece como la pluralidad orgánica de principios, valores y normas que sustentan la existencia del resto de las normas jurídicas vigentes dentro del Estado.
- Como expresión de autorepresentación de su legado cultural

Mediante la Constitución, la realidad social y política del pueblo asume un orden que permite asegurar un *mínimum* de justicia —por arbitraria que sea su inspiración—, ya que conjuga al derecho con el ejercicio del poder. A partir de ella, un ordenamiento jurídico regula por sí mismo la producción de las normas que direccionan los destinos de una sociedad.

El texto fundamental significa la regulación legal esencial de una específica realidad político-social; es decir, presenta un sistema de normas supremas y básicas. Por ende, el Estado se convierte en un orden político-jurídico que descansa en la Constitución como norma sustentadora.

En ese sentido, la Constitución se presenta como un conjunto de normas fundamentales, obligatorias, imperativas y vinculantes.

## 1.2. Los derechos fundamentales

El hombre es un ser que existe en sí y no en otro, por lo que constituye “un fin en sí mismo”. Por eso, jamás puede ser utilizado como medio. En tal virtud, tiene como atributos esenciales la libertad, la racionalidad y la sociabilidad sustentadas en plasmar valores que son la raíz y el fundamento de su dignidad.

De acuerdo con su esencia, le corresponden determinados derechos básicos que son facultades, atribuciones, poderes o potestades sobre todo aquello que le es necesario para cumplir con su destino; es decir, para realizarse como ser humano.

Como bien afirma Truyoli, “existen derechos (...) que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política han de ser por este consagrados y garantizados” (1977: 20).

Su existencia no depende de su otorgamiento o concesión plasmados en reglas político-jurídicas de convivencia. Estos tienen la condición de inherentes y necesarios en grado sumo, ya que como consignan Fuentes y Hernández “son los que la persona tiene por su calidad humana” (1991: 42).

Por emanar de la calidad misma de ser miembros de la especie humana son exigibles ante la sociedad y el Estado para que cada uno de sus integrantes pueda alcanzar su plena y cabal realización. En ese sentido, se dirigen a la persona como tal o en su calidad de ciudadano.

Estos derechos tienen una expresión formal inacabada y están en continuo desenvolvimiento social, cultural, político y jurídico respecto a lo que constituye el modo de ser cabalmente hombres; es decir, son consustanciales con la matriz ontológica de estos.

La necesidad de reconocerlos y protegerlos se ampara en la necesidad de conservar, desarrollar y perfeccionar la autonomía del ser humano en el cumplimiento de sus fines de existencia y asociación. A través del cumplimiento de estas necesidades, el ser humano alcanza su libre e íntegra personalidad, lo que alude al derecho de ser genuina y enteramente hombre.

La referencia a los derechos fundamentales lleva implícita la noción asociada de dignidad humana e historia, ya que, de un lado, la primera exige que la sociedad y el Estado respeten la esfera de libertad, igualdad y desarrollo de la personalidad del hombre; y, del otro, porque a través de los tiempos este descubre y posteriormente normativiza aquellas facultades que le sirven para asegurar las condiciones de una existencia y coexistencia cabalmente humanas.

Esta visión suprapositiva condiciona la actividad del Estado y la sociedad a asumir la responsabilidad permanente e inexcusable de afirmar su plena verificación en la realidad. Por ende, las estructuras, formas de organización y funciones de estas tienen como finalidad garantizar y promover estos atributos y facultades intrínsecas del ser humano, los cuales son superiores a los que propiamente emanan de la adjudicación o concesión de la organización social o estadual.

En ese contexto, las actividades de los cuerpos sociales y políticos no pueden ser empleadas para su menoscabo arbitrario (Nikken 1994: 35).

Dichas acciones deben convertirse necesariamente en correas de transmisión para que los seres humanos puedan vivir y convivir en condiciones consonantes con la dignidad.

El reconocimiento de esta pluralidad de atribuciones, facultades, prerrogativas y potestades derivadas de la dignidad humana —lo que conlleva a la existencia y coexistencia social bajo la tutela de la libertad, igualdad y desarrollo de la personalidad— trae consigo la responsabilidad de su respeto y defensa. Lo anterior se manifiesta en:

- El deber de hacer
- El deber de abstenerse de hacer
- El deber de otorgar o reconocer
- La garantía que ofrece el Estado de reponer, hacer reparar y sancionar judicialmente la amenaza o violación de un derecho fundamental

En ese contexto, el Numeral 22 del Artículo 2º de la Constitución Política del Perú reconoce en su expresión plena el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

### 1.3. El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida

Esta facultad implica disfrutar racionalmente del lugar donde el hombre y los demás seres vivos se desenvuelven. Ese entorno incluye los espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza (aire, agua, suelo, flora y fauna), así como el espacio urbano.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el caso José Morales Dasso (Expediente N° 00048-2004-PI/TC) ha señalado lo siguiente:

[L]a Real Academia Española define la naturaleza como aquella realidad objetiva que existe independientemente de la conciencia y que está en incesante movimiento y cambio; por ende, está sujeta a evolución continua. La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitats de la pluralidad de las especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya evolución no ha intervenido la acción humana. En puridad (...) alude al compendio de elementos naturales -vivos e inanimados- sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados que influyen y condicionan la vida humana y le da los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos).

Asimismo, Andalucía define al medio ambiente como “[e]l conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos” (2004: 62).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español en la STC 102/95, del 26 de junio el caso del Gobierno vasco y otros ha definido el medio ambiente como

(...) el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción.

En ese sentido, el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos:

- El derecho a gozar de ese medio ambiente
- El derecho a que este se preserve (Canosa 2000: 101)

En ese contexto, es necesario recordar que toda actividad humana produce cambios sobre el ambiente y sobre las personas, pero las actividades económicas extractivas son las que más generan efectos dañinos en un entorno.

El Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Santa (Expediente N° 00018-2001-AI/TC) ha señalado que el ambiente puede ser afectado por alguna de estas actividades:

- a) *Actividades molestas*: son las que generan algún daño por los ruidos y vibraciones, así como por las emanaciones de humos, gases, olores, partículas en suspensión, etc.
- b) *Actividades insalubres*: son las que generan algún daño cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la vida o la salud.
- c) *Actividades nocivas*: son las que generan algún daño cuando se vierten productos al ambiente que afectan a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria, etc.
- d) *Actividades peligrosas*: son las que generan algún daño a consecuencia de explosiones, combustiones o radiaciones.

En la actualidad, se puede percibir la progresiva fuerza que han ido adquiriendo los denominados derechos de tercera generación, entre los cuales destaca el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Este derecho tiene, en nuestro sistema jurídico, un sustento supranacional, constitucional y legal respectivamente. Esta situación se contrapone a la explotación de los recursos naturales que se va desarrollando de modo descontrolado, lo que devendría en la destrucción de nuestro hábitat.

Dicho derecho fundamental comprende:

Tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica. (Peces 1999: 37).

Es decir, el respeto y garantía del derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado requiere de medidas del Estado, el cual

ha mostrado un notable avance en su esfera organizativa. La juridificación de lo ambiental se acompaña con la creación de específicos órganos estatales, como es el caso del OEFA, que tiene a su cargo las labores de supervisión y fiscalización de las empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales, entre otras. Sin embargo, resulta claro que el ejercicio de sus competencias va de la mano con la percepción de recursos, las cuales tienen como principal componente los recursos originados por el aporte por regulación, contribución que posee como contraprestación el propio ejercicio de sus funciones fiscalizadoras y supervisoras.

#### **1.4. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida**

El concepto de “contenido constitucionalmente protegido” se refiere a un derecho blindado a primera vista y en principio, esto es “un conjunto de posiciones vinculadas interpretativamente a disposiciones de derecho fundamental. Con mayor precisión, (...) hace referencia a una posición iusfundamental prima facie protegida, que no tiene en cuenta las posibles intervenciones al derecho entendido como un todo” (Sosa 2012: 37). Es así que un contenido protegido tiene sustento constitucional si es posible adscribirlo a una norma de derecho fundamental (norma continente) o colegirla directamente de ella (norma directamente estatuida).

Asimismo, “[e]stas adscripciones, para ser correctas —o si pretenden serlo— deben encontrarse adecuadamente justificadas. En tal sentido, existe, un deber de fundamentar la inclusión (adscripción) de todo contenido en una norma ius fundamental” (Canosa 2000: 101).

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en el caso Manuel Anicama Hernández (Expediente N° 01417-2005-AA/TC), ha establecido que:

[E]n cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales (...)

Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo

límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona<sup>1</sup>.

En el caso Alida Cortez Gómez de Narro (Expediente N° 00964-2002-PA/TC) se ha consignado que:

La Constitución no señala el contenido protegido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. A diferencia de muchos derechos constitucionales cuyo contenido protegido puede extraerse de su formulación constitucional o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el caso del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, la determinación de ese contenido es más problemática<sup>2</sup>.

En este punto, se debe establecer que los tratados internacionales suscritos por el Perú tienen rango constitucional. Ello, en virtud de apreciar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidos se interpretan en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El propio Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados de Arequipa (Expediente N° 00025-2005-AI/TC) ha seguido este criterio, al establecer que “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”.

Ahora bien, queda claro que la existencia de un ambiente equilibrado y adecuado es el presupuesto para poder disfrutar y ejercer los demás derechos, debido a su íntima vinculación con el nivel de vida en general. Entonces, se puede decir que este y los demás derechos funda-

1 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, fundamento jurídico 20-21

2 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente. N° 0964-2002-PA/TC, fundamento jurídico 8

mentales, junto con el bienestar económico, conforman la denominada calidad de vida (Canosa 2004: 65).

En la Cumbre de Río de Janeiro de 1992, se consolidó este criterio al señalar en su principio primero que todos los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, contenido en los Principios 1 y 4, que expresan lo siguiente:

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (...).

A fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

En el caso Alida Cortez Gómez de Narro, antes citado, se estableció que el contenido protegido del derecho constitucional del medio ambiente tiene una relación intrínseca con el derecho a la vida, en especial con la salud de las personas, y señala que:

No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas características a partir de las cuales es posible determinar su contenido. En efecto, no solo se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego no significaría gran cosa, pues todos vivimos en uno), sino que también subraya que ese "ambiente" debe ser "equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida"<sup>3</sup>.

En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "(...) las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimiento a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano"<sup>4</sup>.

Es así, que el Tribunal Constitucional en el caso World Cars Import (Expediente N° 03610-2008-PA/TC) ha llegado a denominar a nuestro texto base como constitución ecológica, estableciendo como tal al conjunto de sus disposiciones referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente.

---

3 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 0964-2002-PA/TC, fundamento jurídico 9

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/IL.96, 1997. Para mayor detalle, ver el capítulo VIII: La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo.

Asimismo, en el caso Jaime Bustamante Johnson (Expediente N° 03610-2005-PA/TC) ha señalado que en el Artículo 66° de la Constitución se establece que los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, en el Artículo 67° se dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. Por otro lado, el Artículo 68° prescribe que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas; en esa línea, en el Artículo 69° se señala que: “[e]l Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía”<sup>5</sup>.

De la denominada constitución ecológica, se derivan un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover para preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo, en tanto “esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia”<sup>6</sup>.

## 2. LOS ATRIBUTOS Y DEBERES DEL ESTADO

En lo que se relaciona con la especificación detallada de los derechos y atributos positivos del Estado, estos se sujetan a las referencias del escenario geográfico y del tiempo histórico en que se verifican.

Entre los derechos básicos pueden enunciarse los tres siguientes:

- a) *El atributo a la autonomía y la independencia*: plantea la facultad estadual de decidir libremente acerca de sus asuntos internos y externos, sin ningún tipo de intromisión; potestad de libre organización política; legislación y aplicación de la misma; administración de los servicios públicos y jurisdicción.
- b) *El atributo de conservación*: plantea la facultad de adoptar medidas que garantizan su existencia e integridad territorial y la vida de sus habitantes.
- c) *El atributo de exigencia de contribución de sus miembros*: plantea la facultad

5 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente. N° 03343-2007-AA/TC, fundamento jurídico 8

6 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente. N° 03343-2007-AA/TC, fundamento jurídico 9

de adoptar medidas orientadas a que cada uno de sus miembros contribuya en pro de la realización de los objetivos sociales que justifican la existencia del Estado. Así, a cada persona natural o jurídica —en función a sus capacidades— se le puede exigir el pago de impuestos, cumplimiento de cargas públicas y hasta de servir militarmente al Estado.

Entre sus deberes básicos pueden enunciarse los dos siguientes:

- a) *El deber de resguardar la dignidad de sus miembros:* plantea la obligación de afirmar la condición humana. Para tal efecto, debe velar por la custodia, estima y apoyo heterónimo para su realización acorde con la peculiar naturaleza de los hombres.
- b) *El deber de promover el desarrollo y mantenimiento de un orden basado en la justicia:* en el Perú, los deberes primordiales del Estado están consignados en el Artículo 44º de la Constitución. En suma, el Estado es un instrumento al servicio del hombre que completa su dignidad. No cabe ninguna duda de que la sociedad política se constituye para servir al ser humano y permitirle llevar una existencia civilizada en la que pueda desenvolver sus capacidades físicas, intelectuales y morales.

## 2.1. El deber jurídico y la obediencia ciudadana

El deber jurídico es la contraparte del derecho subjetivo, con el cual es correlativo. Así, a todo deber corresponde una facultad y viceversa. Por ende, trata, en principio, del comportamiento impuesto por la ley.

Al deber jurídico se le denomina prestación, hecho-prestación, objeto-prestación e incluso obligación. Esta es la exigencia imperativa de observar una determinada conducta.

El deber jurídico es independiente del llamado deber moral. El orden moral se encuentra constituido por reglas unilaterales de conducta que señalan deberes, en tanto que el orden jurídico está constituido por reglas bilaterales: atribuyen derechos y, a la vez, imponen obligaciones.

Mientras los deberes morales que pertenecen al campo de la conciencia imponen obligaciones incondicionadas, los deberes jurídicos que toman en cuenta el cumplimiento de lo ordenado por la ley en la medida que se exteriorizan tienen un carácter hipotético.

El carácter relacional del derecho, que se resume en el establecimiento de situaciones jurídicas opuestas y correlativas, hace que el derecho subjetivo no pueda comprenderse sin la idea del deber jurídico, y viceversa. La conexión entre ambas categorías jurídicas revela que toda obligación restringe la libertad de uno de los miembros de la relación jurídica.

Cabe señalar que cuando un deber jurídico nace con cargo a ser cumplido por una persona, esta pierde la prerrogativa de omitir lo que se le impone y de no hacer lo que se le prohíbe. Así, el obligado no es jurídicamente autónomo; es decir, cuando se ordena una acción, el deber jurídico es fundante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria. Cuando se la prohíbe, el deber jurídico es fundante del derecho de excluir la conducta ilegal.

Ahora bien, la obediencia, expresión que deriva de la voz latina *obediere*, en sentido lato, alude a la ejecución de un acto por mandato de otra persona.

En el caso específico de la obediencia constitucional, cabe señalar que esta implica una relación vinculante entre una persona en sentido lato y una autoridad estatal: la persona acata una decisión política o una norma jurídica que emite la autoridad estatal dentro de las competencias establecidas por el texto fundamental. En función de este vínculo, se establece un mecanismo que une la acción de un miembro de una colectividad estadual con el fin político que esta persigue alcanzar.

La obediencia es esencial para el adecuado funcionamiento de la sociedad política, a efectos de evitar el caos, el desorden o la anarquía coexistencial que rompe con la coherencia y cohesión de ella. Es evidente que la ausencia de obediencia a las disposiciones políticas y jurídicas haría prácticamente inviable la existencia y continuidad histórica del cuerpo político. En ese sentido, un sistema de autoridad-obediencia constituye una exigencia inexcusable de la vida existencial y comunitaria.

La obediencia constitucional acarrea la manifestación de una conducta ético-política sustentada en la legitimidad surgida del reconocimiento consciente de la pertenencia a un cuerpo político, y en la legalidad de la forma y contenido de los mandatos y normas promovidas por la autoridad estatal elegida o designada por los miembros de dicho cuerpo político, o en la correspondencia entre lo ordenado y los valores y fines constitucionales.

La obediencia constitucional es la que resulta de una suerte de contraprestación por los beneficios determinables que se reciben de la comunidad política. De esta forma, en reciprocidad, cada ciudadano debe mostrar una conducta cooperadora para preservar la conservación del cuerpo político y la mantención futura del disfrute de los beneficios que el ciudadano obtiene por su pertenencia a la colectividad.

En ese sentido, la obediencia se encuentra sujeta a que el Estado garantice y tutele los valores predominantes en la colectividad, como la preservación de los derechos fundamentales de la persona que con prescindencia de su *normativización* son superiores y anteriores a la sociedad y al Estado. En caso contrario, se desvigoriza la razón que, moral y políticamente, obliga al acatamiento de las decisiones políticas y las normas jurídicas dictadas por el Estado.

La obediencia constitucional se sustenta jurídicamente en:

- a) Existencia de una *aquiescencia* clara y rotunda de acatamiento por parte de un ciudadano, de una decisión política o normatividad expedida por una autoridad legalmente elegida o designada para hacerlo.
- b) Existencia de una acción mandante conforme a las competencias, formalidades y contenidos sustanciales amparados por la Constitución y las leyes derivadas de esta.

Al respecto, se debe considerar que el Artículo 1º de la Constitución señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En concordancia con dicha disposición, el Artículo 44º consigna como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que:

Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (Artículo 1º de la Constitución)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 1217-2005-AA/TC, fundamento jurídico 2

A diferencia de otros derechos (*v.gr.* la educación), en los que la intervención de los poderes públicos resulta requisito para su propia existencia, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado queda limitado a la protección de lo preexistente (Roel 2011: 212).

En este sentido,

el derecho al ambiente tiene dos dimensiones. De un lado, es un derecho subjetivo; pero de otro lado, constituye, implica y acarrea la obligación del Estado de adoptar todas las medidas legislativas —y de otro tipo—, para garantizar en forma efectiva el derecho de las personas a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado (Roel 2011: 212).

En efecto, así lo ha entendido el Supremo Intérprete de la Constitución, en los siguientes términos:

En suma, de una interpretación sistemática del Artículo 2º, inciso 22, y de los artículos 66º, 67º, 68º y 69º de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales —especialmente los no renovables—, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto<sup>8</sup>.

De lo expuesto se concluye que el Estado tiene la obligación de asegurar que las condiciones del ambiente en el cual se desarrolla la vida humana reúnan los presupuestos para proteger la salud de las personas, así como la propia viabilidad de los ecosistemas en el mediano y largo plazo (Roel 2011: 213).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en el caso Importaciones Fukuroi Company SRL (Expediente N° 03048-2007-AA/TC) ha afirmado el compromiso del Estado peruano de brindar las condiciones ambientales mínimas para el goce efectivo del derecho a un medio ambiente adecuado que garantice la salud de todos los peruanos, al establecer que:

De este modo, en el Estado Democrático y Social de Derecho no solo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle normalmente en condiciones ambientales aceptables. En este contexto, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado debe con-

8 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-AA/TC, fundamento jurídico 16

siderarse como un componente esencial e indispensable para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

De ahí que este derecho, en su dimensión prestacional, imponga al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el medio ambiente sano y equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Desde luego, no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna. Dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de accione[s] destinadas a ese fin.

Así, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

El Estado también debe velar por la utilización racional de todos lo[s] recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de las personas y defender y restaurar el medio ambiente dañado, puesto que el desarrollo sostenible involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico del medio ambiente<sup>9</sup>.

El Supremo Intérprete de la Constitución sustenta su posición en función a lo dispuesto en el Principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo)<sup>10</sup>. Así, queda instituido el fundamento para vincular la defensa de la vida digna con la protección legal del ambiente, el cual declara que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar.

Asimismo, en la propia Declaración de Estocolmo, en el Principio 21, se señala que:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar

9 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 03048-2007-AA/TC, fundamentos jurídicos 7, 8 y 9

10 La Declaración de Estocolmo se creó en 1972 y el Perú suscribió este protocolo internacional el 17 de noviembre de 1988, lo refrendó el 17 de mayo de 1995 y realizó el depósito respectivo el 4 de junio del mismo año.

que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

Dicha declaración ha estimado que los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional, en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales (producto de las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de que tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción) (Roel 2011: 214).

En este sentido, el Protocolo de San Salvador, en su Artículo 11º, reconoce el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado e indica lo siguiente:

**Artículo 11º**

**Derecho a un Medio Ambiente Sano**

- 1.- Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
- 2.- Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Por lo mismo, existe una obligación constitucional e internacional que se le impone al Estado, que es el tutelar la preservación de la naturaleza, ya que sobre ella se desarrolla toda forma de vida.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso Gobierno Regional de Madre de Dios (Expediente N° 00002-2003-CC/TC) ha consignado que:

La particular naturaleza del compromiso que implica la preservación de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, supone, necesariamente, la participación de diversos sectores del poder público, además de la canalización de la participación de la propia ciudadanía. Tal es el sentido que subyace en el lineamiento de la política ambiental previsto en el artículo 1º del Código del Medio Ambiente (Decreto Legislativo N° 613), según el cual es imperativo: "(...) tomar en cuenta que el ambiente no solo constituye un sector de la realidad nacional, sino un todo integral de los sectores y actividades humanas. En tal sentido, las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos globalmente y al más alto nivel como cuestiones y problemas de política general, no pudiendo ninguna autoridad eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la conservación del medio ambiente y los recursos naturales."<sup>11</sup>

Conforme a lo señalado, el Estado que protege el ambiente no puede ser un cuerpo político que actúe únicamente reconociendo el citado derecho, sino que debe tener una actividad consistente en pro de su tutela. Junto a este carácter positivo y activo del Estado —de velar por las condiciones de mantenimiento del ambiente— existe un componente de solidaridad ineludible, que es precisamente uno de los con-

11 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 0002-2003-CC/TC, fundamento jurídico 3

tenidos de la expresión, universalmente aceptada, de desarrollo sostenible (Roel 2011: 214).

Al respecto, en el caso José Morales Dasso (Expediente N° 00048-2004-AI/TC) se ha expuesto lo siguiente:

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible. (la cursiva es nuestra)

En el caso del medio ambiente, la responsabilidad social debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras<sup>12</sup>.

En principio, dicha responsabilidad es un concepto conforme al cual las empresas, de manera voluntaria, deciden contribuir al logro de una sociedad mejor y de un medio ambiente más limpio. En puridad, expresa la verificación de un deber que se asume adicional y de manera autodeterminativa a lo específicamente señalado en la Constitución y en la ley.

Por ello, es que el Tribunal Constitucional en el caso José Morales Dasso, citado anteriormente, reconoce el vínculo entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, lo que se concretiza en los siguientes principios:

- a) El principio de desarrollo sostenible o sustentable
- b) El principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales.
- c) El principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia.
- d) El principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados
- e) El principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano.
- f) El principio precautorio, que implica adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente.

12 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI/TC, fundamento jurídico 25-26

- g) El principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables<sup>13</sup>.

En este sentido, resulta necesario que desde el sistema jurídico se creen herramientas para estimular y promover estas actitudes y prácticas sin desnaturalizar su esencia voluntaria y, por el contrario, encuadrarla en el marco de los instrumentos de propiciadores de una mejor gestión ambiental.

Así, el Tribunal Constitucional en el caso Fiscal de la Nación (Expediente N° 00001-2012-AI/TC) ha señalado que:

El carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social. El concepto de responsabilidad social de la empresa, tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno<sup>14</sup>.

### **3. EL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)**

El Estado en ejercicio de sus atributos institucionales vinculados con la defensa del ambiente ha creado el OEFA.

#### **3.1. Concepto y naturaleza jurídica del OEFA**

El Artículo 68° de nuestra carta constitucional establece que “[e]l Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”, pues, como bien se ha expuesto, este debe fiscalizar el cumplimiento de los estándares nacionales e internacionales para evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país. Si bien los agentes económicos deben someter su conducta a los principios de la responsabilidad social de la empresa, es deber del cuerpo

13 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI/TC, fundamento jurídico 18

14 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2012-AI/TC, fundamento jurídico 47

político vigilar su cumplimiento y maximización, y diseñar políticas que, según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas.

En este sentido, el Ministerio del Ambiente (Minam) fue designado para encargarse de dicho deber constitucional, ya que uno de sus objetivos específicos consiste en “[a]segurar el cumplimiento del mandato constitucional sobre la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas y el desarrollo sostenible de la Amazonía”, conforme al Artículo 3.2 del Decreto Legislativo N° 1013 - Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

Es así que la norma precitada, mediante su Segunda Disposición Complementaria Final, crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización en materia ambiental. Esto corresponde con lo que es reiterado en el Artículo 6° de la Ley N° 2932 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>15</sup>, y en los artículos 4° y 5° de su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM<sup>16</sup>.

**15 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-  
Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)**

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

**16 Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.-  
Artículo 4°.- Naturaleza Jurídica.**

El OEFA es un Organismo Público Técnico Especializado, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente, y cuenta con personería jurídica de derecho público interno. Artículo 5.-Competencia del OEFA. El OEFA es el Ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, encargado de la evaluación, supervisión, control, fiscalización y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la legislación ambiental y de los instrumentos de gestión ambiental, por parte de las personas naturales o jurídicas en el ámbito nacional, en el marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. El OEFA ejecuta directamente las acciones de fiscalización y sanción respecto de actividades bajo su competencia, y supervisa el desempeño de las Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local, a través de acciones de seguimiento y verificación.

Se debe añadir que mediante la precitada Ley N° 29325, también se crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el cual se encuentra conformado por las siguientes autoridades competentes<sup>17</sup>: (i) el Ministerio del Ambiente (Minam), (ii) el OEFA y (iii) las entidades de fiscalización ambiental, nacional, regional o local, ello en cumplimiento de la obligación constitucional de protección del medio ambiente.

### 3.2. El OEFA como organismo fiscalizador y sancionador

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 11° de la Ley N° 29325, el OEFA en ejercicio de sus competencias realiza funciones de evaluación, supervisión y fiscalización destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales 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 esta entidad. Al respecto, se puede apreciar lo siguiente:

- a) *Función evaluadora*: comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.
- b) *Función supervisora*: 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; dictar medidas preventivas y 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.
- c) *Función fiscalizadora y sancionadora*: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión, normas, compromisos derivados de contratos de concesión y de mandatos o disposiciones emitidos por el referido ente, así como dictar medidas cautelares y correctivas.

17 Artículo 4° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

En lo que respecta a la función fiscalizadora y sancionadora, el OEFA tiene como órgano encargado a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, encargada de dirigir, coordinar y controlar el proceso de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos que resulten de su competencia. Asimismo, a fin de cumplir sus funciones este órgano podrá desarrollarlas a través del personal asignado a las oficinas desconcentradas, conforme a lo dispuesto en el Artículo 39º del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Nory Navarro Ramos (Expediente N° 04216-2008-AA/TC) ha señalado que:

[A]divirtiéndose que existe un organismo especializado en la fiscalización ambiental como lo es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), este Tribunal considera que esta oficina es la encargada de llevar a cabo el trabajo de fiscalización ambiental. En efecto, de acuerdo a la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el OEFA es un organismo adscrito al Ministerio del Ambiente, encargado de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental<sup>18</sup>.

Es así, que se debe precisar que, en mérito a los decretos supremos N° 001-2010-MINAM y N° 009-2011-MINAM, se aprobó el proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) y el Ministerio de la Producción al OEFA. Por ello, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos se encuentra desarrollando su labor fiscalizadora y sancionadora sobre los sectores de minería, hidrocarburos, electricidad y pesquería.

### 3.3. Recursos del OEFA

Conforme con lo dispuesto en el Artículo 27º de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, constituyen recursos<sup>19</sup> del OEFA los siguientes:

- a) Los montos que se le asignen conforme con la Ley Anual de Presupuesto.

---

18 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 4216-2008-AA/TC, fundamento jurídico 36

19 Se denominan recursos a aquellos medios materiales destinados para el cumplimiento de un objetivo.

- b) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, incluyendo las que provengan de la cooperación internacional.
- c) Los montos por concepto de multas que en el ejercicio de sus funciones imponga el OEFA.
- d) Los recursos propios que genere.
- e) Los demás establecidos por ley expresa.

Los recursos antes descritos también encuentran sustento legal en el Artículo 45º del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.

En este sentido, se puede concluir que estos recursos tienen como finalidad el posibilitar el cumplimiento de las funciones del OEFA.

## **4. EL APORTE POR REGULACIÓN Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE CONTRIBUCIÓN**

### **4.1 El aporte por regulación**

Según el Artículo 10º de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dichos entes recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito un aporte por regulación, que 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.

Conforme se ha señalado anteriormente, antes de la separación de funciones de fiscalización ambiental de Osinergmin como organismo regulador, este se encontraba facultado para realizar esta recaudación que financiaba su fortalecimiento institucional.

En ese sentido, al haber sido transferidas las funciones de fiscalización ambiental que antes eran realizadas por Osinergmin, corresponde que los aportes asignados por el cumplimiento de dicha función sean abonados al OEFA.

Teniendo en cuenta que se ha transferido dicha competencia al OEFA, a este le corresponden también los aportes asignados para el cumplimiento de dichas funciones, sobre todo, la de fiscalización ambiental.

Lo antes señalado se encuentra corroborado por la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de

Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, que establece que las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA, se financian con cargo al aporte por regulación. A este se refiere el Artículo 10º de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del Osirnergmin.

Lo expuesto guarda plena concordancia con la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011, norma que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, la cual dispone que las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA se financien con cargo al aporte por regulación establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951.

Asimismo, la norma precitada añade que los ingresos conceptuados como aporte por regulación constituyen ingresos propios del OEFA, los cuales son incorporados a su presupuesto institucional como fuente de financiamiento de recursos directamente recaudados, conforme con el Artículo 42º de la Ley N° 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

Esta contribución, también, se encuentra reglamentada mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 019-2014-OEFA/PCD, que aprueba el Sistema del Aporte por Regulación del OEFA y Lineamientos para el uso y acceso al sistema habilitado con tal finalidad.

## **4.2. Naturaleza jurídica del aporte por regulación**

### **4.2.1 La tributación como obligación del contribuyente**

Ataliba define al tributo como una “obligación jurídica pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por la voluntad de la ley” (1987: 37). Es así, que los tributos son prestaciones obligatorias, generalmente en dinero, exigidos por el Estado en virtud de su imperio para atender sus necesidades y realizar sus fines políticos, económicos y sociales (Robles 2009: 1-3).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso *Importadora Exportadora AS Sociedad Comercial Ltda.* (Expediente N° 06626-2006-PA/TC) ha establecido que:

La búsqueda de una sociedad más equitativa, propia del Estado Social y Democrático de Derecho, se logra justamente a través de diversos mecanismos, entre los cuales la tributación juega un rol preponderante y esencial, pues mediante ella cada ciudadano, respondiendo a su capacidad contributiva, aporta parte de su riqueza para su redistribución en mejores servicios y cobertura de necesidades estatales. (...) ante la cuestión de si la tributación puede utilizarse para fines cuyo objetivo directo no sea el exclusivamente recaudador, sino la lucha contra la evasión fiscal, la respuesta prima facie no puede ser sino afirmativa<sup>20</sup>.

De igual modo, ha definido al tributo como:

[L]a obligación jurídicamente pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley; constituyendo sus elementos esenciales: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el ius imperium del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito<sup>21</sup>.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el caso *Dura Gas S.A.* (Expediente N° 03303-2003-AA/TC) ha señalado que:

(...) siendo la función principal del tributo la recaudadora, puede admitirse que en circunstancias excepcionales y justificadas para el logro de otras finalidades constitucionales, esta figura sea utilizada con un fin extrafiscal o ajeno a la mera recaudación, cuestión que, indiscutiblemente, no debe ser óbice para quedar exenta de la observancia de los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria.

Ahora bien, en lo que respecta a las características del tributo, se pueden citar las siguientes:

- a) Es una prestación debida y obligatoria, creada por mandato de la ley; es impuesta por el Estado en virtud de su poder de imperio y es exigible coactivamente.
- b) La prestación es, generalmente, pecuniaria o monetaria; más propiamente, el objeto de esta prestación es dar una suma de dinero. Cabe indicar que, aun cuando puede disponerse su pago también en especie u otros medios valorizables en dinero, en la actualidad está generalizada la idea de la prestación en dinero.

20 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 6626-2006-PA/TC

21 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 03303-2003-AA/TC

- c) El tributo tiene como finalidad propia la generación de ingresos para el Estado o entes públicos para el cumplimiento de sus fines, tales como la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas esenciales; en general, la cobertura o el sostenimiento de los gastos públicos (Picón 2007: A-4).

Después de determinar el concepto y finalidad del tributo, así como sus principales características, para posibilitar el funcionamiento de las entidades estatales que requieran de fondos públicos, se pasará a precisar la naturaleza jurídica del aporte por regulación.

#### 4.2.2 El aporte por regulación como contribución tributaria

La Norma II del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF, distingue entre el género tributo y especies de este. Por ende, los clasifica de la manera siguiente:

- a) *Impuesto*: es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
- b) *Contribución*: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador o vinculante beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
- c) *Tasa*: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador o vinculante la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. No se considera como tasa al pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Inciendo en dicha clasificación, se puede observar que en el tributo vinculado, la obligación depende de que ocurra un hecho generador, que es siempre el desempeño de una actuación estatal referida al obligado. Este es el caso de las contribuciones y las tasas.

En el caso del tributo no vinculado, el hecho generador está totalmente desvinculado de cualquier tipo de actuación estatal: es el caso del impuesto (Revista Actualidad Empresarial 2009: 31).

En lo que respecta a la contribución en específico, se puede observar que tiene como presupuesto de hecho la actividad del Estado realizada con fines generales, lo que simultáneamente proporciona una ventaja particular al contribuyente de manera actual o potencial. Por lo tanto, implica una cierta relación entre la actividad que lleva a cabo el Estado y el sujeto obligado a esta.

El monto de la contribución, por su destino y por la ventaja o beneficio brindado, no debe ser superior a este beneficio ni al costo de la obra pública o actividad estatal (Revista Actualidad Empresarial 2009: 31).

En el caso concreto del aporte por regulación, contemplado en el Artículo 10º de la Ley N° 27332, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, en el caso Petro Oil S.A. (Expediente N° 01520-2004-AA/TC), en el que determinó su naturaleza jurídica como una obligación contributiva, en base a los siguientes argumentos:

Las contribuciones son tributos vinculados cuya obligación social tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; por consiguiente, su cobro no surge por una manifestación de capacidad contributiva del demandante sino por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse, *en este caso, de la actividad reguladora que brinda el Estado*. Consecuentemente, el hecho de que la empresa haya presentado utilidades o pérdidas no resulta determinante para eximirse de tal obligación contributiva, toda vez que las utilidades y pérdidas determinan básicamente la capacidad de pago respecto al Impuesto a la Renta<sup>22</sup> (la cursiva es nuestra).

Por lo expuesto, resulta claro que el aporte por regulación tiene una naturaleza jurídica de contribución, puesto que afecta a una obra, bien o servicio, específicamente, relacionados con las funciones que desempeña el OEFA. Por ende, son retributivas en función de los costos generados por el ejercicio de dichas funciones.

#### 4.3. Cumplimiento de los principios tributarios

Después de determinar el concepto y naturaleza jurídica del aporte por regulación, se procederá a dilucidar el cumplimiento de los principios exigidos a nivel constitucional y legal, específicamente, los principios de legalidad y no confiscatoriedad.

##### 4.3.1 Principio de legalidad

El Artículo 74º de la Constitución establece que 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, que se regulan mediante decreto supremo.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, fundamento jurídico 7

Sobre la materia el Tribunal Constitucional, en el caso Carlos Repetto Grand (Expediente N° 00001-2004-AI/TC), ha consignado lo siguiente:

El principio de legalidad en materia tributaria se traduce en el aforismo *nullum tributum sine lege*, consistente en la imposibilidad de requerir el pago de un tributo si una ley o norma de rango equivalente no lo tiene regulado. Este principio cumple una función de garantía individual, al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos, y cumple, también, una función plural, toda vez que se garantiza la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria, puesto que su establecimiento corresponde a un órgano plural donde se encuentran representados todos los sectores de la sociedad<sup>23</sup>.

De esta manera, en lo que corresponde al aporte por regulación, se cumple con el principio de legalidad, ya que conforme se ha señalado, dicha contribución tiene sustento legal en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, en el Artículo 10° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en el caso Petro Oil S.A. (Expediente N° 01520-2004-AA/TC) en el que se ha indicado que:

Entonces, cuando el artículo 10° de la Ley N° 27332 establece que: “Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido del Impuesto general a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo (...)”, se configura una remisión legal perfectamente admitida, pues no se trata de una habilitación en blanco al reglamento, sino que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota -originalmente creada por Ley- únicamente bajo los parámetros que la propia ley le confiere; es decir, sin exceder del tope del 1%<sup>24</sup>.

Según lo expuesto, el Supremo Intérprete de la Constitución confirma que el aporte por regulación cumple con el principio de legalidad, por lo tanto su exigencia es plenamente constitucional.

23 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en los expedientes números 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados), fundamento jurídico 39

24 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4

### 4.3.2.- Principio de no confiscatoriedad

El Artículo 74º de la Constitución establece que ningún tributo puede tener carácter confiscatorio, conforme lo ha establecido el Supremo intérprete de la Constitución en el caso Colegio de Abogados del Cusco (Expediente N° 00004-2004-AI/TC) al señalar 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.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que forman parte de la constitución económica peruana (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras) no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria<sup>25</sup>.

En lo que respecta al aporte por regulación, se puede apreciar que este no afecta de modo irracional y/o desproporcionado a las empresas sujetas a dicho tributo, lo cual ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional en el caso Petro Oil S.A. (Expediente N° 01520-2004-AA/TC), al afirmar que:

- Las contribuciones son tributos vinculados cuya obligación social tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades
- estatales; por consiguiente, su cobro no surge por una manifestación de capacidad contributiva del demandante sino por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse, en este caso, de la actividad reguladora que brinda el Estado.
- La generación de utilidades y pérdidas en una empresa tiene que ver con la explotación racional del negocio, mas no se origina en la obligación del pago de una contribución<sup>26</sup>.

Es así, que se ha demostrado que el aporte por regulación se ha establecido conforme a la Constitución y normas vigentes, por lo que no queda duda alguna de su validez e implementación.

25 En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en los expedientes números 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados), fundamento jurídico 18

26 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4

#### 4.4. El deber constitucional de contribución de las empresas

Conforme se ha argumentado a lo largo del presente trabajo, existe un deber constitucional del Estado que garantiza la protección del medio ambiente, lo que deriva en realizar -vía organismos como OEFA- actividades de supervisión y fiscalización a empresas privadas en actividades económicas que puedan generar un daño al medio ambiente.

En ese sentido, el aporte por regulación posibilita el cumplimiento de las funciones de dicho organismo; por lo tanto, al cumplir con los requisitos establecidos a nivel constitucional y legal, deviene en obligatorio para las empresas de los rubros de energía, hidrocarburos y minería.

En efecto, el aporte por regulación tiene una naturaleza jurídica de contribución, pues esta afecta a una obra, bien o servicio, específicamente, relacionada con las funciones que desempeña el OEFA. Por ende, estas son retributivas en función de los costos generados por el ejercicio de dichas funciones, las cuales son las de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería.

Debido a que existe un deber constitucional empresarial de contribución, este es un tributo relacionado con las actividades que realizan los administrados. Estas actividades, por su naturaleza, exigen una fiscalización especial por parte del Estado y, por ende, requieren que estas realicen un aporte especial basado en la productividad que poseen, conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional y la normativa relacionada.

A manera de colofón, cabe señalar que el deber de las empresas de contribuir en la fiscalización de sus actividades económicas tiene una relación directa con el deber institucional del Estado de proteger del medio ambiente, y con las actividades de supervisión y fiscalización en actividades económicas que puedan generar un daño al medio ambiente, como es el caso de las empresas supervisadas por el OEFA.

## 5. CONCLUSIONES

1. La Constitución tiene una fuerza que se irradia hacia las relaciones de los privados entre sí y la de estos con el Estado. En ese contexto, establece que el fin estadual y las relaciones coexistentes apuntan a la salvaguarda y promoción de los derechos fundamentales.

2. El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida se ampara en los atributos del Estado para manifestar su defensa y en los deberes constitucionales de las empresas privadas para coadyuvar en dicha tarea. En ese ámbito, son justificados la creación del OEFA y el establecimiento de la contribución denominada aporte por regulación.
3. El aporte por regulación tiene una naturaleza jurídica de contribución, pues esta afecta a una obra, bien o servicio, específicamente relacionado con las funciones que desempeña el OEFA. Por ende, estas son retributivas en función de los costos generados por el ejercicio de dichas funciones.
4. El aporte por regulación se ha establecido conforme a la Constitución y normas vigentes, por lo que no queda duda alguna de su validez e implementación, ya que respeta los principios de legalidad y no confiscatoriedad.
5. Existe un deber constitucional del Estado de protección del medio ambiente, lo que deriva en realizar —vía organismos como el OEFA— actividades de supervisión y fiscalización a empresas privadas en actividades económicas que puedan generar un daño al medio ambiente.
6. El aporte por regulación es una contribución que posibilita el desempeño de las funciones del OEFA; por lo tanto, al cumplir con los requisitos establecidos a nivel constitucional y legal, deviene en obligatorio para las empresas de los rubros de energía, hidrocarburos y minería.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDALUZ, Carlos  
2004 *Derecho ambiental*. Lima: Gráfica Bellido.
- ATALIBA, Geraldo  
1987 *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario / IPDT.
- CANOSA, Raúl  
2000 *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Dykinson - Ciudad Argentina Editorial.

- 2004 *Constitución y medio ambiente*. Lima: Jurista Editores.
- EQUIPO EDITORIAL
- 2009 “Glosario de Términos”. *Revista Actualidad Empresarial*. Lima, 2009, número 187.
- FUENTES, Dalia y María Teresa HERNÁNDEZ
- 1991 *Hacia una cultura de los derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos.
- NIKKEN, Pedro
- 1994 “El concepto de derechos humanos”. En *Manual de las Fuerzas Armadas*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- PECES, Gregori
- 1999 *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- PICÓN, Oscar y Sonia DÁVILA
- 2007 “La naturaleza jurídica de las contribuciones al FONAVI” (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01078-2007- PA/TC). *Gestión Pública*, 2007.
- ROEL, Luis Andrés
- 2011 “El Medio Ambiente y los recursos naturales” En RUIZ, Juan Carlos y ROEL, Luis Andrés. *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Justicia Viva.
- ROBLES, Carmen del Pilar y Francisco Javier RUÍZ DE CASTILLA
- 2009 “El Tributo, el Código Tributario y el Tribunal Constitucional (Parte I)”. *Revista Actualidad Empresarial*. Lima, 2009, número 187.
- SOSA, Juan Manuel
- 2012 “Tutela del ‘contenido constitucionalmente protegido’ de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo”. En AA. VV. *La procedencia en el proceso de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TRUYOLI, Antonio
- 1977 *Los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.

# **EL RETORNO DEL LEVIATÁN: MITOS Y VERDADES SOBRE LA NATURALEZA DEL APORTE REGULATORIO DEL OEFA**

**RICHARD MARTIN TIRADO**

## **SUMARIO**

El presente artículo tiene por finalidad explicar la razón por la cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es acreedor del tributo denominado Aporte por Regulación. Para lograr tal objetivo, se desarrolla el concepto de regulación y los tipos de regulación existentes. Luego, se analiza la constitucionalidad y legalidad del Aporte por Regulación que percibe el OEFA, concluyendo que este observa los principios tributarios aplicables a las contribuciones.

1. Introducción 2. Regulación 3. Aporte por regulación 4. Principios constitucionales tributarios 5. Principio de legalidad 6. Legalidad del aporte por regulación percibido por OEFA 7. Conclusiones

## **1. INTRODUCCIÓN**

El día miércoles 09 de julio del presente año, en un diario local, apareció como uno de los titulares “Mineras se oponen a pagar aporte por fiscalización al OEFA”<sup>1</sup>. En el artículo que desarrolla el titular, se menciona que las mineras no están de acuerdo con realizar el pago del aporte por calificarlo de inconstitucional y confiscatorio. Se argumentó que existiría un excedente que sería desti-

---

1 Artículo publicado por Juan Saldarriaga en el portal del diario *El Comercio* el 09 de julio del 2014. Consulta: 11 de julio del 2014.  
<<http://elcomercio.pe/economia/peru/mineras-se-oponen-pagar-aporte-fiscalizacion-al-oeфа-noticia-1741655>>

nado al tesoro público junto con otro que quedará también de Osinergmin, tal como sucedió en años pasados.

Si bien el tema ha sido cuestionado anteriormente, cabe formularse diversas preguntas: ¿Qué es un aporte por regulación? ¿Quiénes lo reciben? ¿El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) debería recibirlo? ¿Es realmente confiscatorio e inconstitucional como señalan las mineras, entre otras entidades?

En el presente artículo, se buscará responder a las preguntas formuladas para aclarar el panorama de este tema que importa una importante discusión.

## 2. REGULACIÓN

### 2.1. Definición

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española (RAE), “regulación” es la acción y efecto de regular, y “regular” significa, entre las distintas acepciones que tiene, *ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines y, también, determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo*.

Por otro lado, en el ámbito del derecho administrativo, tal como explica la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer) de México, *regulación* implica lo siguiente:

El Estado emite reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares. Mediante estas reglas se pretende garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados, generar certeza jurídica, garantizar derechos de propiedad, evitar daños inminentes o bien atenuar o eliminar daños existentes a la salud o bienestar de la población, a la salud animal y vegetal, al medio ambiente, a los recursos naturales o a la economía. Por ello, las regulaciones son las reglas o normas emitidas por el gobierno para garantizar beneficios sociales (Comisión Federal de Mejora Regulatoria [Cofemer] 2012).

Para Ariño y De la Cuétara, “la regulación, en general, comprende aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados” (2000: 9).

Por su parte, Stern, citado por Távara, señala que

[l]a regulación de los servicios públicos como la conocemos hoy, emerge básica-

mente en los EE.UU donde el principal objetivo era proteger a los consumidores de la explotación por parte de poderosos monopolios locales, verticalmente integrados (...). De otro lado, en América Latina [y también en otros países] el principal objetivo ha sido proteger a los inversionistas frente a riesgos políticos.

Arredondo (2009: 1) afirma que

[u]na de las formas básicas a través de las cuales las sociedades definen “las reglas de juego” es la de las regulaciones. En ellas aterrizan las formas en que interactúan los grupos de la sociedad que ejercen el poder. La regulación es el punto donde la economía y la política entran en contacto. La dirección en que se afecte la actividad económica dependerá del grado de fuerza que logren ejercer distintos grupos dentro de la estructura gubernamental. Es en el ámbito de las regulaciones donde el gobierno define las características que tendrá la propiedad y el modo en que ésta se relacionará con la economía, esencialmente a través de reglas en materia de competencia (o monopolio), certidumbre (o incertidumbre) y, en general el tipo de privilegios que existirán en la sociedad

Se puede afirmar que la regulación implica otorgar un conjunto de normas para que el sistema tenga un adecuado funcionamiento, con la finalidad de garantizar los distintos derechos de las personas y su bienestar en la sociedad.

Cabe mencionar que existen dos tipos de regulación: económica y social. En ese sentido,

(...) no toda la regulación pública se orienta hacia los mercados ni tiene exclusivamente una connotación económica; por el contrario es cada vez mayor su actuación en el campo social, lo que significa la aplicación de instrumentos de política pública basados en la utilización del poder en cualquiera de los sectores de acciones públicas orientados a la protección ciudadana y producción de bienestar social (Arredondo 2009: 9).

Cada una de estas regulaciones será desarrollada en los siguientes acápitales.

## **2.2. Regulación económica**

Uno de los tipos de regulación es la económica. En un mercado competitivo, no se requeriría ningún tipo de intervención, pues el equilibrio se genera, debido a la oferta y demanda que se desprende del mercado. Cuando la competencia es nula o escasa, se requiere que intervenga el Estado dentro del mercado, simulando la existencia de la competencia o en aras de fomentarla, en búsqueda del interés general.

Sin embargo, en países como el nuestro la experiencia y la realidad han demostrado que es muy arriesgado dejar a merced de la competencia todas las funciones de producción, distribución, y consumo que se generan en un mercado. En economías como la nuestra, resulta hasta necesaria para la participación e imposición de reglas o normas –por parte del Estado– que regulen el poder económico de ciertos grupos, sobre todo por el control que estos grupos ejercen no solo dentro del mercado, sino incluso en otras esferas de poder.

No forma parte del presente artículo, identificar las diversas formas de intervención en la esfera económica. Sin embargo, a manera de mencionar y explicar brevemente algunas es posible señalar dos modalidades: *la regulación* por la que el gobierno fija, limita o altera ciertos comportamientos de las empresas privadas y recorta su soberanía decisoria en beneficio de la *colectividad*, y la denominada *nacionalización*. Esta nacionalización permite que el Estado asuma las funciones que realiza el sector privado. Por dicha nacionalización asumen también las funciones del sector privado cuando las regulaciones no son capaces de ordenar la iniciativa privada o esta es inexistente. En tal sentido, se podría concebir la regulación económica como una forma alternativa a la nacionalización de ahí su presencia indistinta en épocas privatizadoras o nacionalizadoras.

Según la Cofemer (2010),

[l]a regulación económica son las disposiciones mediante las cuales el gobierno interviene en los mercados para fijar precios o cantidades de la producción, o establecer especificaciones técnicas y en general, restricciones que deben cumplir los ciudadanos y las empresas para participar en un mercado. Generalmente, este tipo de regulaciones se establecen en mercados relativamente concentrados o caracterizados por economías de redes.

Esta regulación controla los ingresos, establece precios y determina quién puede participar en un mercado o usar un recurso en particular (Joskow y Noll 1999).

Por su parte, Arredondo señala lo siguiente:

(...) la regulación económica tiene como objetivo hacer que los mercados funcionen adecuadamente, lo que exige garantizar y regular los derechos de propiedad, facilitar la coordinación entre los agentes y vigilar el cumplimiento de los contratos. La regulación económica debe enfrentar también imperfecciones y posiciones de dominio del mercado, la asimetría de información entre los actores económicos y la existencia o aparición de externalidades, positivas o negativas, que generan efectos en diversas actividades, sin que medien pagos de los beneficiarios o compensaciones hacia los perjudicados (2009: 9)

La regulación económica se debe lograr condiciones que permitan generar nuevas inversiones, desarrollo de nuevos proyectos, ampliación de la capacidad productiva; y, como consecuencia, al aumento de los niveles de empleo e ingreso, mejor la calidad de vida y, por último, a lograr la eliminación o, al menos, la reducción de la situación de la pobreza (Arredondo 2009: 10).

Danos señala que existen tres posturas sobre la regulación económica y el rol que deben cumplir los organismos reguladores (2009: 190-195). La primera señala que la regulación económica tiene un fin esencialmente económico. Esta postura es seguida por Esteve (2007: 98-99), quien afirma que “la matriz de la regulación es económica (...). Lo principal es conseguir la mayor eficiencia en los sectores o mercados objeto de regulación (...) al fin primordial de maximizar la eficiencia económica”. Cabe resaltar que en la regulación es fundamental la posibilidad de obtener mayores recursos en los distintos sectores; es decir, que mediante las normas o lineamientos que se establezcan para determinado sector, se debe poder crear un ambiente propicio para obtener más beneficios económicos (Esteve 2007: 98-99).

La segunda postura, es seguida, entre otros, por el profesor Aguilar, quien sostiene que la regulación económica “(...) aparece como una suerte de técnica arbitral en conflictos entre agentes económicos con la finalidad de permitir eliminar los costes de transacción que dificultan o impiden la realización de las transacciones de las que se nutre el mercado (...)” (2002: 443). Para quienes siguen esta postura, la regulación tiene como finalidad arbitrar las pretensiones de los agentes económicos por medio de la imposición de condiciones o incentivos, para que estos puedan realizar una transacción como si se desarrollara en condiciones de mercado (Danós 2010: 192-193).

Por último, la tercera posición sostiene que la regulación debe buscar la protección de los usuarios de los servicios públicos. Dentro de los defensores de esta posición, se encuentra el Cassagne, para quien la técnica de la regulación “(...) aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma (...)” (2006: 281-283). Esta es la postura que sostiene el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0008-20203-AI/TC, en el cual señala que

(...) es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado (...). Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores.

Danós considera que

a los organismos reguladores les corresponde garantizar el funcionamiento adecuado de los servicios porque, de ese modo, se beneficia y protege a los usuarios. Los reguladores están llamados a procurar el equilibrio entre los intereses de los distintos actores que participan en el proceso regulatorio, armonizando los derechos de las empresas operadoras y de los usuarios, para asegurar la continuidad y regularidad de los servicios en beneficio de la colectividad, en general, y de los usuarios, en particular.

### 2.3. Regulación social

El segundo tipo de regulación es la social. Cabe señalar que la regulación debe estar 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.

Es pertinente señalar que, en ese sentido, el OEFA ejerce funciones de regulador social, pues cuenta con las 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.

Con relación a la regulación social, la Cofemer (2014) ha señalado que “[l]a regulación social son las disposiciones que buscan proteger el medio ambiente y la salud humana, animal y vegetal, así como establecer condiciones para el ejercicio de profesiones y para las relaciones laborales”.

Por su parte, Joskow y Noll (1999) indican lo siguiente:

La regulación “social” controla la polución causada por los productos derivados de la producción, establece estándares de sanidad y seguridad para los productos y los centros laborales, restringe el contenido de la información brindada por los vendedores a través de la publicidad y otros medios, y establece requerimientos para proteger a los compradores de comportamientos fraudulentos, discriminadores o incompetentes de las firmas.

Por otro lado, de acuerdo con Arredondo

(...) la regulación social aparece en aquellos sectores donde se condicionan comportamientos que directamente pueden afectar la salud pública, el bienestar o la seguridad de la población, la seguridad alimentaria o la protección del medio

ambiente y, en ese sentido, el objetivo de la regulación social se entiende como la protección o el bien de los ciudadanos y no cómo se vincula al funcionamiento competitivo de los mercados o los derechos de consumidores y productores (...)

(...) la regulación no trata de complementar los instrumentos de dirección y control para regular los mercados, sino que regula cualquier interacción social, donde la lógica del mercado no tenga un impacto decisivo y directo sobre el comportamiento de los agentes a los que se quiere influir (2009: 10).

Asimismo, tal como determina la Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI del 03 de enero del 2008, son ejemplos de este tipo de regulación las normas de protección del ambiente que establecen límites máximos permisibles; en otras palabras –ratificando lo señalado en los párrafos precedentes–, es posible afirmar que las normas dadas por OEFA constituyen parte de la regulación social.

## 2.4. Objetivo y finalidad

De acuerdo con Ariño

(...) la principal misión del regulador es, por un lado, asegurar el buen funcionamiento del mercado –esto es, de las actividades competitivas– que tiene bajo su supervisión; y por otro, garantizar en lo posible la eficiente gestión de las actividades reguladas (transporte, distribución, gestión de las redes y gestión del sistema) donde la competencia no es posible (2012: 274).

De modo complementario, Rivera señala que los objetivos tradicionales son los que se señalan a continuación:

- Mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos dado las significativas economías de escala
- Mejorar la eficiencia productiva en el contexto de la ausencia de presiones competitivas
- Prevenir la “competencia excesiva” que llevaba a menudo a guerras de precios y para asegurar el acceso universal a los subsidios

Los objetivos antes señalados solo hacen referencia a una regulación económica. Sin embargo, es necesario pensar en una política general de regulación que trascienda el encorsetamiento derivado de la opción mercado-no mercado y, como tal, que adquiera sentido como regulación no sólo económica, sino también social. Pensar en estos términos implica, en primer lugar, fortalecer la obligación estatal de preservación del carácter público de los servicios esenciales, independientemente de las características de los mercados en los que operan. En este caso, la política regulatoria trasciende el mero objetivo de

aportar los incentivos apropiados para garantizar el óptimo de eficiencia en el funcionamiento del mercado para contemplar específicamente el aspecto de la ciudadanía: el acceso a estos servicios básicos es un derecho ciudadano y, como tal, no sólo se trata de resguardar los intereses de los clientes o consumidores, sino también de integrar a los sectores socioeconómicos que estas categorías excluyen (López s/n: 1-2).

Por lo tanto, los objetivos antes mencionados se deberían conjugar con los objetivos de la regulación social que, según la Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI del 03 de enero del 2008, son los siguientes:

- Minimizar las externalidades negativas
- Corregir las asimetrías de información
- Reducir los costos de transacción

Solo conjugando ambos tipos de regulaciones, es posible obtener una regulación satisfactoria y protectora de los derechos de los administrados. Se debe buscar un equilibrio.

### **3. APOORTE REGULATORIO**

#### **3.1. Definición**

El aporte regulatorio o aporte por regulación es una contribución que realizan las empresas reguladas por los organismos reguladores al Estado para que estos puedan financiar sus funciones de fiscalización.

El Artículo 10º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores –que norma lo referente al aporte regulatorio– señala 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. 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.

Para Heredia se ha afirmado que “en diversos procedimientos, que el aporte por regulación debe estar vinculado con el egreso que le genera al regulador supervisar las actividades de generación, transmisión y distribución” (2005: 25). Por esta razón, como se mencionó líneas arriba, a fin de cuentas, el aporte

está destinado a financiar esta actividad de supervisión, fiscalización.

### 3.2. Naturaleza jurídica

Respecto de la naturaleza jurídica del aporte por regulación, uno de los principales temas de controversia es el relacionado con la naturaleza del mismo. Al respecto, Heredia precisa lo siguiente:

El primer conflicto generado con relación al aporte por regulación fue el referido a la naturaleza del mismo, lo cual tuvo que ser precisado en la Ley N° 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Así se estableció que el aporte regulado en la Ley Marco de Organismos Reguladores tiene la naturaleza de contribución es decir, naturaleza tributaria, lo que implica que, cualquier controversia sobre el mismo, sea resuelta por el OSINERG en primera instancia y luego por el Tribunal Fiscal. (2005: 24)

Asimismo, el Artículo 7º de la ley antes mencionada señala lo siguiente:

Precítese que el aporte a que hace mención el Artículo 10º 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.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC indica que

[a] juicio de este Tribunal es indiscutible que tienen *naturaleza tributaria* y, en virtud de ello, están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74º de la Constitución, que regulan el régimen tributario, como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, define a las contribuciones como “tributos vinculados cuya obligación social tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales”; es decir, los administrados, sujetos pasivos de la obligación de dar el aporte, están obligados a pagarlo por la sola función que realiza el OEFA, la y que, al mismo tiempo, significa un beneficio para ellos.

## 4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

Es importante entender la existencia de los principios constitucionales tributarios. Como parte del derecho constitucional tributario, son aquellos que parten

del derecho constitucional, pero que se les denomina así, debido al objeto que regula y trata. En la Constitución Política de 1993, se establecen principios rectores del ordenamiento jurídico y, dentro de ellos, se encuentran los principios de este tipo. Estos se desprenden del Artículo 74º de este cuerpo normativo, que señala lo siguiente:

#### Artículo 74º

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.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. 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.*

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo

A partir de la norma citada, es posible afirmar que los principios constitucionales son cuatro: el principio de legalidad (reserva de ley), el de igualdad, el de no confiscatoriedad, el de capacidad contributiva (que está implícito en la norma) y el de respeto de los derechos fundamentales de la persona. A continuación, se pasará a explicar cada uno de ellos:

### 4.1 Principio de legalidad (reserva de ley)

De acuerdo con los que nos indica Medrano (1987: 1),

[u]na de las garantías más importantes está constituida por el principio de legalidad, en cuya virtud los tributos solo pueden ser establecidos con la aceptación de quienes deben pagarlos, o que modernamente significa que deben ser creados por el Congreso en tanto que sus miembros son representantes del pueblo y, se asume, traducen su aceptación. Este principio puede resumirse en el aforismo “*nullum tributum sine lege*”, debiendo anotarse que tal como ocurre con su similar en el Derecho Penal “*nullum crimen nullum pena sine lege* (...)

De acuerdo con este principio, ninguna disposición de carácter tributario pue-

de ser dada mediante norma diferente a una ley o que tenga, al menos, rango de ley. No obstante, de acuerdo con lo dicho por el Tribunal Constitucional en la STC 2058-2003-AA/TC, FFJJ Nº 3,

(...) la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley. Asimismo, se añadió que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la ley es máximo cuando regula el hecho imponible, y mínimo cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

Por lo tanto, el principio de legalidad o reserva de ley es la seguridad que se le da al administrado de que las obligaciones que tenga que cumplir en el ámbito tributario estén plenamente identificadas y determinadas. Está, al mismo tiempo, relacionado con el principio de predictibilidad del derecho administrativo.

Para Medrano,

(...) en virtud al principio de legalidad, los tributos sólo pueden ser establecidos con la aceptación de quienes deben pagarlos, lo que modernamente significa que deben ser creados por el Congreso en tanto que sus miembros son representantes del pueblo y, se asume, traducen su aceptación (1987: 1) (la cursiva es nuestra).

En tal sentido, se puede afirmar que el rango de ley, la fuerza de ley, corresponde a una derivación de la expresión más inmediata y directa de la voluntad popular. Esto, en tanto, que la ley representa la voluntad de autonormación de una colectividad, es decir, constituye el vehículo más genuino de las normas que la comunidad se da a sí misma a través de sus legítimos representantes.

Sin embargo, es importante señalar que con relación a que el tributo sea creado solo por Ley del Congreso, este criterio ha evolucionado con el tiempo, debido a las necesidades propias de la técnica en el ámbito tributario, lo que implica una necesaria delegación del legislativo al ejecutivo.

## 4.2 Principio de igualdad

La Constitución contiene más de un artículo relacionado con el principio de igualdad, los pertinentes para este trabajo se presentan a continuación:

- El Artículo 2.2 de la Constitución reconoce el derecho de igualdad en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen,

raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

- El Artículo 103º de la Constitución: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)”

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el derecho reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución, más que de una ‘igualdad ante la ley’ o ‘igualdad en la ley’, en realidad, reconoce el derecho de ‘igualdad jurídica’”. En realidad, lo que el Tribunal afirma es que no solo se denomina igualdad a lo señalado por la ley, sino que la igualdad se origina en la misma condición que poseen las personas.

Por otro lado, es pertinente señalar que en el ámbito tributario, el principio de igualdad suele asociarse con la capacidad económica del contribuyente. La igualdad, así concebida, exige que en situaciones económicamente iguales, exista el mismo trato, puesto que la capacidad económica que se manifiesta es equiparable. Todos los sujetos son iguales para el legislador a la hora de establecer los tributos, pero, naturalmente, la igualdad exige un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Cuanto mayor sea la riqueza de un individuo, mayor debe de ser la cantidad con la que ha de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Sólo así, se pondrán de igual forma las cargas tributarias por los distintos contribuyentes.

Por su parte, el principio de igualdad debe entenderse en el sentido que los contribuyentes de un mismo impuesto, deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula”.

En el ámbito nacional, con relación al principio de igualdad, el profesor Bravo ha señalado que

[e]l principio de igualdad es un límite que prescribe que la carga tributaria debe ser aplicada de forma simétrica y equitativa entre los sujetos que se encuentran en una misma situación económica, y en forma asimétrica o desigual a aquellos sujetos que se encuentran en situaciones económicas diferentes. El principio bajo mención supone que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (2003: 114).

Así, el principio de igualdad importa una equidad en la regulación tributaria. Cabe resaltar que el trato igual permite realizar diferencias justificadas (que no

impliquen discriminación), con la finalidad de generar beneficios para todos. Por esta razón, en el ámbito tributario quienes tienen más riquezas (capacidad contributiva) tributan más que lo que tienen menos.

Este principio se estructura en el principio de capacidad contributiva, formulado dentro del marco de una política económica de bienestar que no admite las comparaciones intersubjetivas (Iglesias 2000: 278).

En conclusión, se puede señalar que este principio se basa en que se debe tratar similar a los iguales y a los desiguales, de manera diferente. Esta es la base de ciertos beneficios tributarios y del otorgamiento de exoneraciones.

### 4.3 Principio de no confiscatoriedad

El principio de no confiscatoriedad busca garantizar el derecho de propiedad de las personas; es decir que al establecer una obligación tributaria no se debe perjudicar la propiedad privada ni la renta. Tal como indica el Tribunal Constitucional, “el principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no afecte irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas”<sup>2</sup>.

Autores como Velásquez han señalado sobre este principio lo siguiente:

Este principio tiene una íntima conexión con el derecho fundamental a la propiedad, pues en muchos casos, ya tratándose de tributos con una tasa irrazonable o de una excesiva presión tributaria, los tributos devienen en confiscatorios cuando limitan o restringen el derecho de propiedad, pues para hacer frente a las obligaciones tributarias ante el Fisco el contribuyente se debe desprender de su propiedad (1997: 101).

Un aspecto particular del principio de no confiscatoriedad es que es un *concepto jurídico indeterminado*. Respecto de esta característica el Tribunal Constitucional menciona lo siguiente: “Su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo”<sup>3</sup>. Es un punto muy importante para considerar, ya que no se aplica un criterio uniforme

2 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en los expedientes N° 001-2004-AI/TC y N° 002-2004-AI/TC

3 Tribunal Constitucional peruano, sentencia recaída en el Expediente N° 2727-2002-AA/TC

para estimar a un tributo como confiscatorio o no, sino que depende del caso en particular.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia indica que

[e]l principio (...) es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Este supone la necesidad que, al momento de establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Según el Villegas citado por Iglesias

[l]a confiscatoriedad existe porque el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insoportables, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada e impidiéndole ejercer su actividad (2000: 277)

En tal sentido, es válido afirmar que el principio de no confiscatoriedad defiende el derecho a la propiedad, dado que el legislador no debe ni puede utilizar el mecanismo de la tributación para apropiarse indirectamente de los bienes de los contribuyentes.

#### **4.4 Respeto a los derechos fundamentales**

De conformidad con lo señalado por Bravo (2003: 117-118), “[e]n rigor, el respeto a los derechos humanos no es un “principio” del Derecho Tributario, pero sí un límite al ejercicio de la potestad tributaria”. En tal sentido, se puede afirmar que mediante este principio el legislador en materia tributaria debe consignar el mayor cuidado dado que no debe vulnerar mediante norma tributaria, alguno de los derechos humanos constitucionalmente protegidos, como lo son el derecho al trabajo, a la libertad de asociación, al secreto bancario o a la libertad de tránsito, entre otros que han sido recogidos y se encuentran dentro de lo señalado en el Artículo 2º de la Constitución.

Con relación a este principio, Velásquez señala lo siguiente:

Esta es una de las innovaciones más importantes en materia tributaria. Sin embargo, habría que precisar que si bien se pone en preeminencia el respeto a estos derechos fundamentales en materia tributaria, la no consignación legislativa no le hubiera dado menor protección pues el solo hecho de haberse con-

signado en la Constitución una lista (en nuestro entender “abierta”) de derechos fundamentales ya les confiere rango constitucional y, en consecuencia, la mayor protección que ellos puedan requerir. En otras palabras, no era necesario dicha declaración, técnicamente hablando. Al margen de ello, creemos que es justificable su incorporación porque ofrece garantía a los contribuyentes, dado que los derechos fundamentales de la persona podrían verse afectados por abusos en la tributación.

Asimismo, es pertinente señalar que esta lista no es taxativa y que existen principios implícitos que son importantes señalar, como los que se detallan a continuación:

**a) Principio de capacidad contributiva**

El principio de capacidad contributiva no está expresamente señalado en la Constitución, pero sí se regula de manera implícita al establecerse el de no confiscatoriedad. En ese sentido, cabe preguntarse ¿qué es la capacidad contributiva? Para dar respuesta a esta interrogante, es necesario precisar que la capacidad contributiva se posee “cuando la persona percibe ingresos o rendimientos por encima del mínimo de subsistencia, o sea, cuando tales ingresos rebasan aquellas cantidades que son suficientes para que una persona o familia subsista” (Margain 1979: 38); en otras palabras, es la aptitud en la que se encuentran los sujetos obligados para poder pagar un tributo establecido por ley.

El Artículo 21º del Código Tributario se señala lo siguiente:

Tienen capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades de hecho, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica, según el derecho privado o público, siempre que la Ley le atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones tributarias.

Por otro lado, en el Expediente N° 033-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señala sobre el principio de capacidad contributiva lo siguiente:

- (...) la capacidad contributiva tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición; es decir, siempre que se establezca un tributo, éste deberá guardar íntima relación con la capacidad económica de los sujetos obligados, ya que sólo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar o, lo que es lo mismo, sólo así el tributo no excederá los límites de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, configurándose el presupuesto legitimador en materia tributaria y respetando el criterio de justicia tributaria en el cual se debe inspirar el legislador, procurando siempre el equilibrio entre el bien-

estar general y el marco constitucional tributario al momento de regular cada figura tributaria.

- De modo que cuando el Tribunal Constitucional reconoce que todo tributo que establezca el legislador debe sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva (STC N° 2727-2002-AA/TC), lo que hace es confirmar que la relación entre capacidad económica y tributo constituye el marco que, en términos generales, legitima la existencia de capacidad contributiva como principio tributario implícito dentro del texto constitucional.

## **b) Principio de solidaridad**

El Artículo 59° de la Constitución señala lo siguiente:

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Por esta razón, al ser un Estado social de derecho, los tributos se justifican para generar estas oportunidades y compensar las facilidades que este brinda a las personas.

## **5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, en su Artículo VI Numeral 1, regula una lista de principios pertinentes para este trabajo, los cuales se presentan a continuación:

### **5.1 Principio de legalidad**

Las autoridades administrativas deben actuar respetando a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Según este principio, las autoridades deben sustentar sus decisiones y actos en lo dispuesto por las normas vigentes. Al respecto, Morón (2014: 64) afirma lo siguiente:

Si en el Derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas.

En otras palabras, en el ámbito administrativo, la Administración solo puede hacer lo que las leyes le permiten y no todo lo que no esté prohibido; por ejemplo, el caso de los sujetos de derecho privado.

Por otro lado, Bustamante considera que este principio hace referencia a “que las autoridades administrativas, al formular sus normas reglamentarias y al decidir sobre asuntos particulares, se sujeten a la Constitución y demás fuentes formales del Derecho y que tal sujeción se exprese de conformidad con los fines que les fueron conferidos al definirse sus potestades administrativas” (2009: 53).

## 5.2. Principio de uniformidad

La autoridad administrativa deberá establecer requisitos semejantes para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidas en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

Sobre el principio señalado, Morón señala que:

El principio de uniformidad tiende a que todos los niveles de la Administración, al estructurar procedimientos similares, guarde homogeneidad en el establecimiento de los requisitos (tasas, documentación exigible, instancias, tipo de silencios y calificaciones, etc.). Con la finalidad de favorecer la previsibilidad de la ciudadanía, las exigencias en los procedimientos deben parecerse lo más posible. Por ejemplo, contraviene esta norma que los procedimientos para obtener una licencia de construcción sean objeto de distintas exigencias y reglas según la inspiración de cada autoridad municipal. La idea es que los constructores cuenten con procedimientos, costos, silencios y demás requisitos uniformes en todas las municipalidades (2014: 95).

Asimismo, tal como indica el Bustamante “[s]e trata de un principio crucial a efectos del establecimiento de las reglas de juego básicas a regir en los diversos procedimientos administrativos que se hallen sujetos a las normas de la LPAG” (2009: 73).

## 5.3 Principio de predictibilidad

La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

Para desarrollar este principio, es necesario explicar qué significa *predictibilidad*. Al respecto, Bustamante (2009: 74) indica que esta palabra “se refiere a las

condiciones objetivas generales que permiten a quienes se encuentran sujetos a una determinada ley o Derecho el *prever* o el *anticiparse* a lo que pueda ocurrir en función de la decisión por la que se opte a partir de la estructura objetiva del marco jurídico vigente”.

## 6. LEGALIDAD DEL APORTE REGULATORIO A OEFA

### 6.1. Marco normativo

El 01 de enero del 2014, entraron en vigencia el Decreto Supremo N° 129-2013-PCM y el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, mediante los cuales se establecen las alícuotas para las empresas y entidades de los sectores energía (electricidad e hidrocarburos) y minería, respectivamente. Las organizaciones que desarrollan estas actividades están obligadas a realizar el pago del aporte por regulación que corresponde al OEFA.

En ese sentido, el OEFA ha aprobado el Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA/CD, publicada el 31 de enero del 2014. Esta rige los procesos de inscripción, declaración y pago del APR.

En el Artículo 3° de dicha resolución se regula, nuevamente, la naturaleza jurídica del aporte por regulación del OEFA. Se señala lo siguiente:

#### **Artículo 3°.- Naturaleza del Aporte por Regulación**

3.1 El Aporte por Regulación tiene la naturaleza de contribución, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN.

3.2 Los recursos obtenidos por la aplicación del referido aporte constituyen ingresos propios del OEFA y tienen como finalidad el financiamiento de la fiscalización ambiental de las actividades de energía y minería, en el marco de lo establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Este artículo reafirma que el aporte por regulación tiene naturaleza tributaria, específicamente de contribución.

Asimismo, las normas antes mencionadas, es decir, tanto el Decreto Supremo N° 129-2013-PCM como el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM hacen referencia a otras leyes, las cuales se especifican a continuación:

- Ley N° 27332:

**Artículo 10º.- Aporte por regulación**

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.

**- Ley N° 29951:****Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final**

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 (Osi-nergmin). 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.

**- Ley N° 30011:****Tercera Disposición Complementaria Final**

Las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación establecido en la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Dichos recursos constituyen ingresos propios de esta entidad, los cuales son incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

Los porcentajes del aporte por regulación que recibirá el OEFA permitirán su afianzamiento como garante del cumplimiento de las obligaciones ambientales en el país, ya que hará posible el financiamiento de las acciones necesarias para su fortalecimiento institucional en lo relativo a la fiscalización ambiental,

tanto en el sector energía, como en el sector minería. Asimismo, posibilitarán que la protección que se realiza sobre los recursos naturales y el medio ambiente continúe en aras de proteger el interés público y generar el desarrollo del país.

## 7. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, es importante señalar que el aporte por regulación que percibe el OEFA –el cual es de conformidad a la normativa– permite que dicha entidad realice las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, por lo que es una contribución que cumple con el principio constitucional de legalidad.

Es pertinente señalar que este aporte regulatorio no afecta el principio de no confiscatoriedad, pues lo que se permite es que mediante el principio de solidaridad (principio implícito), además del principio de igualdad, estas empresas puedan aportar tributos en aras de proteger el medio ambiente y los recursos naturales, pues dicho aporte permite de forma razonable internalizar los costos que demanda la fiscalización ambiental.

Cabe señalar que si bien toda actividad del ser humano implica una afectación al medio ambiente, son estas empresas quienes demandan una mayor supervisión, ya que su afectación a este es directa y en gran escala, motivo por el cual es razonable que sean quienes ostenten dicha carga.

Por último, este aporte permite el fortalecimiento de la fiscalización ambiental en el país e incentiva el cumplimiento de las obligaciones ambientales. Proteger el medio ambiente y los recursos naturales es un deber de la Administración que recae en manos del OEFA.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Óscar  
2002 "El acto administrativo regulatorio". En AA.VV. *Acto administrativo y reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*. Buenos Aires: Ediciones RAP.
- ARREDONDO, Alberto  
2009 "Regulación económica y regulación social en el Perú". *Documento de trabajo*.
- ARIÑO, Gaspar  
2012 *Una reflexión sobre los entes reguladores. Hacia una reformulación del estatuto jurídico y de las funciones de la Comisión Nacional de Energía. Regulación económica: lecturas escogidas*. Navarra: Thomson Reuters Arazandi.
- ARIÑO, Gaspar y Juan Miguel DE LA CUÉTARA  
2000 "Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos". *Separata de cuadernos de derecho público*. Núm 9, enero-abril 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos  
2006 "La crisis de los servicios públicos en Argentina". En CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicio público y policía*. Buenos Aires: Editorial Universitas.
- BRAVO, Jorge  
2003 *Fundamentos de derecho tributario*. Lima: Palestra Editores.
- BUSTAMANTE, José Alberto  
2009 "Análisis del Título Preliminar". En MARAVÍ, Milagros (compiladora). *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde*. Lima: UPC.
- COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA [Cofemer]  
2012 "¿Qué es la regulación?". En *Portal de la Cofemer*. México D.F: Cofemer. Consulta: 08 de julio del 2014.  
<<http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>>
- DANÓS, Jorge  
2010 "La función que cumplen los organismos reguladores de servicios públicos en el ordenamiento peruano: ¿tutela de los usuarios o árbitros?". En ARIÑO, Gaspar. *Regulación económica de*

*los servicios públicos: dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica.* Lima: Ara Editores.

ESTEVE, José

2007

“La regulación de la economía desde el Estado garante”. En AA.VV. *La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales.* Pamplona: Thomson-Arazandi.

HEREDIA, Rosa Elena

2005

*El sector eléctrico, su regulador y el aporte por regulación. Documento de trabajo.* Lima.

IGLESIAS, César

2000

*Dogmática general de la tributación.* Lima: Gaceta Jurídica.

JOSKOW, Paul y Roger NOLL

1999

*Regulación económica, desregulación y reforma regulatoria durante la década de los ochenta. Documento de trabajo.* Lima.

LÓPEZ, Andrea

*La regulación de servicios públicos privatizados: algunos lineamientos para la construcción de una nueva agenda. Documento trabajo.*

MARGAIN, Emilio

1979

*Introducción al estudio del derecho tributario mexicano.* México: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí.

MEDRANO, Humberto

1987

“Acerca del principio de legalidad en el Derecho Tributario Peruano”. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario.* Vol. Nº 1, junio.

MORÓN, Juan Carlos

2014

*Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Lima: Gaceta Jurídica

TÁVARA, José

s/n

*Institucionalidad regulatoria y su aporte al desarrollo del país. Esquema de participación en panel.*

VELÁSQUEZ, Juan et ál.

1997

*Derecho tributario moderno. Introducción al Sistema Tributario Peruano.* Lima: Editora Grijley.

# UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A LA NATURALEZA DEL APORTE POR REGULACIÓN AL OEFA

CARLOS HAKANSSON NIETO

## SUMARIO

En el presente artículo se detallan los principios rectores del derecho ambiental. Luego, se explica la naturaleza del Aporte por Regulación y la posición que tiene el Tribunal Constitucional peruano sobre dicha contribución. Posteriormente, el autor analiza los fundamentos constitucionales y legales del Aporte por Regulación. Finalmente, afirma que solo mediante el pago de dicha contribución se puede garantizar una fiscalización efectiva y eficiente que asegure una oportuna y adecuada protección ambiental.

1. El medio ambiente como un derecho de solidaridad 2. El reconocimiento de un deber ambiental 3. Los principios rectores del derecho ambiental y su naturaleza preventiva 4. La constitucionalidad del aporte por regulación 5. La posición del Tribunal Constitucional respecto al Aporte por Regulación 6. Conclusiones

## 1. EL MEDIO AMBIENTE COMO UN DERECHO DE SOLIDARIDAD

La mayoría de especialistas en derechos humanos, especialmente en el campo del derecho internacional público, ha adoptado la clasificación que Karel Vasak propuso para agrupar a los derechos humanos en generaciones<sup>1</sup>, es decir,

---

1 El término “generación” es utilizado con la finalidad de conceptualizar estos derechos en un determinado tiempo y de ninguna manera se puede suponer que este término suponga un nacimiento y luego una extinción de los derechos humanos.

agruparlos en el orden que fueron conceptualizados jurídicamente. El profesor Ara (1990) distingue tres etapas en la evolución de los derechos humanos hasta nuestros días: los derechos humanos pre revolucionarios (prehistoria de los derechos humanos), los derechos humanos del constitucionalismo social (los derechos humanos de la segunda generación). Esta clasificación considera como derechos humanos de la primera generación a los derechos civiles y políticos, los cuales están orientados a proteger la libertad, seguridad, integridad física y espiritual de la persona humana. Estos derechos son el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido en esclavitud o servidumbre; el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, incluido el derecho a un juicio justo; el derecho a la intimidad en el hogar y en la correspondencia; el derecho a la libertad de opinión y expresión; y el derecho a formar parte en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a votar y a ser elegido.

Los derechos humanos de segunda generación están conformados por los derechos económicos, sociales y culturales que empezaron a ser conceptualizados en la Constitución Mexicana de 1917 y en la Constitución Alemana de Weimar en 1919<sup>2</sup> (De Castro 1991: 28). Estos derechos son los siguientes: el derecho al trabajo; los derechos sindicales; el derecho a la seguridad social; el derecho a la alimentación, vestido, vivienda digna; el derecho a la salud, y a la educación como el acceso a la ciencia y a la cultura.

A partir de la década del setenta, a la primera y segunda generación de derechos humanos se les agrega una tercera, conocida como los derechos de solidaridad, que son producto de la interdependencia de los Estados<sup>3</sup> (Gross 1991: 18). Estos son derechos cuya protección efectiva exige el concurso de toda la comunidad internacional: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, a la protección del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el derecho al patrimonio común de la humanidad. Un conjunto de derechos

---

2 “Los Derechos clásicos o Derechos de la primera generación se caracterizaban ante todo por su pretensión de defender al individuo contra el despotismo arbitrario del Estado. Eran poderes que correspondían al sujeto y que el Estado debía respetar escrupulosamente absteniéndose de toda interferencia. A su vez, los Derechos de la segunda generación aparecieron como medios para superar las desigualdades que discriminaban a la mayor parte de los ciudadanos. En relación con ellos se pensaba que no podrían llegar a realizarse verdaderamente si no contaban con el concurso intervencionista de la Organización estatal.”

3 Son considerados como una nueva generación de derechos, aunque también es correcto decir que se tratan de nuevos derechos que darán paso a la aparición de otros, producto de los requerimientos del desarrollo humano.

puede jurídicamente considerarse todavía en estado naciente en el campo internacional, pues se hace mención a ellos en algunas resoluciones de organismos internacionales y no se encuentran aún reglamentados, como son los derechos civiles y políticos, y los económicos sociales y culturales.

La tercera generación de derechos humanos muestra el carácter compartido y concurrente de una pluralidad de sujetos que corresponden a cada derecho. El derecho a la vida, por ejemplo, más que afirmar que cada ser humano es su titular, manifiesta que este es nítidamente perfilado como propio de cada persona. En cambio, si se toma cualquiera de los derechos de tercera generación ya mencionados –como es el derecho a la preservación del medio ambiente–, se puede percibir que todos los seres humanos viven en un mismo ámbito, ya sea en una ciudad o en una región, y tienen subjetivamente ese derecho. Sin embargo, la obligación de proteger es común, ya que el derecho de cada uno y el de todos forma una sola titularidad que sigue siendo subjetiva y es, a la vez, compartida por esa pluralidad en la sumatoria de un interés común.

El derecho a la protección del medio ambiente para su adecuado cuidado requiere, al igual que los demás derechos humanos, del consenso de toda la familia humana para el cuidado de la morada común: la Tierra. Por lo tanto, cada vez es más evidente su dimensión moral, pues la aplicación indiscriminada de los adelantos científicos y tecnológicos ha constatado que la aplicación de algunos de esos descubrimientos en el campo industrial y agrícola produce a largo plazo efectos negativos en el planeta. Todo esto ha demostrado crudamente como toda intervención en un área determinada del ecosistema tiene que considerar sus posibles consecuencias en otras áreas y, en general, en el bienestar de las generaciones futuras, lo cual convierte a los llamados derechos de solidaridad en aquellos que contienen un interés generalizado para toda la sociedad<sup>4</sup>. En otras palabras, a los derechos de concesión para la exploración y explotación de los recursos naturales les corresponde una debida supervisión y fiscalización estatal para procurar su conservación y mejora para las generaciones futuras, lo cual demanda una visión solidaria, producto de un deber ambiental implícito en las disposiciones constitucionales.

---

4 Cabe aclarar que no se trata de la pretensión de una parte de la población contra los derechos de la otra, pues existe un interés de ambas partes en respetar el ambiente para la mutua convivencia.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE UN DEBER AMBIENTAL

La aparición en las constituciones modernas de un título, o capítulo, dedicado a los deberes es uno de los rasgos del estado social que acompaña al reconocimiento de los llamados derechos<sup>5</sup> de segunda y tercera generación. En dichos casos, es especialmente notorio que la comunidad política debe actuar y poner todos los medios posibles para poder realizarlos, por eso se les conoce también como las libertades positivas precisamente, por los medios materiales que debe aportar el Estado para que puedan cumplirse en la sociedad.

Con relación a los derechos de tercera generación, conocidos también como los derechos con intereses difusos, el reconocimiento al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado conlleva el deber de la sociedad en su conjunto de asumir las cargas necesarias para un mejor ejercicio de dichos derechos.

En ese sentido, una de las cargas que la sociedad debe asumir para el ejercicio regular del derecho al medio ambiente es el deber de preservar el entorno para las generaciones futuras; por eso, se obliga a los particulares a contribuir para lograr el medio ambiente necesario para el desarrollo de la persona y en la medida que el legislador determine.

La Constitución peruana reconoce que “[l]os recursos renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en aprovechamiento”. También, establece que “[p]or ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”<sup>6</sup>. De lo anterior se puede apreciar que las normas de rango inferior refuerzan el deber de conservar el medio ambiente, así como el deber de legitimar la posible imposición de sanciones penales y administrativas, con la obligación de reparar el daño ocasionado, surgidas

---

5 Todos los derechos fundamentales, como manifestación de su carácter objetivo o prestacional, requieren de una actuación positiva tanto por parte de los tribunales del Poder Judicial como –y principalmente– del Tribunal Constitucional. Esta actuación positiva es necesaria, no ya sólo para determinar la exigibilidad o no de un derecho, sino más bien y fundamentalmente para favorecer su más plena eficacia, ya sea determinando qué acciones concretas caen bajo el ámbito de protección de un derecho fundamental y cuáles no, como obligando o persuadiendo a que el poder público en su versión ejecutiva y legislativa respectivamente, adecuen su actuación al cumplimiento de sus diferentes obligaciones constitucionales, entre ellas, la de favorecer la plena eficacia de los derechos recogidos en el texto constitucional (Castillo 2007: 286-287).

6 Cf. Artículo 66º de la Constitución peruana de 1993

como producto de una adecuada fiscalización. Como ocurre con el derecho, también el deber ha de concretarse legalmente. Su desarrollo infraconstitucional, en parte realizado, precisa el deber abstracto que la Constitución impone.

La necesidad de considerar un deber implícito en las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos con interés difusos es similar a la que opera con relación a lo previsto para el deber tributario establecido en el Artículo 74<sup>o</sup> de la Carta de 1993<sup>7</sup>. La regulación producida por la ley, normas del mismo rango u otras infra constitucionales se concreta en obligaciones para los particulares o en la consecvente sanción, ya sea administrativa o penal, que se prevé ante su incumplimiento. En ese sentido, las obligaciones y sanciones son producto de ese deber constitucional implícito. La estructura de este deber de protección al reconocido derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un mandato implícito de las disposiciones constitucionales, que se desarrolla gracias al resto de normas que son parte del ordenamiento jurídico.

El reconocimiento de este deber implícito de conservación y la contribución de todos a la preservación del entorno no es una tarea exclusivamente asignada a los poderes públicos. Como se sabe, el Artículo 66<sup>o</sup> de la Constitución peruana establece la soberanía estatal para el aprovechamiento del medio ambiente y, además, por ley orgánica se concederá su utilización y otorgamiento a particulares, lo que implica obligaciones tanto para los poderes públicos como para los particulares beneficiarios de la concesión. Por consiguiente, con relación a la defensa del medio ambiente, se debe distinguir entre protección y conservación, así como entre la restauración formal y la mejora del entorno. Por ello, cada una de las disposiciones constitucionales relativas al medio ambiente y los recursos naturales debe ser concretada en efectivas regulaciones, generales o sectoriales, que deben lograr la utilización racional de dichos recursos.

---

7 El Artículo 74<sup>o</sup> de la Constitución peruana establece que “[l]os 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. (...) Los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. 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. (...) Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación (...). No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.”

En consecuencia, los procesos o técnicas de protección o restauración del entorno no solo pueden tener aparejadas restricciones del uso de los recursos, sino también ciertos límites en el ejercicio del derecho para disfrutarlos, debido a que el disfrute de los bienes ambientales puede resultar, en ciertos casos, incompatible con el deber de preservarlos.

### **3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL Y SU NATURALEZA PREVENTIVA**

La falta de concreción en las cartas magnas respecto a las delimitaciones de los deberes constitucionales ha querido ser compensada con la inclusión del llamado delito ecológico en el Código Penal y, en el derecho administrativo, con la imposición de sanciones. Estas tienen la finalidad de castigar, con la intensidad que determine el poder público, el conjunto de lesiones contra los bienes ambientales; por eso, corresponderá al legislativo tipificar cuáles serán las acciones constitutivas de lesión y, según su gravedad, la imposición de una sanción administrativa o penal. Sin embargo, el reconocimiento de un deber implícito en los derechos con intereses difusos conduce a la observancia de los principios del derecho ambiental, que tienen en común una naturaleza previsorora. Por lo tanto, no será suficiente una normativa sancionadora en materia de medio ambiente, que actúa con efectos posteriores al daño, sino también una prudentemente previsorora para evitarlo mediante una adecuada fiscalización.

Con relación a los principios del Derecho ambiental, el Tribunal Constitucional ha recordado, en su jurisprudencia, el mandato impuesto al Estado en su conjunto para –citando a la Corte Constitucional colombiana– garantizar el cumplimiento de los llamados deberes destinados a la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para obtener esos fines. En ese sentido, se ha señalado que estos deberes:

Comportan igualmente una planificación del manejo y del aprovechamiento de los recursos naturales de manera que se garantice su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, así como la prevención y control de los factores del deterioro ambiental, que se traducen en las acciones más importantes para que el Estado cumpla con los propósitos especialmente definidos respecto de la existencia de un medio ambiente sano y equilibrado (...) (Tribunal Constitucional del Perú: Expediente N° 0018-2001-AI/TC, fundamento jurídico 10).

Al respecto, haremos un repaso de los principios para reforzar la posición asumida:

### **3.1 El principio de conservación**

Se trata de un principio que tiene la finalidad de retirar del comercio ciertos bienes naturales cuya utilización se reduce al exclusivo disfrute de estos por la sociedad. Es el caso de los parques nacionales, así como los espacios naturales protegidos donde se desea proteger los recursos de las zonas, prohibiendo su explotación. La Constitución peruana recoge el principio de conservación cuando declara que el Estado tiene la obligación de promover la conservación de diversidad biológica<sup>8</sup>. En ese sentido, el Tribunal Constitucional define a las áreas naturales protegidas como

los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional que se encuentran reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado. Dicha condición surge por su importancia para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados con el interés cultural, paisajístico y científico, amén de su contribución al desarrollo sostenible del país. La declaración de área natural protegida implica su constitución como patrimonio de la nación y que sea objeto de dominio público, lo que genera que la propiedad no puede ser transferida a particulares. (Tribunal Constitucional del Perú: Expediente N° 0759-2002-AA/TC, fundamentos jurídicos 4 y 7).

### **3.2 El principio proteccionista**

El deber de conservación no puede realizarse sin que se adopten sendas medidas protectoras para impedir un menoscabo al medio ambiente. Por esa razón, se hacen necesarios todos los medios técnicos existentes que procuren limitar las actividades contaminantes, hasta la prohibición de la caza y comercialización de la flora y fauna protegidas. En ese sentido, nuestra Constitución establece el deber estatal de promover las áreas naturales protegidas<sup>9</sup>.

### **3.3. El principio de uso sostenible y mejora del entorno**

Se trata de un principio que conlleva a tener en cuenta que serán insuficientes las políticas para conservar y proteger los recursos naturales, si a su vez no se

---

8 Cf. Constitución de 1993: Artículo 68º; y, Sentencia del Tribunal Constitucional: Expediente. N° 0437-1997-AA/TC, fundamento jurídico 4

9 Véase el Artículo 68º de la Constitución de 1993.

implementan los medios que sean necesarios para que el entorno mejore para el disfrute de sociedad. Cabe añadir que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos no se determina a *priori*, ni tampoco es igual para todos los casos que se presenten, sino más bien, es de contenido abierto. Por ello, en el derecho a la calidad de vida varía en la medida que cambien los cánones de calidad. Entonces, se trata de una tarea irrenunciable de los poderes públicos, por lo que el reconocimiento a este principio lo garantiza la norma fundamental, que encomienda al Estado la promoción del uso sostenible de sus recursos naturales<sup>10</sup>.

### 3.4 El principio de restauración

Las técnicas de mejora del entorno varían según se trate del bien ambiental mejorable. Por ejemplo, para un entorno especialmente protegido la mejora podría consistir –más que mejorar la calidad del bien ambiental, o velar más detenidamente su protección para evitar su inminente deterioro– en contar con medidas restauradoras más enérgicas. Se trata de un principio que invoca la puesta en marcha de una política a largo plazo, que verá sus frutos si las técnicas productivas contemporáneas utilizadas en los procesos industriales son progresivamente innovadas por otras menos contaminantes. La Constitución peruana no reconoce expresamente el principio de restauración, pero establece que por ley orgánica se fijan las condiciones de la utilización y otorgamiento de la concesión de recursos naturales a los particulares. Por esta razón, se entiende que dentro de dichos deberes se encontrará el de conservación y restauración y si fuese el caso, de los bienes naturales concesionados<sup>11</sup>.

### 3.5 El principio de planificación ambiental

Se trata de un principio que implica una de las tareas más complejas encomendadas a los poderes públicos, los cuales son muy dependientes de varios factores que dificultan la ejecución de dichas tareas. Entre estos factores se encuentran los sociales, históricos, culturales y económicos que pueden condicionar la política que se desea emprender. No es de extrañar que las políticas con mayor grado de repercusión ambiental sean las urbanísticas, especialmente cuando existe un déficit de infraestructura.

Este principio se encuentra reconocido constitucionalmente cuando se encomienda al Estado fijar por ley las condiciones de su utilización y otorgamiento

10 Véase los artículos 67º y 69º de la Constitución peruana de 1993.

11 Véase el Artículo 66º de la Constitución peruana de 1993.

a particulares, a determinar la política nacional del ambiente y, además, a promover la Amazonía mediante una legislación adecuada, la misma que deberá expresar la política de planificación ambiental del gobierno en conformidad con el ordenamiento jurídico<sup>12</sup> (Canosa 2004: 232-253).

El reconocimiento de principios del Derecho ambiental es una guía para el legislador que ilumina el contenido constitucional de su producción normativa. En esa tarea, los elementos que configuran la existencia de una política nacional ambiental deben estar referidos a siete aspectos a tener en cuenta, que presentados a continuación:

- a) La regulación del derecho positivo: por ser necesaria la existencia de una normativa ambiental que sea capaz de preservar la sostenibilidad y promover conductas responsables para la conservación del medio ambiente, las cuales deberían conducir al desarrollo de un código del medio ambiente inspirado en los principios que mueven al sector, armonizados con las disposiciones constitucionales y su debida interpretación por los jueces.
- b) La coherencia institucional: debe estar presente en los distintos niveles gubernamentales y ser capaz de gestionar la aplicación y el cumplimiento de la normativa, así como la promoción de una sensibilidad ambiental, tanto al nivel individual como colectivo, para estimular la dimensión solidaria del derecho al medio ambiente.
- c) La participación ciudadana: para una adecuada política ambiental es necesario el establecimiento de mecanismos que la garanticen para su debida definición, aprobación e implementación, promoviendo la toma de decisiones, así como el acceso a la información, administración de justicia de asociaciones privadas y sin fines de lucro preocupadas en el estudio y análisis de la gestión ambiental.
- d) El factor económico: el deber de establecer los mecanismos financieros que sean capaces de sustentar en el tiempo toda la demanda de recursos que la gestión ambiental requiere en un país, lo cual hace necesario reconocer una actitud solidaria de responsabilidad compartida del Estado y las empresas concesionarias de los derechos de exploración y explotación de los recursos naturales.
- e) La protección a los intereses difusos: la incorporación de mecanismos que permitan a los ciudadanos iniciar procedimientos administrativos, o jurisdiccionales, para la pronta defensa del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por lo que se hace necesario

---

12 Véanse los artículos 66º, 67º, segundo párrafo; y el Artículo 69 de la Constitución de 1993. Véase además el Expediente N° 1103-2001-AA/TC (Fundamento jurídico 2).

para las constituciones de más de cincuenta años la debida actualización del concepto de medio ambiente. Esta tarea es encomendada a los jueces al momento de resolver casos concretos, así como el ejercicio de las garantías constitucionales para su debida protección judicial<sup>13</sup>.

- f) La publicidad: por ser necesaria tanto la formación, capacitación y difusión, con la finalidad de obtener un mejor conocimiento ciudadano sobre los elementos que configuran la política nacional ambiental. Asimismo, implica una manera de concretar el principio democrático de transparencia y acceso a la información.
- g) La estabilidad democrática: la voluntad política de impulsar la política ambiental con todos sus alcances se convierte en el factor determinante para apoyar las tareas de gestión de la autoridad competente, precisamente por la continuidad y alternancia en el ejercicio del poder que implican un fortalecimiento de la institucionalidad y el Estado de Derecho<sup>14</sup> (Caillaux 2013: 182-183).

Los principios y políticas ambientales enunciados permiten comprender que el reconocimiento y efectivo disfrute del derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado demanda una visión solidaria por parte de la comunidad política y las empresas que se dedican a la exploración y explotación de los recursos naturales. Por eso, el aporte por regulación (en adelante APR) exigido a las empresas es un modo de concretar el mutuo deber ambiental, como un acto de corresponsabilidad en la tarea de conservación y mejora del medio ambiente, mediante la contribución de recursos económicos provenientes de su explotación que permitan una adecuada fiscalización y supervisión. En ese sentido, es menester brindar una visión constitucional a la naturaleza de los APR.

---

13 Al respecto, cabe tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional cuando nos dice que "(...) no proceden las acciones de garantía en caso de haber cesado la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable. Y, en el presente caso, la acción de amparo se interpone para que se declare la no aplicación del Decreto de Ley N° 25980, sin que exista un acto concreto que vulnere derecho constitucional alguno de las empresas demandantes; y que la referida norma ha sido derogada por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27037 - Ley de Promoción a la Inversión en la Amazonía, publicada el 30 de diciembre de 1998 (...)" Cf. Expediente N° 0751-1996-AA/TC (Fundamento jurídico 2).

14 Véase el comentario al Artículo 67º de la Constitución peruana.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN DE LOS APORTES POR REGULACIÓN

Los elementos que configuran la existencia de una política nacional ambiental justifican la necesidad de una responsabilidad conjunta cuando se trata de la prevención, conservación y mejora de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es decir, no se trataría solamente de impulsar una labor fiscalizadora estatal financiada por los contribuyentes en su conjunto sino, además y especialmente, por las empresas concesionarias que, directamente, se dedican a la explotación de los recursos naturales, especialmente de energía e hidrocarburos.

Por ello, el APR que abonan las empresas mineras al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, el OEFA), tiene la finalidad de financiar las actividades no solo de evaluación sino también de supervisión y fiscalización de los recursos ambientales. De acuerdo con la Constitución peruana, el APR es una contribución, la cual también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Fiscal.

El nacimiento del APR data del año 2000 mediante la Ley N° 27332<sup>15</sup>. Su finalidad se fundamenta en lo necesario que resulta para es para la función pública a fin de financiar el deber de regulación y supervisión ambiental. De esta forma, se contemplan en la ley todos los elementos esenciales de la contribución. En ese sentido, la norma identifica como acreedores tributarios a las entidades públicas y como deudores tributarios a las empresas fiscalizadas, fijando como base imponible la facturación anual de las empresas supervisadas, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, establecen el 1% como alícuota tope de dicha facturación.

En el año 2012, mediante Ley N° 29951<sup>16</sup>, se reconoce al OEFA como el nuevo acreedor tributario de esta contribución, cuando establece que sus funciones de fiscalización ambiental estarán financiadas con el APR creado por la Ley N° 27332. De esta manera se ratifica su calidad de acreedor tributario mediante la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011<sup>17</sup>, recibe una ratificación adicional mediante la sexta disposición complementaria final en la

---

15 Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

16 Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013

17 La norma que modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, de abril del 2013.

Ley N° 30115<sup>18</sup>. Asimismo, se establece el porcentaje de la alícuota que le corresponderá al OEFA, el mismo que deberá ser pagado por las empresas mineras, fijándose 0,15% para los años 2014 y 2015; y, 0,13% a partir del año 2016;<sup>19</sup>.

Cabe resaltar que el APR carece de la misma naturaleza que arancel de fiscalización minera que antes abonaban las empresas, pues, mientras que el mismo arancel comprendía solo los costos vinculados a la supervisión realizada, el APR incluye todos los costos de las diferentes actividades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental que debe realizar el OEFA con relación a la mediana y gran minería. Por lo tanto, no es apropiada su comparación dado que tienen una naturaleza distinta y costos diferentes. Por otro lado, el monto recaudado por el APR se destinará exclusivamente al financiamiento de la fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA en los sectores minería y energía. La fiscalización que se realiza a los demás sectores, como la industria y la pesquería, se sustenta con otros ingresos.

Por las razones anteriores, el APR guarda armonía con el ordenamiento constitucional y legal vigente, pues se trata de un tributo que respeta el principio de legalidad y carece de efecto confiscatorio. Desde el punto de vista constitucional, se trata de un deber implícito al reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, una contribución indispensable para que el Estado pueda ejercer, y también consolidar, su tarea de fiscalización ambiental que resulta onerosa y que debe solidariamente ser compartida *con las empresas concesionarias* para el pleno y responsable ejercicio de las actividades económicas y la protección del ambiente mediante un desarrollo sostenible en el tiempo<sup>20</sup>.

18 Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, de diciembre del 2013

19 Estos porcentajes son significativamente menores al 1% de la alícuota tope. Al respecto, véase el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM de diciembre del 2013. El Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA/CD establece también que el “aporte por regulación tiene la naturaleza de contribución, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7 de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN. (...) Los recursos obtenidos por la aplicación del referido aporte constituyen ingresos propios del OEFA y tienen como finalidad el financiamiento de la fiscalización ambiental de las actividades de energía y minería, en el marco de lo establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013 y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N°30011 - Ley que modifica la Ley N°29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”.

20 El APR empezó a regir en febrero del 2014 y, según cálculo de la OEFA, se estima que debe generar alrededor de S/.42 millones de nuevos soles para la labor de fiscalización de la actividad minera y energética durante el año 2014.

## 5. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LOS APR

El máximo intérprete de la Constitución argumenta que el APR tiene una naturaleza tributaria y que, como todo tributo, se encuentra sometido a la observancia de los principios constitucionales reconocidos en el Artículo 74º de la Constitución (legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y los derechos fundamentales), los cuales constituyen límites de observancia obligatoria para el legislador<sup>21</sup>. La posición del Colegiado se apoya precisamente en la definición de lo que se entiende por tributo; es decir, aquella obligación jurídicamente pecuniaria, *ex lege*, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley" (Ataliba 1987: 37). A partir de esta definición, se hace posible establecer los elementos constitutivos de todo tributo, como son los siguientes: (i) su creación por ley; (ii) la obligación basada en el *ius imperium* del Estado; y (iii) su carácter coactivo, distinto a una sanción por acto ilícito<sup>22</sup>

Al respecto, los elementos señalados se pueden observar en el Artículo 10º de la Ley N° 27332<sup>23</sup>, que establece que los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito un aporte por regulación que no podrá exceder del 1% del valor de facturación anual, deducido el impuesto General a las Ventas y el de Promoción Municipal, de las empresas. El aporte, será fijado en cada caso mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de ministros, refrendado por el presidente del Consejo de Ministros, así como por el ministro de Economía y Finanzas.

De esta manera, los APR recaudados por los organismos reguladores son obligaciones de pago que tienen como fuente a la ley y poseen una naturaleza coactiva, por lo que su incumplimiento da lugar a la aplicación de sanciones e intereses previstos en el Código Tributario<sup>24</sup>. El Artículo 10º de la Ley N° 27332 establece el supuesto que origina el deber de pagar este aporte, como es la actividad de supervisión y regulación; es una disposición de carácter general, pues mediante ella se crearon diversos y similares aportes para los organis-

21 Véase el Expediente N° 3303-2003-AA/TC.

22 Véase el Expediente N° 3303-2003-AA/TC.

23 Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

24 Conforme se establece en el Decreto Supremo N° 004-2002-PCM, que derogó el Decreto Supremo N° 114-2001-PCM.

mos reguladores. Por eso, el Tribunal Constitucional considera que si bien de una simple lectura del Artículo 10º se establece las características generales del sujeto pasivo del aporte han sido determinadas por ley, ello, no resulta tan evidente, toda vez que a su criterio, la fijación del aporte es el único caso de derivación de un elemento esencial del tributo al reglamento; es decir, la alícuota del tributo que es un tope establecido en la propia ley.

El Tribunal Constitucional precisa además que la reserva de ley en materia tributaria se admite siempre y cuando los parámetros estén establecidos en la ley. De igual manera, el Colegiado indica que el grado máximo de concreción de los elementos esenciales del tributo en la ley se producirá cuando regula el hecho imponible, y será menor cuando se trata de otros elementos, pero en ningún caso podrá aceptarse la entrega de un “cheque en blanco” de facultades al poder ejecutivo para que esté habilitado a regular la materia<sup>25</sup>. En consecuencia, cuando el Artículo 10º de la Ley N° 27332 establece que “[l]os Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, , se trata de una remisión legal admitida, pues no equivale a una habilitación en blanco al reglamento, dado que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota creada por ley, pero solo bajo los parámetros que la misma ley le confiere, sin excederse del tope del 1%.

### 5.1 El APR no afecta el principio de no confiscatoriedad de los tributos

Sobre este tema, El Tribunal Constitucional, argumenta que se trata de un principio que no solo informa, sino que limita el ejercicio de la potestad tributaria, constituyendo un mecanismo de defensa de los derechos constitucionales, como el derecho de propiedad, que evita que los efectos de ley tributaria puedan afectar, de modo irracional y desproporcionado, la esfera patrimonial de las personas. Por eso, se encuentra también relacionado con el derecho de igualdad en materia tributaria; es decir, con el principio de capacidad contributiva, por el cual el reparto de los tributos ha de realizarse con justicia distributiva, es decir, “igual a los iguales y desigual a los desiguales”. En resumen, las cargas tributarias deben recaer donde exista riqueza que deba ser gravada, lo que implica tener en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes<sup>25</sup> (Sotelo 2011: 290).

25 Véase el Expediente N° 3303-2003-AA/TC.

25 Con relación a la naturaleza de los tributos, además de una importancia cuantitativa, gozan también de una relevancia cualitativa, precisamente por los efectos que puede generar tanto en la realización de la justicia como de la equidad. También por sus efectos distributivos en el conjunto de la sociedad, por el papel que cumple en las democracias contemporáneas y por su grado de influencia en preferir determinados servicios públicos en un Estado Social y Democrático de Derecho, así como el cambio de conductas que puede generar en los ciudadanos en una sociedad de mercado.

Por otro lado, el mismo Colegiado nos dice que el principio de no confiscatoriedad también tiene una función institucional, pues con su observancia se puede asegurar que los principios que inspiran la llamada “Constitución económica” (el pluralismo económico, la propiedad o la libertad de empresa) no se encuentren en la práctica vaciados de contenido cuando ejerza la potestad tributaria estatal<sup>27</sup>. Es así que el principio de no confiscatoriedad de los tributos constituye un pilar estructural de la también llamada “Constitución tributaria”, establecida en la Carta de 1993. Es decir, todo un parámetro de observancia que impone la constitucionalidad a los órganos que ejercen la potestad tributaria para que respeten un conjunto de exigencias mínimas que se derivan a su vez de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, de acuerdo con los principios que inspiran nuestro Estado Democrático de Derecho, se afectaría el principio de no confiscatoriedad cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado bajo un orden constitucional respetuoso de la propiedad y los principios que inspiran nuestra llamada Constitución económica<sup>28</sup>. Se debe tener en cuenta que todos los tributos inciden, de una manera u otra, sobre la propiedad; incluso cuando se gravan las rentas o utilidades, como ocurre con el impuesto a la renta, pues dichas rentas forman parte del patrimonio del contribuyente y la propiedad. En ese sentido, también es una manifestación de riqueza susceptible de poder ser gravada. Por eso, como sostiene el Tribunal, el problema no consiste en determinar si un impuesto puede o no gravar la propiedad, sino en establecer el monto que no resulte lesivo al pleno ejercicio del derecho<sup>29</sup>.

## 5.2 Los criterios a tener en cuenta para precisar la confiscatoriedad

El máximo intérprete constitucional argumentó en su sentencia N° 2727-2002-AA/TC, que el principio de no confiscatoriedad no siempre puede ser precisado en términos generales y abstractos, pues debe ser analizado para cada caso, considerando la clase de tributo, así como las concretas circunstancias de los contribuyentes obligados a sufragarlo. Por eso, para lograrlo se hace necesario tener claro dos aspectos. El primero de ellos es que las contribuciones son tributos vinculados; es decir, su obligación social es producto de los beneficios derivados de la realización de obras públicas

27 Véase el Expediente N° 2727-2002-AA/TC (Fundamento jurídico 4)

28 Véase el Expediente N° 2727-2002-AA/TC (Fundamento jurídico 5)

29 Véase el Expediente N° 2727-2002-AA/TC (Fundamento jurídico 6).

o de actividades estatales. Por lo tanto, la razón de su cobranza no surge en función a su capacidad contributiva, sino por el beneficio, ya sea real o potencial, que pueda obtenerse de la actividad reguladora que brinda el Estado.

La generación de utilidades y pérdidas en una empresa se encuentra más relacionada con la explotación racional del negocio, lo cual es distinto a la obligación del pago de una contribución para la debida fiscalización y supervisión de los recursos ambientales. Por ello, como segundo aspecto a considerar, la confiscatoriedad no se determina mediante el establecimiento de un límite absoluto para todos los casos, dada su variabilidad en el tiempo y las circunstancias, pues se necesita una comprobación que no se circunscribe a uno o dos meses de facturación. Por lo tanto, resulta necesario verificarlas fluctuaciones en distintos periodos consecutivos para poder determinar si la contribución afecta o no, razonablemente, el derecho de propiedad<sup>30</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El final de la Segunda Guerra Mundial dio paso a una nueva sensibilidad hacia los derechos humanos, que también se hizo extensiva a los llamados derechos de tercera generación, o de solidaridad, entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, podemos afirmar que se está generando una nueva visión que, entre otras consecuencias, ha producido una revisión al clásico principio “el que contamina, paga”, por otro más contemporáneo, acorde con esa nueva sensibilidad, y que podría ser “de prevención al daño”; es decir, un principio que tiene la finalidad de no esperar a que se produzca una afectación, parcial o irreparable, al medio ambiente, sino que busca realizar su adecuada protección y conservación para el disfrute de las generaciones futuras, pues se tratan de derechos con intereses difusos. En ese sentido, dado que nos encontramos con la garantía de un derecho que exige mayor gasto público para lograr su efectiva conservación durante el tiempo, los APR se convierten en el medio para poder cumplir con la supervisión y fiscalización a las empresas que gozan de una concesión para la explotación de los recursos ambientales.

30 Véase el Expediente N° 1520-2004-AA/TC.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARA, Ignacio  
1990 *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- ATALIBA, Geraldo  
1987 *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario
- CAILLAUX, Jorge  
2013 *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Segunda edición. En GUTIERREZ, Walter (director). Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- CANOSA, Raúl  
2004 "Constitución y medio ambiente". *Constitución y Derechos Humanos*. Lima, 2004, N° 1, pp. 232-253.
- CASTILLO, Luis  
2007 *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores.
- DE CASTRO, Benito  
1991 "La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948". *Persona y Derecho*. Navarra, 1991, N° 25, p. 28.
- GROSS, Héctor  
1991 "Los problemas actuales de los Derechos Humanos". *Derechos Humanos*. Lima, 1991, Instituto Peruano de Derechos Humanos, pp. 18.
- SOTELO, Eduardo  
2011 "Comentario al Artículo 74 de la Constitución de 1993". En GUTIERREZ (director). *La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.

# **RIESGO, AMBIENTE Y SOCIEDAD. FUNDAMENTOS DEL APORTE POR REGULACIÓN**

**IVÁN LANEGRA QUISPE**

## **SUMARIO**

¿Por qué determinadas actividades económicas deben asumir el costo de las acciones que realice el Estado para fiscalizarlas? El presente ensayo intenta dar respuesta a dicha interrogante. Con este fin, se partirá explicando de qué trata la gestión del riesgo ambiental en el marco del principio de prevención recogido en la Ley General del Ambiente. Luego, se discutirán los criterios para definir quién debe asumir dichos costos en el contexto del principio de internalización de costos. Finalmente, se aplicarán estos principios al caso de la fiscalización ambiental y al denominado *aporte por regulación*.

1. La gestión del riesgo ambiental 2. Los costos de la gestión del riesgo ambiental 3. Conclusiones

## **1. LA GESTIÓN DEL RIESGO AMBIENTAL**

No existe una noción de *riesgo* unitaria y general, con aceptación en todos los ámbitos. Una aproximación nos permite ligarla a una situación de inseguridad que es posible controlar (o, en otras palabras, calcular); es decir, es factible hacer algo frente al peligro (López y Luján 2000: 22-23). Cuando el Estado es quien *hace algo*, entonces ingresamos al campo de la regulación y las políticas públicas.

Un segundo componente –derivado de Niklas Luhmann– considera que el riesgo, para ser tal, no debe derivar de situaciones que no puedan ser atri-

buidas a la sociedad; en otras palabras, el riesgo es una consecuencia de la propia actuación –u omisión– humana. Implica, por lo tanto, que alguien haya tomado una decisión; en tal sentido, es posible gestionarlo. En cambio, una catástrofe natural –como un terremoto– no constituye en sí misma un riesgo; es más bien una amenaza. Por el contrario, la caída o no de un edificio como producto del terremoto, sí es un riesgo (López y Luján 2000: 23).

Por otra parte, desde un enfoque técnico, la distinción entre riesgo e incertidumbre es bastante conocida. Riesgo alude a la situación en la cual no existe un solo resultado posible derivado de una determinada acción. No obstante, sí se conoce cuáles son los posibles resultados. Y también se conoce las probabilidades de que cada uno de dichos resultados pueda materializarse. Si se lanza una moneda al aire, no existe un solo resultado posible, puede salir cruz o cara; no obstante, cada posible resultado tiene una probabilidad del 50% de producirse. De manera similar, no se conoce cuál será el nivel de daño que genere en una persona concreta la exposición a una sustancia contaminante; sin embargo, sí se sabe cuál es la probabilidad de que sufra un determinado nivel de daño. El riesgo objetivo –que aplican por ejemplo las aseguradoras– resulta de multiplicar la probabilidad de la ocurrencia de un hecho por la magnitud de los efectos del mismo. En cambio, la incertidumbre implica, en primer lugar, un desconocimiento sobre la probabilidad de que se produzcan los posibles resultados. Se sabe que algo puede ocurrir, pero se desconoce la probabilidad de que ello suceda. Una condición de mayor duda se produce cuando caemos en la ignorancia, en la que ni siquiera están claros los posibles resultados, pues se desconoce qué efectos tendrá la interacción entre las distintas variables (López y Luján 2000: 65-66 y 100-101).

La sociedad industrial y tecnológicamente avanzada de nuestros días es una *sociedad del riesgo*. Aunque variados desastres naturales sigan siendo importantes amenazas, muchos de los principales problemas que enfrentan las sociedades actuales son riesgos, es decir, se piensa que su existencia –o magnitud– deriva de decisiones humanas (Beck 2008: 25-30). Por ello, los estados contemporáneos han construido una compleja red de instituciones con el propósito de gestionar dichos riesgos. En tal sentido, Beck refiere que la sociedad del riesgo refleja la situación que se presenta en el siglo XX con la aparición de riesgos que escapan de los alcances de dichas instituciones, como es el caso de la crisis ecológica (2008: 24-25). El derecho ambiental es tributario de dichos esfuerzos y de sus limitaciones.

Dos cuestiones debieron resolverse en este proceso. En primer lugar, era necesario desarrollar los mecanismos que permitieran hacer mesurables los riesgos. De otro lado, debía definirse una distribución justa de las consecuencias

de las decisiones industriales (Beck 2008: 24). En este orden de ideas, la justicia ambiental no es sino un caso especial de distribución de beneficios, riesgos y daños medioambientales en una comunidad política (Hardin, Stone y Rose 2009: 16). No obstante, estos últimos han sido normalmente considerados como consecuencias no deseadas de procesos de signo positivo, como el crecimiento económico y la industrialización (Beck 1998: 66-68). Lo particular de la situación actual es el aumento de los riesgos, la incertidumbre, y los problemas de las instituciones basadas en la prevención y en el cálculo del riesgo para enfrentarlos.

Por otro lado, existen al menos tres cuestiones éticas –que son igualmente políticas y jurídicas– derivadas de lo anterior. En primer lugar, es crucial discutir quién y bajo qué criterios se puede definir los riesgos y establecer cuáles no lo son. En segundo lugar, se debe establecer quién puede, y bajo qué reglas, evaluar cada riesgo. Finalmente, también se necesita definir cuáles son las condiciones bajo las cuales es éticamente aceptable imponerle riesgos a la sociedad (Álvarez 2009: 316). En este sentido, aunque es crucial tomar en cuenta el conocimiento y las herramientas que ofrece la ciencia y la técnica –enfoque tecnocrático– no es posible dilucidar las tres cuestiones planteadas con una perspectiva solo técnica. Esto es así porque, en primer lugar, cuando haya que realizar juicios de valor, estos deberían depender de procesos democráticos –en particular si nos autocalificamos de democracia–. En particular, porque los riesgos no afectan a toda la sociedad por igual. En segundo lugar, porque la implementación de las decisiones que el Estado adopte requiere del apoyo y la confianza pública para poder funcionar exitosamente (Sunstein 2006: 391-392).

Finalmente, dado el limitado conocimiento sobre el funcionamiento de los ecosistemas así como de sus complejas relaciones con los factores humanos, el derecho ambiental ha debido considerar dos situaciones diferentes. Por un lado, en las situaciones de certeza y de riesgo, procura tomar las medidas necesarias para impedir el daño, interviniendo sobre aquellas acciones humanas que producirán efectos negativos o que podrían tener una probabilidad significativa de hacerlo. Es el campo del principio de prevención. Para la incertidumbre llana, el otro campo, el derecho ambiental desarrolló el principio precautorio. A continuación, se detallará solo al primero de los principios<sup>1</sup>.

De acuerdo con la Ley General del Ambiente (en adelante la LGA), el diseño, aplicación, interpretación e integración de las normas ambientales –sean

---

1 Una discusión sobre el principio precautorio puede encontrarse en Lanegra (2010).

nacionales, regionales o locales– se realizan siguiendo los principios, lineamientos y normas contenidas en la propia ley y, en forma subsidiaria, en los principios generales del Derecho. Aunque el término principio tiene, desde el punto de vista jurídico, un carácter polisémico, puede ser definido como concepciones o convicciones generales que inspiran el ordenamiento jurídico, por lo que facilitan al juez la toma de decisión cuando no hay norma aplicable al caso concreto, orientando la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y siendo al mismo tiempo el fundamento doctrinal de la propia norma positiva (Rojas 2004: 133-135). La función de orientación de la interpretación es recogida en la propia LGA además de la de integración de las normas ambientales. A esto debe añadirse que los principios indicados constituyen la propia base doctrinaria de la LGA.

La LGA ha reunido los principios en su Título Preliminar. Uno de ellos, formulado en su Artículo VI, es el principio de prevención. De acuerdo con dicho principio, la gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. A continuación, y de forma subsidiaria, el artículo señala que cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, deberán adoptarse las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

Siguiendo a Vázquez García, el énfasis preventivo constituye uno de los caracteres centrales del derecho ambiental. A este le interesa sobre todo la prevención del daño ambiental y, en caso de que este se genere, le interesa que cese a la brevedad posible y que se restablezcan las condiciones anteriores a su ocurrencia (Cafferatta 2004: 41). En línea con ello, la LGA recoge un orden de actuación para la gestión pública en general, que involucra naturalmente a las funciones de fiscalización. La prioridad la tiene la prevención del daño. Solo si dichos esfuerzos fallaran, toca primero buscar la remediación, buscando que las cosas regresen a la situación previa al hecho dañino. Y solo si esto fallara, las autoridades –y los demás actores involucrados– deben acudir a la compensación ambiental.

En síntesis, la gestión ambiental a cargo del Estado debe regular riesgos ambientales. Esto es así porque no le interesa primordialmente constituirse en un sistema de reparación y eventual indemnización de daños ambientales, ni en un mero sistema que penalice las conductas ilegales que llevaron a dichos daños, es decir, no es gestión de daños sino de riesgos. Se ingresa al campo de la probabilidad y, en algunos casos, de la incertidumbre.

La fiscalización ambiental, en este marco, debe ser entendida en principio como una herramienta de prevención, es decir, su diseño debe estar orienta-

do a evitar la producción del daño. Las medidas correctivas o sancionadoras deben ser entendidas principalmente como incentivos para adoptar conductas adecuadas ambientalmente. Desde luego, esto debe implicar, de ser necesario, el uso de dichas herramientas, siguiendo el orden de prelación establecido en el principio de prevención recogido por la LGA.

La gestión del riesgo no es una tarea simple. Implica esfuerzos de fiscalización y generación de incentivos que, de un lado, alienten las buenas prácticas y, de otro, eviten –y eventualmente castiguen– la evasión de las obligaciones ambientales. Todo esto se traduce en costos para la administración.

## 2. LOS COSTOS DE LA GESTIÓN DEL RIESGO AMBIENTAL

La cuestión de los costos de gestión ambiental –incluyendo a la fiscalización– constituye parte de un problema político de mayor alcance: la distribución de los costos y beneficios del desarrollo económico en términos ambientales. ¿Quién paga el costo ambiental de la gestión de los riesgos y de los daños? ¿las propias empresas productoras, los consumidores que lo generan, o el Estado? (Cafferatta 2004: 183)

Cano sostiene que la carga del costo, tanto de la prevención como de la corrección del deterioro ambiental, si bien en primer término es un tema de índole económica y financiera –y también política, en tanto obliga a adoptar prioridades– es una cuestión que requiere institucionalizarse en el marco del derecho ambiental (Cafferatta 2004: 183). Esto ha ocurrido a través del denominado principio de internalización de costos, conocido también como *contaminador-pagador*.

La LGA ha desarrollado este principio en el Artículo VIII de su título preliminar. Conforme se desprende de su texto, “toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente”. La norma es muy precisa en referirse a ambos aspectos. Por lo tanto, la internalización de costos en el Perú incluye expresamente las acciones de gestión del riesgo en el marco del principio de prevención. Si esto no fuera claro, a continuación el mismo artículo señalado indica que el costo de las acciones de prevención y vigilancia relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos. Nótese la referencia expresa al concepto de *vigilancia*, el cual alude directamente a los instrumentos de fiscalización ambiental.

Citando a Trigo, el principio de internalización de costos obliga a los responsables de la generación del riesgo o daño soportar las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental. Esto es en principio una reacción frente a prácticas en las cuales se externalizaban los costos ambientales, tratándolos como “costos sociales” –en la práctica, un subsidio social a las actividades económicas–. Por lo tanto, estos no eran incluidos dentro de la estructura de costos de las actividades productivas, o dicho de otra manera –en línea con lo discutido hasta este punto– quién crea el riesgo ambiental es el que debe cubrir el costo de su gestión, sin que ello sea óbice para que, en forma concurrente y complementaria, pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo la solidaridad (Cafferatta 2004: 39).

En su carácter preventivo, el principio que se analiza incentiva a los agentes económicos –y a la sociedad en general–, en especial a las industrias, incluyendo las extractivas, a valorizar el uso de los recursos ambientales, de tal forma que diseñe y gestione sus actividades sobre la base de costos reales que no dejen de lado las externalidades ambientales. El éxito en la aplicación de este principio debería redundar en una menor presión de uso sobre aquellos recursos o bienes ambientales más vulnerables. Esto puede lograrse ya sea por la menor explotación de dichos bienes o por la utilización de tecnologías apropiadas que eviten su deterioro. Desde luego, de manera alguna el principio puede entenderse como una licencia para pagar un precio por contaminar, cuestión que colisionaría con el principio de prevención (Muñoz 2004: 173).

Estas mejoras tecnológicas pueden, además, ser beneficiosas para la competitividad de las actividades económicas en el mediano y largo plazo. Varios estudios han puesto de manifiesto la posibilidad de reducir costos –y ser más competitivos– como resultado de las mejoras de las capacidades tecnológicas empresariales orientadas a alcanzar los objetivos medioambientales. Stuart Hart argumenta que un enfoque de prevención de los daños ambientales lleva a estrategias que generan, a su vez, determinadas capacidades organizativas que están en relación con la minimización de los costos empresariales. Esto ocurre porque las nuevas inversiones que deben realizar las empresas en mejora de sus procesos tecnológicos implican en el mediano y largo plazo, un ahorro que puede incrementar la productividad y eficiencia. Esto debido a que los nuevos procesos conllevan una reducción por eficiencia en el uso de los insumos y, en consecuencia, de menores residuos. Del mismo modo, dejar de pagar multas, así como reducir la carga que implican las medidas correctivas e indemnizatorias forma parte de estos ahorros –esto, claro está, si los mecanismos de sanción y de responsabilidad por daño ambiental son eficaces–. Por lo tanto, estas acciones medioambientales orientadas a internalizar los costos y prevenir daños relativos al proceso productivo pueden

hacer disminuir los costos de las empresas y, al mismo tiempo, permitir que estas reduzcan sus impactos medioambientales negativos (Ferrón, Aragón y Vidal 2011: 120-121).

No obstante, la internalización de costos en cuestión de riesgos ambientales presenta varias dificultades adicionales. En primer lugar, no todas las actividades generan riesgos similares. Por lo tanto, es posible que los gastos de la autoridad generados para trasladar los costos de la fiscalización ambiental a ciertas actividades de bajo riesgo sean más altos que el costo de la acción fiscalizadora. Por el contrario, aquellas actividades que impliquen para la fiscalización ambiental acciones más complejas y onerosas requieren de mecanismos específicos de captación de recursos. Ese es precisamente el caso del denominado aporte por regulación que las industrias extractivas deben pagar a favor del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

En este punto, también se afronta una nueva dificultad. La gestión del riesgo implica actividades que no pueden ser medidas solo respecto de una determinada empresa. Incluso, en el marco de la regulación moderna, la regulación está sometida a sistemas aleatorios de vigilancia y control. De otro lado, es crucial contar con una infraestructura institucional permanente que debiera ser sostenida a través de estos mecanismos. ¿Por qué? Porque de lo contrario la calidad de la gestión del riesgo podría verse debilitada. Esto, como hemos visto, no implica que la fiscalización y la regulación en general dependan únicamente de dichos recursos. Siempre debe exigirse que las actividades generadoras de los riesgos ambientales asuman los costos de la fiscalización ambiental así como de sus condiciones institucionales. Sin perjuicio de ello, el fuerte interés social detrás de dicha función debe expresarse adicionalmente en transferencias provenientes del tesoro público. Ambas fuentes de ingreso permitirán fortalecer la fiscalización y asegurar la autonomía del fiscalizador ambiental.

### **3. CONCLUSIONES**

El aporte por regulación, entendido como la contribución económica que un sector de las actividades productivas y extractivas que generan riesgos relevantes en materia ambiental debe transferir al Estado a fin de financiar los costos de la fiscalización ambiental, constituye una medida que deriva directamente de los principios del derecho ambiental reconocidos por nuestra legislación.

Por lo tanto, eliminar el aporte por regulación –en tanto institución– constituiría una acción absolutamente inaceptable, una medida que debería ser rechazada por ir en contra de los principios del derecho ambiental recogidos en la LGA. La fiscalización ambiental es una actividad vital para el éxito de

la regulación. Desde luego, hay que mejorarla para hacerla más preventiva y promotora de buenas prácticas –incentivos–. Sin embargo, pagar el costo de la fiscalización –lo que incluye el concepto de riesgo ambiental en toda su complejidad– es un principio de justicia elemental que no admite excepción.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Francisco

2009 “A grandes males, pequeños remedios: la gestión del riesgo”. En LUJÁN, José Luis y Javier ECHEVARRÍA (editores). *Gobernar los riesgos. Ciencia y valores en la sociedad en riesgo*. Madrid: OEI, pp. 311-325.

BECK, Ulrich

2008 *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós.

CAFFERATTA, Néstor

2004 *Introducción al derecho ambiental*. México D.F.: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

FERRÓN, Vera et al.

2011 “La Internalización de los costes medioambientales en el transporte de mercancías por carretera”. *Cuadernos de gestión*. Vol. 11. Nº 1, pp. 117-139.

HARDIN, Garrett et al.

2009 *Derecho ambiental y justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.

LANEGRA, Iván

2010 “La regulación de la incertidumbre: un análisis crítico del principio precautorio”. *Derecho & Sociedad*. Lima, Año XXI, Nº 35, pp. 99-103.

LÓPEZ, José y José Luis LUJÁN

2000 *Ciencia y política del riesgo*. Madrid: Alianza Editorial.

MUÑOZ, Macarena

2004 “El principio “quien contamina paga” a la luz de la legislación medioambiental chilena”. *Revista de Derecho*. Santiago de Chile, diciembre del 2014, N° 12, pp. 159-174.

ROJAS, Claudia María

2004 *Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SUNSTEIN, Cass

2006 *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medioambiente*. Buenos Aires: Katz.

# **RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS APORTES POR REGULACIÓN EN LOS SECTORES DE ENERGÍA Y MINERÍA A FAVOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

**ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO**

## **SUMARIO**

El presente artículo tiene por finalidad analizar el aporte por regulación, abordando sus antecedentes, su evolución y sus efectos en el ordenamiento jurídico peruano. Para lograr tal objetivo, se aborda su naturaleza jurídica como tributo; el ámbito de aplicación, específicamente en el cumplimiento de las funciones de los organismos reguladores. Posteriormente, se plantea el estudio del aporte por regulación en el ámbito del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), revisando las particularidades de la entidad pública en mención.

1. Introducción 2. El Aporte por Regulación 3. El Aporte por Regulación a favor del OEFA 4. Conclusiones.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El aporte por regulación es una figura jurídica de gran relevancia adoptada en el Perú, debido a que permite la colaboración de agentes privados en el financiamiento de determinadas entidades públicas que asisten a diversas industrias.

La referida contribución, aporte por regulación, se basa en que los agentes privados que realizan los aportes se favorecen de un beneficio diferenciado por parte de las entidades públicas.

En atención a lo señalado, el objetivo del presente estudio es analizar la justificación de los aportes por regulación; analizar sus antecedentes; y, finalmente, revisar su impacto en torno al OEFA.

En función del objetivo mencionado, este trabajo ha sido estructurado en cuatro secciones que permitirán desarrollar adecuadamente la aplicación de los aportes por regulación a favor del OEFA. En ese sentido, en las dos primeras, se busca realizar una aproximación general sobre los aportes por regulación, revisando su naturaleza jurídica y los principios aplicables al mismo.

En la tercera sección se analiza la aplicación de los aportes por regulación a favor del OEFA, considerando sus antecedentes, las generalidades y las particularidades en relación con las actividades de hidrocarburos líquidos y minería.

Finalmente, en la última sección, se proponen las conclusiones del estudio realizado respecto de los aportes por regulación en favor del OEFA, atendiendo a la normativa, doctrina y jurisprudencia revisada.

## **2. LOS APORTES POR REGULACIÓN**

En el presente apartado, se busca identificar y analizar los fundamentos jurídicos del aporte por regulación desde una perspectiva general; para ello, se plantea profundizar en su naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y en los principios aplicables al mismo.

### **2.1. Naturaleza jurídica del aporte**

#### **2.1.1. Planteamiento del tema desde un primer nivel de análisis**

El aporte por regulación –que en el ordenamiento jurídico peruano ha sido identificado como un tributo– tiene como finalidad el cumplimiento de las funciones otorgadas, en principio, a los organismos reguladores.

Dicho tributo se introduce en el ordenamiento jurídico peruano mediante el Artículo 10º de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores, publicada en el año 2010, en el cual se establece:

- i) Los Organismos Reguladores estarán habilitados para percibir un aporte por regulación;
- ii) El aporte por regulación no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual (deducido del Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal); y,
- iii) Los sujetos obligados son las empresas bajo el ámbito de cada Organismo Regulador.

De acuerdo con la norma citada, se pueden identificar tres elementos esenciales: (i) las entidades beneficiarias del aporte: los organismos reguladores;

(ii) el valor del aporte: igual o menor al uno por ciento (1%) de la facturación anual; y, (iii) los sujetos afectados por el referido aporte: empresas en el ámbito de los sectores regulados.

En este sentido, conociendo cuál es la base normativa de los aportes por regulación, resulta pertinente identificar la finalidad de estos. En efecto, con dicho tributo se ha buscado que los organismos reguladores cuenten con un financiamiento brindado por las propias empresas fiscalizadoras.

El referido aporte económico es brindado por las empresas que se encuentran dentro del ámbito regulatorio de cada organismo regulador, debido a que se entiende que el funcionamiento adecuado de los reguladores beneficia a los agentes económicos que forman parte de cada industria regulada.

Cabe precisar que si bien la adecuada realización de sus funciones por parte de los organismos reguladores redundará en un beneficio, tanto para las empresas reguladas, como para los usuarios y el Estado. No resulta ser el mismo para los tres actores mencionados. En efecto, se presenta un beneficio diferenciado para los agentes que se favorecen de la actuación del organismo regulador correspondiente (Torres 2012: 277).

El beneficio diferenciado se justifica en la adecuada ejecución de las funciones que tienen a su cargo los organismos reguladores (función normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, de solución de controversias y reclamos de usuarios), lo que permite que las actividades realizadas por las empresas, se mantengan en un marco normativo apropiado para cada actividad, así como una correcta atención y ejecución del mismo.

Al respecto, se debe precisar que la Ley Marco de los Organismos Reguladores, al realizar las disposiciones correspondientes al aporte por regulación, “no establece diferencias entre las distintas actividades comprendidas bajo el ámbito de los organismos estatales llamados reguladores” (De la Vega 2003: 32).

A manera de ejemplo, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), conforme a la Ley Marco de Organismos Reguladores y el Decreto Supremo N° 017-2001-PCM - Reglamento General de SUNASS, tiene por objeto –en el marco de la prestación de servicios de saneamiento–cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, inversionistas y usuarios. En ese sentido, en atención al cumplimiento de sus funciones (función normativa, de regulación, entre otras), ofrece un marco normativo coherente, en el que participen y se beneficien las empresas interesadas.

Considerando lo expuesto, respecto a la base normativa general de los aportes por regulación y la finalidad de estos, resulta necesario atender a su carácter tributario de contribución, dejando de lado las categorías de tasa e impuesto.

Al respecto, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico peruano no recoge una definición de tributo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 3303-2003-AA/TC, estableció que los elementos esenciales de un tributo son: (i) su creación por ley; (ii) la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado; y (iii) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.

En ese sentido, se debe atender a lo señalado por Ataliba, quien define el tributo como una obligación jurídica pecuniaria, *ex lege*, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por la voluntad de la ley (1987:37).

En atención a lo expuesto, y de la revisión del Artículo 10° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, se podrá identificar, efectivamente, que se presentan los tres elementos antes señalados; y que de este modo se reconoce la naturaleza jurídica tributaria de los aportes por regulación.

Por ello, considerando la naturaleza tributaria del aporte por regulación, cabe señalar cuál es el hecho imponible que se presenta en el aporte por regulación. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada anteriormente, señaló que el hecho imponible en abstracto comprende: (i) la descripción del hecho gravado, (ii) el sujeto acreedor y deudor del tributo, y (iii) el lugar de su acaecimiento.

Conforme se puede observar de la revisión del Artículo 10° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, se identifica cada uno de los elementos referidos al hecho imponible; por lo que es necesario señalar que los elementos que hayan sido determinados de manera abstracta resultarán precisados mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro de Economía y Finanzas. Esto último se justifica en virtud de la remisión excepcional recogida en dicha norma, que, a su vez, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló la constitucionalidad de la remi-

sión legal recogida en el Artículo 10º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, debido a que no se trata de una habilitación en blanco; por el contrario, únicamente le permite a los organismos reguladores establecer el valor de la alícuota, atendiendo al tope de 1% (uno por ciento) determinado por ley. Y, es en atención a lo expuesto, que se verifica el cumplimiento de la reserva de ley aplicable en materia tributaria, la cual implica una determinación constitucional que impone la regulación, solo por ley, de ciertas materias (Landa 2006: 41).

Además, en la sentencia referida, el Tribunal Constitucional precisa que habiéndose considerado que los aportes por regulación resultan ser contribuciones, se fundamentan en el beneficio real o potencial que pueda obtenerse, en este caso, de la actividad reguladora que brinda el Estado. De igual modo, el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 00416-1-2009, señaló:

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 aquéllas, éstos 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.

En atención a lo señalado por el Tribunal Fiscal, se puede resaltar que la contribución realizada por las empresas (que se favorecen del beneficio diferenciado) no se refiere solo a la regulación económica –aspecto que se desarrollará más adelante– de los organismos reguladores; por el contrario, se refiere también a las diversas actividades que realizan en el ámbito de su competencia, incluyendo las actividades de supervisión.

### **2.1.2. Planteamiento del tema desde un segundo nivel de análisis**

Partiendo de lo señalado previamente, se debe atender que el aporte por regulación tiene por finalidad contribuir al financiamiento de la actividad regulatoria en los sectores de energía, telecomunicaciones, saneamiento, infraestructura de transporte y, posteriormente, minería. En ese sentido, debe tomarse en cuenta que los organismos reguladores cumplen diversas funciones: normativa, regulatoria (establecimiento de tarifas), supervisora, fiscalizadora; así como de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios.

En este punto, resulta importante advertir que las funciones antes referidas no son realizadas exclusivamente por los organismos reguladores, toda vez que existen funciones, como la normativa o supervisora, en las que se precisa la actuación de otras entidades públicas, como es el caso de los ministerios, sin que ello implique un conflicto de competencias.

En efecto, en el caso del sector eléctrico, si bien se contempla una contribución a favor del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), no es esta la única entidad que se ve beneficiada por la contribución, toda vez que la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, órgano del Ministerio de Energía y Minas encargado de la función normativa de la industria de electricidad, también percibe una contribución por parte de las empresas participantes de la referida industria<sup>1</sup>.

Asimismo, conforme las normas citadas previamente, mediante Decreto Supremo N° 136-2002-PCM se establecen las disposiciones referidas a los aportes de empresas y entidades de los subsectores electricidad e hidrocarburos en el marco de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, entre las cuales se dispone que el 0,35% de su facturación mensual esté dirigida a la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas.

Al respecto, Darnaculleta señala que si bien la regulación desde un punto de vista económico solo se refiere al aumento de la eficiencia económica; por el contrario y de manera más acertada, la doctrina alemana señala que mediante la regulación también resulta posible atender a fines extraeconómicos; ello, en virtud de que el cambio de paradigma de un Estado prestacional por uno regulador, en ningún supuesto, puede significar desatender las obligaciones que constitucionalmente han sido impuestas a los poderes públicos (2009: 368). De esta manera, la necesidad de participación del Estado desde la regulación no podrá circunscribirse a la regulación económica (eficiencia económica), debido a que las finalidades que el propio Estado se ha impuesto no tienen como objetivo solo el bienestar económico.

---

1 Ello se desprende de lo señalado en el Inciso g) del Artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas y el Artículo 234° del Decreto supremo N° 009-93-EM - Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, normas mediante las cuales se dispone que las empresas pertenecientes a la industria de electricidad se encuentran obligadas a contribuir al sostenimiento de las entidades públicas que participen directamente en la industria.

En ese sentido, Ariño expone que la evolución del Estado de la gestión a la regulación supone que el Estado participe, entre otras formas, como regulador, árbitro y supervisor (2004: 154), por lo que la variación de un Estado gestor a un estado regulador, no solo atiende a una visión de regulación económica, sino que implica la intervención del Estado como un actor vigilante que continúe velando por el interés general, participando como un ente emisor de normas, supervisor y fiscalizador.

Por tanto, el aporte por regulación debe ser entendido como una contribución de a favor de los organismos reguladores, aportada por las empresas que se encuentren en el ámbito de cada uno de ellos, lo que, a su vez, tiene como finalidad que los mismos realicen las funciones que se le han sido conferidas en beneficio de la colectividad (considerando el beneficio diferencial de las empresas de cada sector), tanto por las normas especiales, como por la Ley Marco de los Organismos Reguladores.

## **2.2.    Ámbito de aplicación de los aportes por regulación**

Conforme se ha expuesto hasta esta parte, el aporte por regulación puede ser aplicado en los diversos sectores señalados en la Ley Marco de Organismos Reguladores y la normativa sectorial aplicable. En ese sentido, cabe precisar el ámbito de aplicación en cada uno de los sectores y las fuentes normativas aplicables adicionales en cada sector.

Respecto al aporte por regulación a favor de la Sunass, conforme a los artículos 1º y 64º de su reglamento general, el cual deberá ser realizado por las empresas que brinden el servicio público de agua potable. Cabe precisar, que mediante Decreto Supremo N° 105-2003-PCM se fijó la alícuota ascendente a 1% (uno por ciento) de la base imponible por concepto de aporte por regulación, la cual continúa vigente.

Por otro lado, el aporte por regulación a favor del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), conforme los artículos 1º y 97º del Decreto Supremo N° 008-2001 - Reglamento de OSIPTEL, deberá ser realizado por todas las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Su alícuota asciende a 0.5% de la base imponible, conforme al Decreto Supremo N° 103-2003-PCM, actualmente vigente.

Por su parte, el aporte por regulación a favor del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte Público (Ositran), conforme a los artículos 3º y 14º de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los

Servicios de Transporte Aéreo, deberá ser realizado por todas las entidades prestadoras (empresas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público); considerando una alícuota de 1% (uno por ciento) de la base imponible.

Asimismo, respecto al aporte por regulación aplicable a los sectores de energía y minería, se debe hacer una distinción debido a la participación de tres organismos públicos que reciben las referidas contribuciones: el Osinergmin, el Ministerio de Energía y Minas y el OEFA.

El aporte por regulación para Osinergmin es diferente para las diversas actividades que realizan la contribución. En ese sentido, se especificará la base normativa aplicable para las actividades de energía y minería.

Así, el aporte por regulación aplicable al sector de energía, conforme al Artículo 7º de la Ley de Fortalecimiento de OSINERGMIN - Ley N° 27699; y, el Decreto Supremo N° 127-2013-PCM, para el sector de electricidad, resulta aplicable a los concesionarios de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como a quienes desarrollan las actividades de generación mediante autorización; y, en hidrocarburos, a entidades y empresas del subsector hidrocarburos que realizan actividades de importación y/o producción de combustibles (incluyendo gases licuados de petróleo y gas natural), y entidades y empresas del subsector hidrocarburos, concesionarios de actividades de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos.

Por otro lado, el aporte por regulación aplicable al sector minero, de acuerdo con el Artículo 4º de la Ley N° 29901 - Ley que precisa las competencias del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería, y el Decreto Supremo N° 128-2013-PCM, alcanza a los titulares de las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del Osinergmin.

A continuación, se presenta un cuadro en el que se señalan las alícuotas correspondientes al Osinergmin, aplicables para los sectores de energía y minas durante los años 2014, 2015 y 2016:

OSINERGMIN Aportes por regulación				
Sector	Subsector	Año 2014	Año 2015	Año 2016
Energía	Electricidad	0,50%	0,51%	0,54%
	Hidrocarburos importación / producción	0,42%	0,38%	0,37%
	Hidrocarburos transporte / distribución	0,60%	0,58%	0,58%
Minería	Gran y mediana minería	0,21%	0,19%	0,16%

Fuente: Elaboración propia

El segundo organismo que participa en los sectores de energía y minas es el Ministerio de Energía y Minas, que recibe un aporte por regulación del subsector de electricidad, ascendente al 0.35% de su facturación mensual, y por parte del subsector de hidrocarburos (transporte y distribución), ascendente a 0.25% de su facturación mensual<sup>2</sup>.

Finalmente, respecto al aporte por regulación a favor del OEFA, es importante mencionar que tiene como fuente la Ley N° 30011 – Ley que modifica la Ley del Sistema Nacional Ambiental. Este será abordado con mayor detalle en la sección 3 del presente documento.

### 2.3. Principios relacionados a los aportes por regulación: principio de eficiencia

Conforme lo señalado previamente, puede afirmarse que son diversos los principios jurídicos que podrían ser aplicados a los aportes por regulación; no obstante, se atenderá únicamente al principio de eficiencia, ya que las entidades públicas se encuentran obligadas a realizar las funciones que se les han sido encomendadas; en ese sentido, el Estado le brinda el presupuesto necesario para ejecutarlas.

<sup>2</sup> Este dato es importante, ya que advierte que el aporte por regulación no necesariamente está vinculado a las funciones que desarrollan los organismos reguladores.

Al respecto, el Artículo IV de la Ley N° 28411- Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto señala que las entidades públicas deben cumplir con utilizar los créditos presupuestarios aprobados para la finalidad que hayan sido autorizados. Asimismo, conforme el Artículo X de la norma previamente referida, las políticas del gasto público deben ser ejecutadas mediante una gestión eficiente, eficaz, económica y de calidad.

En ese sentido, toda entidad pública deberá utilizar los créditos presupuestarios aprobados conforme la finalidad para la cual fueron aprobados, de manera tal que su uso se enmarque en una gestión eficiente, eficaz, económica y de calidad.

En atención a lo previamente afirmado, los organismos reguladores, los ministerios y el OEFA deben utilizar los aportes por regulación que reciben únicamente para cumplir con las finalidades de tales contribuciones (Vaquer 2011: 102), utilizándolos en el contexto de una gestión adecuada.

### **3. EL APORTE POR REGULACIÓN A FAVOR DEL OEFA**

En el presente apartado, se analizará el aporte por regulación a favor del OEFA; para ello, se utilizarán las nociones jurídicas desarrolladas previamente, se considerará el sustento del aporte por regulación a favor del Osinermin –a manera de antecedente–, y revisaremos la normativa aplicable a los aportes por regulación a favor del OEFA.

#### **3.1. El aporte por regulación en el Osinermin como antecedente**

El Osinermin, al igual que los demás reguladores, a partir de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, cuenta con una norma que estandarizó diversos aspectos de su funcionamiento, entre los cuales se encuentran sus funciones y su organización interna.

En ese sentido, como se ha mencionado líneas arriba, mediante el Artículo 10° del cuerpo normativo en mención, se reguló la figura del aporte por regulación aplicable a los cuatro organismos reguladores presentes en nuestro ordenamiento jurídico y los organismos públicos que correspondan.

En el caso particular del Osinermin, se emitió la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN la cual, en su Artículo 7°, estableció que la naturaleza del aporte por regulación correspondía a una contribución, siguiendo la línea de análisis que se ha realizado. No obstante, cabe señalar que no ha sido la Ley Marco de Organismos Reguladores la fuente normativa que reguló por primera vez el aporte por

regulación en el sector de energía.

En efecto, la Ley N° 23406 - Ley General de Electricidad, promulgada en el año 1982, en su Artículo 19°, creó la Comisión de Tarifas Eléctricas como un organismo adscrito al Ministerio de Energía y Minas que tiene como función regular las tarifas de energía eléctrica y sus mecanismos de compensación. Dicha comisión ya aplicaba la figura del aporte por regulación, aunque aún no se utilizara explícitamente esa denominación<sup>3</sup>.

Posteriormente, el Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas, promulgado en el año 1992, en el Artículo 31° Literal g), establece la obligación de cada uno de los titulares de la concesión –sea de generación, transmisión o distribución– de contribuir, mediante aportes fijados por el Ministerio de Energía y Minas, al sostenimiento de los organismos normativos y reguladores. Cabe resaltar que la contribución, en ningún supuesto, podría ser superior al 1% de sus ventas anuales<sup>4</sup>.

Posteriormente, mediante Ley N° 27116, promulgada en el año 1999, se crea la Comisión de Tarifas de Energía; de esta manera, se modifica la Ley de Concesiones Eléctricas, al reemplazarla por la Comisión de Tarifas Eléctricas. Asimismo, se precisa que la nueva comisión es la responsable de fijar las tarifas de energía eléctrica y transporte de hidrocarburos líquidos por ductos de transporte de gas natural, y de distribución de gas natural por ductos.

Actualmente, la Comisión de Tarifas de Energía forma parte del Osinergmin, por lo que se creó la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, conforme a lo dispuesto en la Ley Marco de Organismos Reguladores y el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM - Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, modificado por el Decreto Supremo N° 055-2001-PCM. Posteriormente, en el año 2008, la Ley de Concesiones Eléctricas fue modificada mediante la Ley N° 29178 - Ley que modifica los agentes que deberán

---

3 De la revisión del Artículo 31° de la Ley General de Electricidad, se aprecia que los gastos de la Comisión de Tarifas Eléctricas serán cubiertos por las empresas de servicio público de electricidad mediante aportes que fijará anualmente la Dirección General de Electricidad en base a un porcentaje único de la facturación total. Para tal efecto, la comisión someterá anualmente a la aprobación de la Dirección General de Electricidad su presupuesto operativo, el cual deberá establecer niveles de remuneraciones comparables a los de dichas empresas.

4 En el escenario descrito previamente, el Ministerio de Energía y Minas era el encargado de determinar la proporción que le correspondía a la Dirección General de Electricidad y a la Comisión de Tarifas de Electricidad.

contribuir con el aporte por regulación, considerando ya no solo a los concesionarios, sino también a los titulares de actividades en la industria mediante autorización. Adicionalmente, la norma retira al Ministerio de Energía y Minas como responsable de fijar los aportes, señalando que en adelante será la autoridad competente la que establecerá dichos aportes que, en ningún caso, en conjunto, podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de las ventas anuales de los obligados.

Por otro lado, un antecedente que debemos tomar en consideración es la Ley N° 26734, promulgada en el año 1996, ley que crea el Osinerg (actualmente, Osinergmin<sup>5</sup>) mediante la cual se modifica la obligación correspondiente a la contribución, debido a que ya no solo se consideran los organismos normativos y reguladores, sino que se adiciona a los organismos fiscalizadores<sup>6</sup>.

No obstante, posteriormente, mediante la Ley N° 29178, mencionada líneas arriba, se suprime a los organismos fiscalizadores (y se mantiene a los organismos normativos y reguladores) del Artículo 31° Literal g) de la Ley de Concesiones Eléctricas sin mayor discusión.

Al respecto, conforme se desprende del expediente digital de la Ley N° 29178 (Congreso de la República 2007), se puede advertir que no se ha presentado ninguna discusión u observación respecto al cambio referido, debido a que el cambio sustancial del Artículo 31° Literal g) se refería a la inclusión de los operadores participantes en la industria de electricidad mediante autorización. Por el contrario, la única referencia se realiza en la sesión novena de la primera legislatura ordinaria del 2007, de fecha jueves 6 de diciembre, cuando la congresista Chacón De Vettori se refiere a que la contribución al sostenimiento del organismo fiscalizador ya no sería fijada por el Ministerio de Energía y Minas.

Asimismo, tomando en consideración la Ley N° 28964, publicada en enero del 2007, ley mediante la cual se transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinergmin, resultaba indiscutible que dicha entidad pública sería el organismo regulador, supervisor y fiscalizador encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y

---

5 De conformidad con el Artículo 18° de la Ley N° 28964, publicada el 24 febrero del 2007, se establece que toda mención que se haga al Osinerg en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al Osinergmin.

6 Este dato resulta importante en la medida que se especifica dentro del ámbito de actividades la fiscalizadora.

técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como por el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas correspondientes a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.

En atención a lo expuesto, el Osinergmin, entendido como organismo regulador por la Ley Marco de Organismos Reguladores, era la entidad pública que realizaba las labores de fiscalización; razón por la cual el contexto jurídico habría justificado retirar a los organismos fiscalizadores del Artículo 31º Literal g), ya que las funciones de regulación y fiscalización eran detentadas por un mismo organismo público, el Osinergmin.

### **3.2. El aporte por regulación para las actividades de hidrocarburos líquidos y minería**

En el caso de los hidrocarburos líquidos, la Ley N° 27116 y el Decreto Supremo N° 1362-2002-PCM mantienen la obligación de los concesionarios de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos de realizar aportes por regulación, es decir, los concesionarios de transporte de hidrocarburos líquidos realizan aportes para contribuir con el financiamiento del Ministerio de Energía y Minas, la Dirección General de Hidrocarburos específicamente. Dicha contribución asciende al 0.25 % de su facturación mensual.

Asimismo, conforme se señala en la sección previa y siguiente, los concesionarios referidos también están afectos al aporte por regulación en favor del sostenimiento tanto del Osinergmin, como del OEFA. De esta manera, se consigue que la contribución cumpla una función recaudatoria, encaminada a redistribuir los gastos (Yacolca 2009: 211).

Por otro lado, en el sector minero, la Ley Marco de Organismos Reguladores y la Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinergmin, plantea las normas que justifican que las empresas correspondientes a la gran y mediana minería se encuentren afectas a los aportes por regulación en favor del Osinergmin.

Por tanto, la transferencia de las funciones que corresponden a la conservación y protección del medio ambiente del Osinergmin al OEFA, corresponde que sea trasladado también el presupuesto que sustenta la realización de las labores transferidas, con lo cual, tanto las empresas de la gran y mediana minería se encuentran afectas a los aportes por regulación que contribuyen con el financiamiento del OEFA. Cabe señalar, que la cuantía de los Aportes por Regulación referidos será precisada en la sección previa y siguiente del presente estudio.

### 3.3. El aporte por regulación a favor de OEFA

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ha sido creado como organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente, mediante la Segunda Disposición Complementaria Final (Creación de Organismos Públicos adscritos al Ministerio de Ambiente del Decreto Legislativo N° 1013 - Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicada en el año 2008).

Asimismo, esa norma precisa que el OEFA sería el encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental. Considera sus funciones básicas, la dirección y supervisión del régimen común de fiscalización y control ambiental, la elaboración y planeación anual de fiscalización ambiental, la elaboración del informe de resultados de aplicación del plan referido, entre otras.

Al respecto, la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental señaló las funciones generales del OEFA, y dispuso que mediante Decreto Supremo refrendado por el sector pertinente se establecerán las entidades públicas cuyas funciones en materia ambiental serán asumidas por el OEFA.

Cabe precisar que la dicha transferencia de funciones supone, además, el traspaso del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades públicas que realicen el referido traspaso.

Conforme lo expuesto en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se dio inicio al proceso de transferencia de las funciones en materia ambiental del Osinergmin al OEFA.

De esta manera, el OEFA adopta la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental para las actividades de los sectores de energía y minería, reconociéndose así el interés por parte del Estado sobre los posibles impactos de las actividades industriales que se realizan en territorio peruano.

Al respecto, Esteve señala que toda sociedad a través de sus normas pone de manifiesto los riesgos que le resultan inaceptables y los riesgos tolerables. Asimismo, consideran que estos últimos deben ser entendidos como los riesgos que la sociedad está dispuesta a soportar para no ver bloqueada su actividad industrial (1999: 40). En ese sentido, el OEFA buscará que los riesgos

ambientales sean únicamente los riesgos tolerados, tarea que podrá atender mediante la realización de las funciones que le han sido otorgadas.

Asimismo, no resulta coherente considerar que el OEFA se base únicamente en el derecho ambiental, entendido como derecho de riesgos; pues, también debe estar atento a la gestión y protección de la naturaleza, y procurar así el cumplimiento de la normativa aplicable (Schmidt-Assmann 2003: 131).

Por ello, la labor del OEFA permite que se presente la regulación pertinente en materia ambiental, la cual, a su vez, supone la realización de labores de fiscalización, supervisión, control y sanción, por lo que resulta posible la constatación del cumplimiento de las disposiciones emitidas, atendiendo, sin excepción, al interés general, que para el caso particular de la entidad pública en cuestión es la protección del medio ambiente (Hernández-Mendible 2011: 1173-1174).

En atención a lo expuesto, se pone en evidencia lo cardinal de las actividades que el OEFA, como entidad pública, debe realizar. En ese sentido, es vital atender a la manera mediante la cual el Estado deberá soportar la carga económica que supone la realización de tales actividades.

En efecto, considerando el enfoque que el OEFA mantiene para la fiscalización ambiental se concentra en contar con un equilibrio entre el derecho de desarrollar actividades económicas y el derecho a vivir en un ambiente sano (Gómez y Granados 2013: 15), no se puede dejar de atender que el funcionamiento de este tipo de actividades debe contar con un presupuesto que le permita cumplir con la finalidad pública encomendada.

Al respecto, debe considerarse que el aporte por regulación es una contribución a través de la cual, de acuerdo con lo señalado en la primera sección del presente estudio, resulta conforme con los principios tributarios y el derecho administrativo.

En ese sentido, considerando la normativa referida a las funciones del OEFA y la transferencia de funciones por parte del Osinergmin al OEFA, resulta aplicable la figura del aporte por regulación. Por ello, en el caso particular de los sectores de energía y minería, los operadores se favorecen de un beneficio diferenciado por la participación del OEFA en sus actividades, debido a que permite evitar las consecuencias de eventuales afectaciones tanto para los trabajadores como para las poblaciones aledañas, velando así por las inversiones realizadas.

De esta manera, mediante la Ley N° 29951 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, promulgada en diciembre del año 2012, se señaló que a partir de la vigencia de la referida norma, las labores de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas con las actividades de los sectores de energía y minería que realiza el OEFA serán financiadas con cargo al aporte por regulación destinado a las actividades de supervisión y fiscalización del Osinergmin.

En consecuencia, la determinación del aporte por regulación se realizará mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el ministro de Economía y Finanzas, conforme se señala en el Artículo 10° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores. Sin embargo, la aprobación del aporte por regulación del OEFA se diferencia de los otros reguladores, debido a que el mismo deberá ser refrendado, además, por el ministro del Ambiente y el ministro de Energía y Minas.

Igualmente, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 – Ley que modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, promulgada en abril del 2013, señala que las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de los sectores de energía y minería que desarrolla el OEFA serían financiadas con cargo al aporte por regulación.

Asimismo, dado que el aporte por regulación a favor de OEFA cumplía con los elementos esenciales del hecho imponible, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, quedaba pendiente que se precisen los valores de las alícuotas<sup>7</sup>. En ese sentido, mediante los decretos supremos N° 129-2013-PCM y N° 130-2013-PCM, ambos promulgados en diciembre de 2013, se estableció el valor del aporte por regulación a cargo de las empresas y entidades de los sectores de energía y minería.

Asimismo, en el Decreto Supremo N° 129-2013-PCM, referente al sector energía, se precisó las empresas y entidades afectadas por el aporte por regulación. Señaló que para el caso del sector eléctrico se refiere a los concesionarios de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como las entidades que desarrollan exclusivamente actividades de generación mediante autorización.

<sup>7</sup> Mediante Decreto Supremo, de acuerdo con la remisión legal realizada en la ley de creación de la contribución.

Por otro lado, para el caso de las actividades de importación y producción de hidrocarburos, la norma se refiere a las entidades y empresas que realizan actividades de importación y/o producción de combustibles, lo que incluye a gases licuados de petróleo. Adicionalmente, respecto a la distribución y transporte de hidrocarburos, se refiere a las entidades y empresas, así como a concesionarios de actividades de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos.

Por su parte, en el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, referente al sector minería, se señala que únicamente las empresas que sean consideradas como titulares de las actividades de gran y mediana minería serán afectadas por el aporte por regulación, con lo que, solamente faltaría considerar los valores determinados para cada uno de ellos.

Al respecto, se puede identificar que en el sector energía se ha diferenciado los valores en función de la actividad, pero se ha preferido contar con los mismos valores para los años 2014,, 2015, y 2016.

Por el contrario, en el sector minería, se ha preferido no hacer un distingo entre la gran y mediana minería, asignando el mismo valor para ambas. En este caso, se ha preferido aplicar el mismo valor para los años 2014 y 2015, mientras que en el año 2016 se realiza una reducción.

A continuación, se presenta un cuadro que indica los valores asignados para los sectores de energía y minería correspondientes, aplicable a los años 2014, 2015 y 2016:

<b>OEFA</b> Aportes por regulación				
<b>Sector</b>	<b>Subsector</b>	<b>Año 2014</b>	<b>Año 2015</b>	<b>Año 2016</b>
Energía	Electricidad	0,11%	0,11%	0,11%
	Hidrocarburos importación / producción	0,12%	0,12%	0,12%
	Hidrocarburos transporte / distribución	0,15%	0,15%	0,15%
Fuente: Elaboración propia Minería	Gran y mediana minería	0,15%	0,15%	0,13%

Finalmente, respecto al aporte por regulación debe atenderse que afecta las actividades de los sectores de energía y minería, y que, de esta manera colabora con el financiamiento de las actividad del OEFA, en base a que, como se ha explicado líneas anteriores, la transferencia de funciones del Osinergmin al OEFA también supone una transferencia presupuestal y por el beneficio diferenciado que el OEFA brinda para los operadores de los referidos sectores.

#### **3.4. Procedimiento**

En enero del 2014, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA/CD, se aprobó el Procedimiento de Recaudación y Control del aporte por regulación del OEFA, en el cual se determinó el ámbito de aplicación del aporte, la naturaleza del mismo, los sujetos obligados al pago, entre otros aspectos. A continuación, se mencionaran los aspectos más relevantes:

- El procedimiento señala que el aporte por regulación tiene naturaleza de contribución, es decir que constituye un ingreso propio del OEFA, que resulta aplicable a los sectores de energía y minería, y por ende, a las empresas y entidades que se encuentre en el referido ámbito.

- Se precisa que los elementos a tomar en consideración para la base imponible de la contribución serán distintos en función del sector al cual pertenezca la empresa o entidad afectada. Al respecto, se señala que al interior del sector de energía los elementos a considerar serán distintos también, debido a la diferencia que supone cada actividad de la cadena de producción. Por otro lado, en el sector minería, no se realiza ningún distingo entre la gran y mediana minería, ya que se les aplica las mismas disposiciones.
- Las obligaciones que se desprenden del referido procedimiento ya no se limitan al pago del aporte por regulación, sino que se añade la obligación de inscribirse en el registro de sujetos obligados y la presentación de la declaración jurada de la autoliquidación.
- Se determinan los aspectos que se encontrarán sujetos a control (mencionados líneas arriba): el pago del aporte por regulación, la inscripción en el registro de sujetos obligados y la presentación de la declaración jurada referente a la autoliquidación.
- El OEFA se encuentra habilitado para ejercer potestad sancionadora si es que se presentara algún supuesto de infracción. Deberá ejercer esta potestad conforme a los principios aplicables y a lo señalado en la tabla I del Código Tributario.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA ha emitido dos resoluciones relacionadas con el Procedimiento de Recaudación y Control de los Aportes por Regulación: la Resolución N° 019-2014-OEFA/PCD, que aprueba los lineamientos para el acceso y uso del sistema del aporte por regulación del OEFA; y, la Resolución N° 020-2014-OEFA/PCD, que hace una precisión respecto a la base imponible correspondiente a las empresas y entidades del subsector hidrocarburos.

Finalmente, se presenta un cuadro que resume los aportes por regulación presentes en los sectores de energía y minería para los años 2014, 2015 y 2016.

APORTES POR REGULACIÓN						
Sectores Energía y Minería						
Sector	Subsector	Entidad	2014	2015	2016	Variación 2014 - 2016
Energía	Electricidad	Osinerghmin	0.50	0.50	0.54	8.0
		OEFA	0.11	0.11	0.11	0.0
		Minem	0.35	0.35	0.35	0.0
		<b>Subtotales</b>	<b>0.96</b>	<b>0.97</b>	<b>1.00</b>	
	Hidrocarburos Importación / Producción	Osinerghmin	0.42	0.38	0.37	-11.9
		OEFA	0.12	0.12	0.12	0.0
		Minem	-	-	-	-
		<b>Subtotales</b>	<b>0.54</b>	<b>0.50</b>	<b>0.49</b>	
	Hidrocarburos Transporte / Distribución	Osinerghmin	0.60	0.58	0.58	-3.3
		OEFA	0.15	0.15	0.15	0.0
		Minem	0.25	0.25	0.25	0.0
		<b>Subtotales</b>	<b>1.00</b>	<b>0.98</b>	<b>0.98</b>	
Minería Gran y Mediana Minería	Osinerghmin	0.21	0.19	0.16	-23.8	
	OEFA	0.15	0.15	0.13	-13.3	
	Minem	-	-	-	-	
	<b>Subtotales</b>	<b>0.36</b>	<b>0.34</b>	<b>0.29</b>		

Fuente: Elaboración propia

### 3.5. Financiamiento del OEFA

Al igual que toda entidad pública a la que se le ha asignado el cumplimiento de una finalidad en favor del interés general, el OEFA se encuentra obligado a cumplir de la manera más cabal sus funciones para realizar, de este modo, la finalidad que se le ha conferido.

La ejecución de las referidas funciones supone una carga económica que el Estado debe soportar. En ese sentido, considerando el beneficio diferencial del cual se favorecen los operadores de los sectores de energía y minería, se aplican los aportes por regulación.

Sin embargo, la aplicación de los aportes por regulación no significa que se haga una excepción de los principios aplicables al presupuesto. En ese sentido, debe atenderse al principio interpretativo de corrección funcional por el cual la administración pública debe considerar que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común (Montoya 2008: 111).

De tal manera, considerando lo señalado en el Artículo 9º de la Ley N° 28411, el presupuesto de la OEFA debe contener dos elementos básicos: (i) los gastos que planea realizar en función a los créditos presupuestarios aprobados y los ingresos que financian dichas obligaciones durante el año en gestión; (ii) y las metas de resultados y de productos que se pretende lograr con los correspondientes créditos presupuestarios.

En ese sentido, el OEFA recibe dos tipos de fondos públicos, conforme a lo señalado en el Artículo 11º de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto: recursos ordinarios provenientes de la recaudación tributaria y recursos directamente recaudados, como los aportes por regulación.

En atención a lo expuesto, debe tomarse en consideración que si bien el OEFA fue creado en el año 2008, en el 2009 no se le asignó un presupuesto institucional de apertura. Sin embargo, la Ley N° 29323 dispuso la transferencia de partidas por parte del Ministerio del Ambiente a favor del OEFA, por lo que a partir del año 2010 se le asigna un presupuesto institucional de apertura, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

<b>OEFA</b> <b>Presupuesto institucional de apertura</b>	
<b>Año</b>	<b>Cifras</b>
2010	S/. 4'861,000.00
2011	S/. 27'085,989.00
2012	S/. 34'174,000.00
2013	S/. 35'360,277.00
2014	S/. 61'010,160.00

Fuente: Elaboración propia

Por ello, se puede afirmar que el presupuesto del OEFA ha sufrido una variación considerable ascendente a mil ciento cincuenta y cinco por ciento (1155%) entre los años 2010 y 2014, debido al incremento progresivo de atención de las funciones que se le han asignado a la referida administración pública.

## 4. CONCLUSIONES

El aporte por regulación se justifica en la regulación bajo el ámbito de aplicación de los organismos reguladores. El financiamiento de estas actividades de regulación involucra la función de regulación económica (fijación de tarifas) y aquellas que coadyuvan a las funciones que cumple el Estado, tales como la función normativa, supervisora, fiscalizadora, sancionadora, y de solución de controversias y reclamos de usuarios en los sectores regulados señalados por ley.

No obstante lo señalado, se advierte que mediante el aporte por regulación no solo se financian el debido funcionamiento de los organismos reguladores, sino algunas actividades (normativas) de uno de los ministerios (Minem).

En ese sentido, el aporte por regulación contribuye con el financiamiento de los organismos públicos que realizan las funciones mencionadas en el párrafo previo, por lo que contribuye a la industria y otorga un beneficio diferencial a las empresas aportantes de las contribuciones.

En sectores de alto riesgo, como los de energía y minería, la intervención del Estado mediante la regulación resulta aún más necesaria que en otras industrias, por lo que el OEFA tiene como misión el ejercicio y promoción de la fiscalización ambiental, lo que permite la concordancia y el equilibrio entre las actividades económicas y la protección del ambiente con el desarrollo sostenible. Asimismo, la aplicación del aporte por regulación para las dichas industrias resulta no solo coherente sino necesario, tanto para el interés de los agentes económicos de industrias, como para al interés general. Se puede afirmar finalmente, que uno de los fundamentos principales a tener en cuenta es que el OEFA regula una falla de mercado, que se puede materializar en externalidades negativas en materia medioambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, Gaspar  
2004 *Principios de Derecho Público*, Lima: ARA Editores.
- ATALIBA, Gerardo  
1987 *Hipótesis de Incidencia Tributaria*, Lima: Instituto de Derecho Tributario.
- DE LA VEGA, Beatriz  
2003 "La actividad reguladora del Estado en las empresas de hidrocarburos y la naturaleza jurídica del aporte por regulación". En *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Lima, Vol. 42, pp. 29-67.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ  
2007 *Expediente Digital de la Ley N° 29178*. En: *Portal del Congreso de la República del Perú*. Consulta: 15 de julio del 2014.  
<<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLPro-Ley2006.nsf>>
- DARNACULLETA, MERCE  
2009 "La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana". En MUÑOZ, Santiago (Dir.) y José ESTEVE (Dir.). *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid: Iustel, pp. 293 - 347.
- ESTEVE, Eberhard  
1999 *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona: Ariel.
- GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS  
2013 "El fortalecimiento de la fiscalización ambiental". En ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: OEFA, pp. 13-35.
- HEREDIA, Rosa  
2005 "El sector eléctrico, su regulador y el aporte por regulación". Ponencia presentada en el *I Congreso de Regulación Económica. Desafíos actuales de la regulación económica*. Consulta: 15 de julio del 2014.

<[http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb\\_dl=811](http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb_dl=811)>

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor

2011 “La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantía de prestaciones”. En DE LA CUÉTARA, Juan (Dir.) et al. *Derecho administrativo económico y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, pp. 1159–1177.

LANDA, César

2006 “Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional”. En AA.VV. *Temas de derecho tributario y de derecho público, libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra Editores, pp. 37 -50.

MONTOYA, Víctor Hugo

2011 “La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico”. En LANDA, César (Coord.). *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia – Pacífico APEC)*. Lima: Palestra, pp. 71–113.

MUÑOZ, Alex

2014 “De tal palo tal astilla: un vistazo al aporte por regulación del OEFA”. Revista *Ius et veritas*. Consulta: 10 de julio del 2014.  
<<http://www.ius360.com/publico/tributario/de-tal-palo-tal-astilla-un-vistazo-al-aporte-por-regulacion-del-oeфа-sus-origenes-y-sus-desaciertos-parte-1/>>

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard

2003 *La teoría general del derecho administrativo*. Traducción de Mariano Bacigalupo y otros. Madrid: Marcial Pons.

TORRES, Jessica

2012 *El aporte por regulación y la reserva de ley en materia tributaria*. Ita Ius Esto. Consulta: 15 de julio de 2014.  
<[http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/2\\_14-Jessica-Torres.pdf](http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/2_14-Jessica-Torres.pdf)>

VAQUER, Marcos

2011 “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”. En *Revista de Administración Pública*. Madrid, 2011, Núm. 186, pp. 91-135.

YACOLCA, Daniel

2009

*Derecho Tributario Ambiental*. Lima: Grijley

# **EL APORTE POR REGULACIÓN DESTINADO AL OEFA: PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS DE CONSTITUCIONALIDAD**

**CARLOS MORENO GRÁNDEZ**

## **SUMARIO**

El presente artículo tiene por finalidad analizar el fundamento legal del aporte por regulación que percibe el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Para lograr tal objetivo, se aborda previamente el concepto de las finanzas públicas, el Sistema Tributario Nacional y los tributos. Posteriormente, se explica el contenido del derecho al medio ambiente y las herramientas con que cuenta el Estado para su tutela efectiva. Finalmente, se concluye que el aporte por regulación no vulnera, en modo alguno, las disposiciones de la Constitución Política del Perú.

1. Introducción 2. Finanzas públicas, Sistema Tributario Nacional y tributos 3. El derecho fundamental al ambiente y la Política Nacional del Ambiente 4. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) 5. El Aporte por Regulación destinado a favor del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) 6. Conclusiones

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene como finalidad analizar cómo las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) –las cuales le fueron transferidas del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), a partir de la entrada en vigencia del Decreto Su-

premo N° 001-2010-MINAM<sup>1</sup>– justificarían que el OEFA perciba una parte del aporte por regulación al que se refiere el Artículo 10° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos<sup>2</sup>. De esta manera, se concluirá que la distribución de dicho tributo, entre distintos organismos del Estado, resulta válida en la medida que se respeten los límites contenidos en el Artículo 74° de la Constitución Política del Perú.

Con la finalidad de llevar a cabo dicho análisis, en primer término se realizará un breve repaso de lo que son las finanzas pública; de lo que significa el Sistema Tributario Nacional; el concepto y la finalidad que cumplen los tributos en un Estado constitucional como el nuestro; y cuáles son los distintos tipos de tributos que existen, dentro de los cuales se encuentran las contribuciones, categoría a la que pertenece el denominado aporte por regulación.

Luego de este repaso, se abordará el derecho fundamental al medio ambiente y cómo es que su defensa y/o protección constituye una de las funciones que el Estado debe desempeñar, situación que ha determinado el diseño de una Política Nacional del Ambiente ejecutada a través del Sistema Nacional de Gestión Ambiental” y del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, los cuales se encuentran constituidos por distintas entidades y/u organismos del Estado, dentro de los cuales se encuentra el OEFA.

Asimismo, se hará referencia a la naturaleza, funciones y recursos que le han sido asignados al OEFA para luego analizar la constitucionalidad del aporte por regulación destinado a dicho organismo y cómo es que la asignación de dicho recurso no vulnera, en modo alguno, lo establecido en el Artículo 74° de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, se brindarán algunas conclusiones a partir de lo desarrollado en el presente trabajo.

## **2. FINANZAS PÚBLICAS, SISTEMA TRIBUTARIO NACIONAL Y TRIBUTOS**

Con la finalidad de entender por qué los ciudadanos tienen la obligación de pagar tributos como la contribución denominada aporte por regulación y los límites que tiene el Estado para la creación de los mismos, se estima

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de enero del 2010

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de junio del 2010

pertinente llevar a cabo un breve repaso acerca de las finanzas públicas, el significado del Sistema Tributario Nacional; así como del concepto y la finalidad que cumplen los tributos y los distintos tipos de tributo que existen en nuestra legislación.

## 2.1. Finanzas públicas

El ser humano tiene una serie de necesidades, las cuales se han ido incrementando conforme de acuerdo al desarrollo de la civilización. Algunas de estas necesidades son individuales y pueden ser satisfechas directamente por la persona (por ejemplo, el vestido), mientras que existen otras que requieren de la participación del Estado para ser satisfechas (por ejemplo, la seguridad interna). Son aquellas necesidades que requieren de la participación del Estado para ser satisfechas, las que se denominan *necesidades públicas*.

Para que el Estado pueda satisfacer las denominadas necesidades públicas, debe realizar una serie de gastos, los cuales se denominan *gastos públicos*. Con la finalidad de solventar estos gastos, el Estado requiere contar con una o más fuentes de ingresos que le permitan financiar dicha labor, a estos ingresos se le denominan *ingresos públicos*.

Como afirma Villegas, “[l]as finanzas públicas, en su concepción actual y genéricamente consideradas, tienen por objeto examinar cómo el Estado obtiene sus ingresos y efectúa sus gastos” (2003: 1).

Es en el contexto de las finanzas públicas que los tributos cobran vital importancia, toda vez que constituyen (o deberían constituir) la principal fuente de los denominados ingresos públicos.

## 2.2. Sistema Tributario Nacional

Un sistema tributario puede ser definido como el conjunto de normas y organismos creados por un Estado con la finalidad de recaudar los ingresos tributarios –los cuales forman parte de los ingresos públicos– cuyo objetivo principal consiste en financiar los gastos públicos.

Para zanjar cualquier duda que se pueda haber generado con la definición brindada anteriormente, se puede señalar que los ingresos públicos son todas aquellas sumas de dinero que percibe el Estado, a través de sus distintos entes u organismos, que tienen como finalidad solventar los gastos públicos. Por su parte, los gastos públicos

son aquellos gastos que realiza todo Estado para poder satisfacer las necesidades básicas de la población, tales como educación, seguridad interna, salud, entre otras.

Queralt et ál. definen el Sistema Tributario como “(...) el conjunto de tributos integrados en el ordenamiento jurídico de un determinado ente territorial, inspirado en unos principios comunes y que constituye un medio idóneo para que los ciudadanos cumplan con su deber de sostener las cargas públicas (...)” (1995: 88).

En el Perú, el sistema tributario es diseñado y determinado en virtud de la potestad tributaria con la que cuenta el Estado, la cual se encuentra regulada en el Artículo 74º de la Constitución y señala lo siguiente:

**Artículo 74º.-** 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.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. 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. Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

Como se puede apreciar, el sistema tributario peruano se sustenta en una serie de principios que regulan la potestad tributaria del Estado y que le garantizan al ciudadano el respeto de sus derechos fundamentales.

Es así como se ha dictado la Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 771; el Código Tributario; y cada una de las normas que han creado los distintos tributos existentes en nuestro país.

En ese sentido, el objetivo del presente trabajo es analizar si el aporte por regulación destinado al OEFA se encuentra conforme con los principios y/o reglas contenidos en el Artículo 74º de la Constitución.

### 2.3. Concepto y finalidad de los tributos

El tributo puede ser definido como una obligación jurídica de naturaleza generalmente pecuniaria establecida por Ley –la cual no tiene naturaleza de sanción– y que considera como sujeto activo a una entidad del Estado y como sujeto pasivo a quien haya sido puesto en esa situación por decisión del legislador.

Sainz de Bujanda, citado por Villegas define el tributo como

(...) toda prestación patrimonial obligatoria –habitualmente pecuniaria– establecida por ley, a cargo de las personas físicas y jurídicas que se encuentren en los supuestos de hecho que la propia ley determine, y que vaya dirigida a dar satisfacción a los fines que al Estado y a los restantes entes públicos estén encomendados (2003: 151).

De las definiciones brindadas se puede señalar cuales son las características de todo tributo:

- Es una obligación jurídica, toda vez que constituye un vínculo jurídico que le atribuye al sujeto activo (acreedor) el derecho de exigir al sujeto pasivo (deudor) determinado comportamiento, poniendo a este último en la contingencia de llevarlo a cabo.
- Tiene naturaleza pecuniaria, en la medida que –por lo general– la obligación debe ser cumplida mediante la entrega de una determinada suma de dinero.
- Se establece por ley, es decir que el tributo debe ser creado mediante una ley o norma de rango similar (decreto legislativo u ordenanzas municipales), y esta debe contener sus elementos esenciales.
- No constituye sanción, toda vez que no es una multa impuesta por la comisión de alguna infracción.
- Tiene como sujeto activo a una entidad del Estado, lo cual significa que el acreedor tributario debe ser siempre una persona de derecho público.
- Tiene como sujeto pasivo a cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o derecho privado, puesta en esa situación por decisión del legislador.

- Tiene como finalidad la satisfacción de los fines del Estado, entre los cuales se encuentra la satisfacción de las denominadas necesidades públicas.

Como se ha señalado, los ingresos tributarios (tributos) constituyen una fuente de los ingresos públicos, los cuales que resultan necesarios para solventar los gastos públicos para satisfacer las necesidades públicas.

Sobre el particular, en su Sentencia recaída en el Expediente N° 0918-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

**FUNDAMENTOS:**

(...)

3. (...)

*El Estado, para el desarrollo de sus distintas actividades, requiere de un sustento económico, el cual, como resulta natural, debe provenir fundamentalmente de las contribuciones que sus ciudadanos realicen, porque, de otra forma, sería prácticamente imposible financiar los gastos públicos o la satisfacción de necesidades colectivas a su cargo. (...)*

(la cursiva es nuestra)

Como se puede apreciar, los ingresos tributarios constituyen una piedra angular de las finanzas públicas de cualquier país, dado que constituyen (o deberían constituir) la principal fuente de los ingresos con los que cuenta el Estado para el cumplimiento de sus funciones.

## 2.4. Tipos de tributo

Existe una clasificación más o menos universal de los tributos, la cual es recogida por nuestro Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF (en adelante “TUO del Código Tributario”), que considera las siguientes categorías o tipos de tributo:

- Impuesto
- Contribución
- Tasa

Con la finalidad de conocer los alcances de cada una de las categorías o tipos de tributo anteriormente mencionados, se optará por las definiciones contenidas en la Norma II del Título Preliminar del TUO del Código Tributario.

### 2.4.1. Impuestos

La Norma II del Título Preliminar del TUO del Código Tributario define a los *impuestos* como el “[t]ributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado”.

Como se puede apreciar, los impuestos terminan siendo obligaciones pecuniarias impuestas por el Estado, sin que exista de por medio ningún tipo de contraprestación directa a favor del contribuyente (tributo no vinculado) sino, únicamente, la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos por el simple hecho de ser ciudadanos y formar parte de una Nación.

En otras palabras, los impuestos tienen, como principal sustento, el denominado “deber de contribuir”, que le impone a los ciudadanos la obligación de contribuir con los gastos públicos, el cual se deriva del denominado “principio de solidaridad”.

En relación con el denominado “deber de contribuir”, se debe señalar que –a pesar de que la Constitución no lo reconoce de manera expresa– el Tribunal Constitucional lo ha recogido en reiterada jurisprudencia, como lo señalado en el segundo párrafo del Fundamento Jurídico 9 de la Sentencia emitida en el Expediente 2727-2002-A/TC, en la cual señala lo siguiente:

#### FUNDAMENTOS:

9. (...)

Ciertamente, la creación de dichos tributos, y la concomitante obligación de su pago por parte de los contribuyentes, supone una injerencia estatal sobre un ámbito patrimonial de las personas. No por ese hecho, sin embargo, los tributos deben considerarse como contrarios al derecho de propiedad. Y ello porque, por un lado, como en múltiples oportunidades se ha resaltado, los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho de propiedad, no tienen el carácter de absolutos; y, por otro, *el pago de los tributos, esto es, el deber de contribuir con los gastos públicos, constituye un principio constitucional implícito de nuestro Estado Democrático de Derecho.*

(...) (la cursiva son nuestra).

En este punto resulta pertinente aclarar que el denominado “deber de contribuir” también se encuentra presente en aquellos tributos que generan una contraprestación por parte del Estado (tributos vinculados). Sin embargo, su presencia resulta más evidente cuando se trata de aquellos tributos que no generan dicho tipo de contraprestación (tributos no vinculados), como sucede con el caso de los impuestos.

### 2.4.2. Contribuciones

La Norma II del Título Preliminar del TUO del Código Tributario define a las *contribuciones* como el “tributo cuya obligación tiene como hecho

generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales”.

Como se puede apreciar, la contribución es el tributo que tiene como sustento el desarrollo de actividades estatales o de obras públicas que generan o producen algún tipo de beneficio para los usuarios de tales actividades u obras.

Con la finalidad de clarificar aún más nuestras ideas, se puede descomponer la definición de contribución de la siguiente manera:

- a) Es un tributo que tiene como sustento el desarrollo de una actividad estatal u obra pública.
- b) La actividad estatal u obra pública desarrollada debe generar beneficios a favor de los sujetos obligados al pago, de un colectivo de personas o de la generalidad de la población.

#### 2.4.3. Tasas

La Norma II del Título Preliminar del TUO del Código Tributario define a las tasas como el “[t]ributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente”.

Como se puede apreciar, las tasas son el tributo que tiene como sustento la prestación efectiva de un servicio por parte del Estado, desarrollado bajo el régimen del derecho público e individualizado en el sujeto obligado a su pago.

Dentro de los tipos de tasas que reconoce la Norma II del Título Preliminar del TUO del Código Tributario se encuentran:

- Arbitrios<sup>3</sup>
- Derechos<sup>4</sup>
- Licencias<sup>5</sup>

3 Definidos como “(...) *tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público*”.

4 Definidos como “(...) *tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.*”

5 Definidas como “(...) *tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.*”

### 3. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE Y LA POLITICA NACIONAL DEL AMBIENTE

Después de detallar en que consisten las finanzas públicas, el Sistema Tributario Nacional, el concepto y finalidad de los tributos; y describir en que consiste cada uno de los tipos de tributo –dentro de estos las contribuciones–, a continuación se repararán cada uno de los derechos fundamentales que los ciudadanos poseen –el derecho al medio ambiente, entre ellos– y cómo el Estado garantiza la defensa y/o protección de dicho derecho, como una de las funciones que le son inherentes.

#### 3.1. Del derecho fundamental al medio ambiente

El derecho al medio ambiente es, actualmente, un derecho fundamental de la persona, el cual tiene sustento en la dignidad del ser humano; y goza de reconocimiento expreso y protección en distintos documentos internacionales<sup>6</sup> y en las constituciones políticas de distintos países<sup>7</sup>.

Nuestro país no es ajeno a lo señalado anteriormente. Nuestra Carta Magna, en el capítulo referido a los *derechos fundamentales de la persona*, claramente, reconoce el derecho al medio ambiente y señala, en el Numeral 22 de su Artículo 2º, lo siguiente:

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (la cursiva es nuestra)

(...)

El derecho fundamental al medio ambiente no es un derecho meramente enunciativo en la Constitución, toda vez que el Artículo 67º de la Carta Magna contiene un compromiso de hacerlo efectivo al señalar

6 Entre los documentos internacionales que podemos referir se encuentran la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río y la Resolución 45/94 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los cuales son referidos por la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T – 760 del 25 de setiembre del 2007.

7 Algunas de las constituciones políticas que reconocen expresamente el derecho fundamental al medio ambiente son la de Colombia y la de Costa Rica.

que “[e]l Estado determina la política nacional del ambiente (las cursivas son nuestras).

### 3.2 De la Política Nacional del Ambiente

Para comprender cómo el Estado busca garantizar el goce efectivo del derecho fundamental al medio ambiente a través de la denominada Política Nacional del Ambiente, resulta pertinente conocer en qué consiste esta último.

Es el Numeral 8.1 del Artículo 8º de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>8</sup>, el cual define la Política Nacional del Ambiente como

(...) el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito definir y orientar el accionar de las entidades del Gobierno Nacional, regional y local, y del sector privado y de la sociedad civil en materia ambiental.

Dicho numeral es complementado por lo señalado por el Numeral 8.3 del mismo artículo, el cual señala que “[l]a Política Nacional del Ambiente es parte integrante del proceso estratégico de desarrollo del país. Es aprobada por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros. Es de obligatorio cumplimiento.”

Es justamente en cumplimiento de lo señalado en el Numeral 8.3 antes citado que, mediante Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM<sup>9</sup>, se aprueba la Política Nacional del Ambiente.

Ahora bien, el Artículo 11º de la Ley N° 28611 recoge los lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas, los cuales deben inspirar la Política Nacional del Ambiente de nuestro país. Dentro de estos lineamientos ambientales básicos, conviene hacer referencia a los siguientes:

- El respeto de la dignidad humana y la mejora continua de la calidad de vida de la población, asegurando una protección adecuada de la salud de las personas.

8 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005

9 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo del 2009

- La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras.
- El fortalecimiento de la gestión ambiental, por lo cual debe dotarse a las autoridades de recursos, atributos y condiciones adecuados para el ejercicio de sus funciones conforme al carácter transversal de la gestión ambiental, tomando en cuenta que las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos integral e intersectorialmente y al más alto nivel.
- El desarrollo de toda actividad empresarial debe efectuarse teniendo en cuenta la implementación de políticas de gestión ambiental y de responsabilidad social.

Finalmente, la Política Nacional del Ambiente es ejecutada a través del denominado “Sistema Nacional de Gestión Ambiental” y del “Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”, los cuales se encuentran conformados por distintas entidades y/u organismos del Estado, dentro de los cuales está el OEFA.

## **4. EL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)**

### **4.1. Naturaleza**

El OEFA es creado mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente<sup>10</sup>, en el que es considerado un

(...) 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.

Por su parte, el Artículo 6° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>11</sup>, se refiere al OEFA como un organismo público, técnico especializado, con personería jurídica

10 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo del 2008

11 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009

de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal y que se encuentra adscrito al Ministerio del Ambiente.

Resulta importante resaltar que el OEFA constituye pliego presupuestal, ya que ello significa que se trata de una entidad pública a la que se le asigna un crédito presupuestario en la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público. El crédito presupuestario es toda dotación de recursos consignada en el Presupuesto del Sector Público para la entidad pública a la que se asigna pueda ejecutar gasto público (Ministerio de Economía y Finanzas: 2007).

#### 4.2. Funciones

El Artículo 11º de la Ley N° 29325, modificado por el Artículo 1º de la Ley N° 30011<sup>12</sup>, es el que regula las funciones del OEFA, señalando que

[e]l 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) (...)

Como se puede apreciar de la norma citada anteriormente, sin perjuicio de la función normativa y de la función supervisora de las entidades de fiscalización ambiental (EFA); el OEFA tiene las siguientes funciones:

- Función evaluadora
- Función supervisora directa
- Función fiscalizadora y sancionadora

Estas funciones que le han sido asignadas al OEFA no tienen otra finalidad que garantizar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales y jurídicas para defender y proteger el medio ambiente, a efecto de garantizar el derecho fundamental que tienen los ciudadanos a gozar de un medio ambiente adecuado, basado en la dignidad de la persona.

12 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril del 2013

### 4.3. Recursos

El Artículo 27º de la Ley N° 29325 regula las fuentes de financiamiento del OEFA y considerando como recursos de este organismo los siguientes:

- Los montos que se le asignen conforme a la Ley Anual de Presupuesto
- Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, incluyendo las que provengan de la cooperación internacional
- Los montos por concepto de multas que, en el ejercicio de sus funciones imponga el OEFA
- Los recursos propios que genere
- Los demás establecidos por ley expresa

Mediante Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013<sup>13</sup>, se estableció lo siguiente:

**CUADRAGÉSIMA OCTAVA.** 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 N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada de los Servicios Públicos, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).

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 (...).

Por su parte, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 ratifica lo establecido en la norma citada en el párrafo anterior, al señalar que:

---

13 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de diciembre del 2012

TERCERA. 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. (...).

De las citadas disposiciones complementarias finales, se pueden afirmar las siguientes conclusiones:

- Las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas con las actividades de energía y minería que tenía a su cargo el Osinergmin y fueron trasladadas al OEFA deben ser financiadas con cargo al aporte por regulación creado por el Artículo 10º de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada de los Servicios Públicos<sup>14</sup>, en aquella parte que financiaba las actividades de supervisión y fiscalización derivadas del Osinergmin.
- Mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro del Ambiente y el Ministro de Energía y Minas, se determinaría el porcentaje del aporte por regulación al que se refiere el Artículo 10º de la Ley N° 27332, que le correspondería al OEFA.

Como se puede apreciar mediante la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, ratificada por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011, no se crea un nuevo tributo a favor del OEFA sino que lo que se hace es asignarle recursos a dicho organismo, de conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 27º de la Ley N° 29325.

De esta forma, la citada disposición complementaria final únicamente redistribuye a favor del OEFA, una parte del aporte por regulación creado por el Artículo 10º de la Ley N° 27332, la cual sería determinada mediante un decreto supremo.

14 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del 2000.

## **5. EL APOORTE POR REGULACIÓN DESTINADO A FAVOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)**

### **5.1 Antecedentes**

El Aporte por Regulación es un tributo creado mediante el Artículo 10º de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el cual establece lo siguiente:

Artículo 10º.- Aporte por Regulación

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.

Posteriormente, el Artículo 7º de la Ley N° 27669 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de Inversión en Energía (Osinerg)<sup>15</sup> precisó, a nivel normativo, la naturaleza tributaria del aporte por regulación, señalando que dicho tributo constituye una contribución.

Luego de una sucesión de decretos supremos, se determinó, a través del Decreto Supremo N° 136-2002-PCM<sup>16</sup>, las alícuotas del aporte por regulación que debían pagar las empresas y entidades de los subsectores electricidad e hidrocarburos a Osinergmin, las cuales se han mantenido vigentes hasta el 31 de diciembre del 2013.

Adicionalmente, a través del Artículo 4º de la Ley N° 29901 - Ley que Precisa Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería<sup>17</sup>, se establece que el aporte por regulación –al que se refiere el Artículo 10º de la Ley N° 27332– alcanza a los titulares de

15 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de abril del 2002

16 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de diciembre del 2002

17 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio del 2012

las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del Osinergmin, y se precisó que dicho tributo no podrá exceder del 1% del valor de la facturación anual de dichos titulares, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

Con lo dispuesto por la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, ratificada por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011, surge la necesidad de efectuar una redistribución del aporte por regulación creado mediante el Artículo 10° de la Ley N° 27332, para cuyo efecto se publican los decretos supremos números 127-2013-PCM, 128-2013-PCM, 129-2013-PCM y 130-2013-PCM<sup>18</sup>.

Es así como, mediante el Decreto Supremo N° 127-2013-PCM, se determinó la alícuota del aporte por regulación destinado a favor del Osinergmin, a cargo de las empresas y entidades de los subsectores electricidad e hidrocarburos, aplicable durante los años 2014, 2015 y 2016. Así se detalla en el siguiente cuadro:

SUBSECTOR	SUJETOS OBLIGADOS	ALICUOTA	
Electricidad	Los concesionarios de generación, transmisión y de distribución de energía eléctrica, así como las entidades que desarrollan exclusivamente actividades de generación mediante autorización	2014	0.50%
		2015	0.51%
		2016	0.54%
Hidrocarburos importación/ producción	Las entidades y las empresas del subsector hidrocarburos que realizan actividades de importación y/o producción de combustibles, incluyendo gases licuados de petróleo	2014	0.42%
		2015	0.38%
		2016	0.37%
Hidrocarburos transporte/ distribución	Las entidades y las empresas del subsector hidrocarburos que realizan actividades de transporte de hidrocarburos por ductos de distribución de gas natural por red de ductos	2014	0.60%
		2015	0.59%
		2016	0.58%

Fuente: Elaboración propia

18 Todos ellos publicados en el diario oficial *El Peruano* el 12 de diciembre del 2013

Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 128-2013-PCM, se determinó la alícuota del aporte por regulación destinado a favor del Osinergmin, a cargo de los titulares de las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del Osinergmin, y aplicable durante los años 2014, 2015 y 2016, como se detalla en el siguiente cuadro:

SUBSECTOR	SUJETOS OBLIGADOS	ALICUOTA	
Minería	Titulares de la gran y mediana minería.	2014	0.21%
		2015	0.19%
		2016	0.16%

Fuente: Elaboración propia

Adicionalmente, mediante el Decreto Supremo N° 129-2013-PCM, se determinó quienes son los sujetos del sector energía que se encuentran obligados al pago del aporte por regulación destinado al OEFA, así como la alícuota aplicable a dicho tributo durante los años 2014, 2015 y 2016. Así se observa en el siguiente cuadro con mayor detalle:

SUBSECTOR	SUJETOS OBLIGADOS	ALICUOTA	
Electricidad	Los concesionarios de generación, transmisión y de distribución de energía eléctrica, así como las entidades que desarrollan exclusivamente actividades de generación mediante autorización.	2014	0.11%
		2015	0.11%
		2016	0.11%
Hidrocarburos importación/ producción	Las entidades y las empresas del subsector hidrocarburos que realizan actividades de importación y/o producción de combustibles, incluyendo gases licuados de petróleo	2014	0.12%
		2015	0.12%
		2016	0.12%
Hidrocarburos transporte/ distribución	Las entidades y las empresas del subsector hidrocarburos que realizan actividades de transporte de hidrocarburos por ductos de distribución de gas natural por red de ductos.	2014	0.15%
		2015	0.15%
		2016	0.15%

Fuente: Elaboración propia

Por último, a través del Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, se determinó quienes son los sujetos del sector minería que se encuentran obligados al pago del aporte por regulación destinado al OEFA, así como la alícuota aplicable a dicho tributo durante los años 2014, 2015 y 2016, como se aprecia en el siguiente cuadro:

SUBSECTOR	SUJETOS OBLIGADOS	ALICUOTA	
Minería	Titulares de la gran y mediana minería	2014	0.15%
		2015	0.15%
		2016	0.13%

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar, si sumamos las alícuotas del aporte por regulación destinado al Osinergmin y las del aporte por regulación destinado al OEFA, se puede concluir que, en ninguna de las actividades que se encuentran gravadas con dicho tributo, la suma supera el uno por ciento (1%) de la facturación anual, límite establecido por el Artículo 10º de la Ley N° 27332, norma de creación de dicha contribución.

## 5.2. **Justificación y constitucionalidad del aporte por regulación destinado al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)**

Como se puede apreciar de lo señalado hasta el momento, resulta totalmente justificado el cobro de la contribución, denominada aporte por regulación destinado a favor del OEFA.

El Estado tiene como una de sus funciones más elementales garantizar a los ciudadanos el goce de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho fundamental al medio ambiente, el cual tiene su sustento en la dignidad de la persona, situación que determina el carácter irrenunciable de dicho derecho.

Con la finalidad de ejecutar de manera eficiente la referida función, el Estado ha diseñado la Política Nacional del Ambiente, la cual se basa en la prevención de riesgos y daños ambientales, así como en el control de la contaminación ambiental, razón por la cual la gestión ambiental que debe desarrollar el Estado –a través de sus distintas entidades y/u organismos– debe ir en esa dirección.

Para ejecutar eficientemente la denominada Política Nacional del Ambiente, el Estado debe contar con entidades y/u organismos a los cuales debe dotar de los atributos, condiciones, instrumentos y recursos que resulten necesarios. Uno de estos organismos es, justamente, el OEFA, al cual le han sido derivadas funciones que anteriormente desempeñaba el Osinergmin.

Con anterioridad a la creación del OEFA, el Osinergmin resultaba ser el único acreedor del aporte por regulación creado mediante el Artículo 10º de la Ley N° 27332, respecto de las empresas y entidades bajo su ámbito. Sin embargo, desde la norma de creación del OEFA dicha contribución es compartida entre ambas entidades. Resulta pertinente precisar que, en ambos momentos, el monto cobrado con relación a dicho tributo, no ha excedido el uno por ciento (1%) de la facturación anual de tales empresas y entidades, límite establecido por el Artículo 10º de la Ley N° 27332. .

Tomando en consideración la redistribución de las funciones de fiscalización, supervisión y sanción en materia ambiental, y teniendo en cuenta que estas se trasladaron del Osinergmin al OEFA, resulta plenamente justificado que se le asigne a este último organismo una parte del aporte por regulación creado mediante el Artículo 10º de la Ley N° 27332, siempre que se respete el límite porcentual contenido en dicho artículo, así como los principios constitucionales contenidos en el Artículo 74º de la Constitución Política.

En ese sentido, con la finalidad de analizar si resulta conforme a nuestra Carta Magna la asignación de recursos a favor del OEFA, efectuada mediante la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, ratificada por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011, corresponde analizar si el Artículo 10º de la Ley N° 27332 y tales disposiciones complementarias finales han sido respetuosas de lo establecido por el Artículo 74º de la Constitución Política, el cual propone 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. Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria (...).

Como se puede apreciar, el Artículo 74º de la Constitución Política contiene los siguientes principios:

- Principio de reserva de ley
- Principio de igualdad
- Principio de respeto de los derechos fundamentales de la persona

- Principio de no confiscatoriedad

Asimismo, recoge aquella regla que establece que las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria.

Entre los cuestionamientos de índole constitucional que se han efectuado en contra del aporte por regulación destinado al OEFA, se encuentra la presunta vulneración de los principios de reserva de ley y no confiscatoriedad, así como la regla que establece que las leyes de presupuesto no pueden regular materia tributaria.

En tal sentido, a continuación, se analizará cómo el Artículo 10º de la Ley Nº 27332 y la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, ratificada por la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 30011, han sido respetuosos de la regla y los principios mencionados.

#### 5.2.1. Principio de reserva de ley

Uno de los cuestionamientos que ha recibido permanentemente el aporte por regulación consiste en la presunta vulneración al principio de reserva de ley.

Este principio constitucional consiste en aquella garantía con la que cuentan los ciudadanos, la cual determina que se pueden crear, modificar o derogar tributos únicamente por Ley o norma de rango similar.

Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente 2302-2003 AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

**“FUNDAMENTOS:**

(...)

33. A diferencia de este principio, la reserva de ley significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley (...).

Ahora bien, el denominado principio de reserva de ley en materia tributaria no resulta ser absoluto sino que permite la remisión a una norma reglamentaria con determinados parámetros, a efecto de que esta última norma simplemente concretice determinados elementos del tributo que han sido previamente creados mediante la norma con

rango de ley. Cabe resaltar que el principio de reserva de ley no permite una remisión en blanco.

Sobre el particular, en la Sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

**FUNDAMENTOS:**

(...)

12. (...) Asimismo, en cuanto a la creación del tributo, la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley. Para ello, se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; será menor cuando se trate de otros elementos. En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

De este modo, la regulación del hecho imponible en abstracto –que requiere la máxima observancia del principio de reserva de ley–, debe comprender la alícuota, la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial), según ha señalado este Tribunal (...) (Expediente N° 2762-2002-AA/TC y N° 3303-2003-AA/TC).

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ya ha analizado si el Artículo 10° de la Ley N° 27332, mediante el cual se crea el aporte por regulación, es respetuoso del principio de reserva de ley contenido en el Artículo 74° de la Constitución Política.

En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente 1520-2004-AA/TC, el Supremo Interprete de la Constitución ha dejado sentado el siguiente criterio:

**FUNDAMENTOS:**

(...)

§ **La reserva de ley en el caso del artículo 10° de la Ley N° 27332**

3. Respecto al alegato de la recurrente sobre la vulneración de la reserva de ley, cabe señalar que en la STC 3303-2003-AA/TC (aportes por regulación), el Tribunal Constitucional precisó que la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley. Asimismo, se indicó que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero que, en ningún caso,

podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

4. Entonces, cuando el artículo 10º de la Ley N° 27332 establece que: “Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido del Impuesto general a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo (...)”, se configura una remisión legal perfectamente admitida, pues no se trata de una habilitación en blanco al reglamento, sino que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota –originalmente creada por Ley– únicamente bajo los parámetros que la propia ley le confiere; es decir, sin exceder del tope del 1%(...).

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional ha dejado zanjada cualquier discusión en relación con la vulneración del principio de reserva de ley por parte del Artículo 10º de la Ley N° 27332, norma que crea el aporte por regulación y señala que es respetuosa del mencionado principio.

### 5.2.2. Principio de no confiscatoriedad

Otro de los cuestionamientos que ha recibido el aporte por regulación consiste en la presunta afectación al principio de no confiscatoriedad.

En relación con este principio, en la sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

#### FUNDAMENTOS:

(...)

El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria según el artículo 74º de la Constitución.

12. El artículo 74º de la Constitución Peruana, establece como uno de los límites al ejercicio de la potestad tributaria, el principio de no confiscatoriedad de los tributos. Este principio constitucional, ha adquirido contenido a través de nuestra jurisprudencia, mediante la cual, hemos señalado que “(...)se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el 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 como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de constitución económica” (...)” (STC N° 2727-2002-AA/TC).

El Supremo Interprete de la Constitución Política también ha analizado el dicho principio en relación con el aporte por regulación. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 1520-2004-AA/TC, el Tribunal

Constitucional ha señalado lo siguiente:

**FUNDAMENTOS:**

(...)

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

(...)

6. Al respecto, en la STC 2727-2002-AA/TC, este Colegiado sostuvo que el principio de no confiscatoriedad no siempre puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración: a) la clase de tributo y b) las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo.
7. En efecto, tomando en cuenta el tipo de tributo para evaluar la confiscatoriedad, cabe aclarar dos aspectos:
  - El primero, que las contribuciones son tributos vinculados cuya obligación social tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; por consiguiente, su cobro no surge por una manifestación de capacidad contributiva del demandante sino por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse, en este caso, de la actividad reguladora que brinda el Estado. Consecuentemente, el hecho de que la empresa haya presentado utilidades o pérdidas no resulta determinante para eximirse de tal obligación contributiva, toda vez que las utilidades y pérdidas determinan básicamente la capacidad de pago respecto al Impuesto a la Renta.
  - El segundo, que la generación de utilidades y pérdidas en una empresa tiene que ver con la explotación racional del negocio, mas no se origina en la obligación del pago de una contribución, como erróneamente afirma la empresa recurrente.

(...)

Como se puede apreciar, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, la vulneración del principio de no confiscatoriedad no se puede determinar *prima facie*, sino que debe ser analizado en cada caso concreto, para lo cual se requerirá del caudal probatorio correspondiente.

Del mismo modo, el Supremo Interprete de la Constitución ha señalado que tratándose de las contribuciones la situación que determina su cobro no surge de la denominada capacidad contributiva de los sujetos obligados sino de la realización de obras públicas o actividades estatales, razón por la cual no resultaría relevante analizar la situación

económica o patrimonial de dichos sujetos para determinar si el tributo es confiscatorio o no.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional concluyó que el aporte por regulación no resultaba confiscatorio en el caso que fue objeto de su sentencia.

### 5.2.3. Las leyes de presupuesto no pueden regular materia tributaria

Finalmente, uno de los cuestionamientos que ha recibido el aporte por regulación destinado al OEFA consiste en la supuesta transgresión a la regla que prohíbe regular materia tributaria en las leyes de presupuesto.

Sobre el particular, se afirma que la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 estaría regulando materia tributaria al crear un aporte por regulación destinado al OEFA.

No compartimos la referida posición, toda vez que la citada Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final no crea tributo alguno ni regula materia tributaria, toda vez que el aporte por regulación ha sido creado mediante el Artículo 10° de la Ley N° 27332, situación que no cabría ser discutida.

En efecto, lo que hace la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 es asignarle recursos al OEFA, de conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 27° de la Ley N° 29325, el cual considera como uno de los recursos del OEFA las asignaciones efectuadas en las leyes de presupuesto.

## 6. CONCLUSIONES

En virtud de lo desarrollado en el presente trabajo, se pueden plantear las siguientes conclusiones:

- El ser humano tiene una serie de necesidades, algunas de las cuales deben ser satisfechas por el Estado, situación que motiva que deba incurrir en gastos, para lo cual requiere de ingresos. Una de las principales fuentes de ingresos que tiene el Estado son los tributos, estos deben respetar los principios contenidos en la Constitución Política.
- Actualmente, uno de los derechos fundamentales con los que cuenta todo ciudadano, es el derecho al medio ambiente, el cual se sustenta en la dig-

nidad de la persona y obliga al Estado a defender y proteger el medio ambiente. Para ello, requiere contar con entidades y/u organismos a los cuales debe dotar de los atributos, condiciones, instrumentos y recursos que resulten necesarios para que puedan llevar a cabo una eficiente labor.

- Con la finalidad de cumplir con su función de defender y proteger el medio ambiente, el Estado peruano ha diseñado una Política Nacional del Ambiente, la cual es ejecutada a través del denominado Sistema Nacional de Gestión Ambiental y del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, los cuales se encuentran conformados por distintas entidades y/u organismos del Estado, entre los cuales está el OEFA.
- El Artículo 27º de la Ley N° 29325 regula lo correspondiente a las fuentes de financiamiento del OEFA, y considera como recursos los montos que se le asignen conforme a la Ley Anual de Presupuesto. Es así como mediante la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, se le asignan recursos a dicho organismo mediante la redistribución de una parte del aporte por regulación creado por el Artículo 10º de la Ley N° 27332, la cual sería determinada mediante un decreto supremo.
- De la suma de las alícuotas del aporte por regulación destinado al Osinergmin y las del aporte por regulación destinado al OEFA, se puede concluir que en ninguna de las actividades que se encuentran gravadas con dicho tributo, la suma supera el uno por ciento (1%) de la facturación anual, límite establecido por el Artículo 10º de la Ley N° 27332.
- Tomando en consideración la redistribución de las funciones de fiscalización, supervisión y sanción en materia ambiental, y el traslado de dichas funciones del Osinergmin al OEFA, resulta plenamente justificado que se le asigne a este último organismo una parte del aporte por regulación creado mediante el Artículo 10º de la Ley N° 27332.
- El aporte por regulación no vulnera el principio de reserva de ley contenido en el Artículo 74º de la Constitución Política. Así lo ha dejado establecido el Supremo Interprete de la Constitución en su sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC.
- En su sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha analizado el principio de no confiscatoriedad en relación con el aporte por regulación y ha concluido lo siguiente:
  - o La vulneración de dicho principio no se puede determinar prima

facie, sino que debe ser analizado en cada caso concreto, para lo cual se requerirá del caudal probatorio correspondiente.

- o Tratándose de las contribuciones, la situación que determina su cobro no surge de la denominada capacidad contributiva de los sujetos obligados sino de la realización de obras públicas o actividades estatales, razón por la cual no resultaría relevante analizar la situación económica o patrimonial de dichos sujetos para determinar si el tributo es confiscatorio o no.
- La Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 no crea tributo alguno ni regula materia tributaria, toda vez que el aporte por regulación ha sido creado mediante el Artículo 10º de la Ley N° 27332. Lo que hace dicha disposición complementaria final es asignarle recursos al OEFA, de conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 27º de la Ley N° 29325, el cual considera como uno de los recursos del OEFA las asignaciones efectuadas en las leyes de presupuesto.

## BIBLIOGRAFÍA

QUERALT, Juan et ál.

1995 *Curso de derecho financiero y tributario*. Madrid: Editorial Tecnos

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

2007 "Glosario de presupuesto público". En *Portal del Ministerio de Economía y Finanzas*. Consulta: 28 de agosto del 2014.

<[https://mef.gob.pe/index.php?option=com\\_glossary&Itemid=100297&task=list&glossid=6&letter=C&page=2&lang=es](https://mef.gob.pe/index.php?option=com_glossary&Itemid=100297&task=list&glossid=6&letter=C&page=2&lang=es)>

VILLEGAS, Héctor

2003 *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*. Octava Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Tecnos.

# ¿CÓMO FINANCIAR LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL?

ROXANA BARRANTES CÁCERES<sup>1</sup>

## SUMARIO

En el presente artículo se analiza cómo se financian las actividades de las entidades reguladoras en nuestro país. En este contexto, se realiza un análisis sobre los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar el financiamiento de las acciones de fiscalización ambiental. La autora concluye señalando que la fiscalización ambiental es una actividad imprescindible para el adecuado funcionamiento de la economía y de la sociedad.

1. Introducción 2. La teoría económica de las externalidades y los bienes públicos 3. Cómo se financia la provisión de bienes públicos 4. La fiscalización ambiental como parte de la regulación ambiental 5. La fiscalización ambiental en el Perú 6. El financiamiento de entidades reguladoras y supervisoras en el Perú 7. ¿Cómo financiamos la fiscalización ambiental?

## 1. INTRODUCCIÓN

La asignación del gasto público depende de un conjunto significativo de agentes, decisiones y demandas que, casi siempre, se encuentran en conflicto. El presupuesto público es la expresión máxima del problema económico de asignar recursos escasos a fines alternativos: un sol asignado a un tipo de gasto ya no está disponible para otro tipo de gasto.

La asignación de gasto en el presupuesto público es la manera mediante la cual el gobierno define el nivel o tamaño de los diferentes bienes públicos que ofrece a la sociedad. Por ejemplo, más presupuesto al sector defensa implicará

---

<sup>1</sup> Agradezco a Álvaro Hopkins Barriga y a Cristina Glave Barrantes por la asistencia de investigación. Darío Pedraglio Teiller hizo comentarios y me ayudó a mejorar la redacción. Como siempre, errores y omisiones son míos.

mayor poder disuasivo o de defensa a los vecinos. De manera similar, mayor presupuesto para las áreas naturales protegidas por el Estado implicará una mayor protección de los ecosistemas. Así, se podría seguir nombrando otros bienes públicos, como la administración de justicia o la seguridad ciudadana.

Desde la teoría económica, los bienes públicos generan beneficios que no pueden ser individualizados, por lo que la provisión privada sería inviable: nadie invertirá en proveer bienes o servicios si no puede cubrir sus costos por la venta de los mismos. Si no es posible individualizar los beneficios, nadie estará dispuesto a pagar por los bienes o servicios que los originan. Es necesario, entonces, que el Estado o alguna entidad colectiva con poder de coerción se encargue de organizar la provisión de bienes públicos.

En este artículo, se postula que la fiscalización ambiental –que comprende actividades destinadas a proteger el patrimonio ambiental de un país– es uno de esos bienes públicos en la medida que brinda beneficios indivisibles a la sociedad en general. En tanto tal, el cálculo de los beneficios que dichas actividades generan a la sociedad es relativamente complicado, porque no hay precios de mercado para los diferentes servicios involucrados: ¿Cuánto estamos dispuestos a pagar para estar seguros de que el agua que sale del caño es potable y su consumo será inocuo? ¿Cuánto estamos dispuestos a pagar para que el aire que respiramos esté limpio? Una fiscalización ambiental efectiva, creíble, técnica y transparente contribuye con la mejora de la calidad de vida de las personas por las siguientes razones: asegura que se cumpla con los estándares ambientales; da confianza a los ciudadanos; y, sobre todo, genera credibilidad en el consumidor global.

Conceptualizado como bien público, una opción para financiar la provisión de fiscalización ambiental es requerir recursos del tesoro público. Cuanto más recursos se asignen desde el presupuesto público, menos quedará disponible para el resto de bienes públicos que el Estado tiene la obligación de proveer, tales como la seguridad nacional, la seguridad ciudadana o el equilibrio macroeconómico; o tantos otros como la salud pública, la educación pública o los programas de lucha contra la pobreza. Otra opción de financiamiento consiste en cobrar a los usuarios, cuya disposición a pagar dependerá de los beneficios directos y medibles que las acciones de fiscalización ambiental le proporcionen. Como se verá a continuación, los beneficios que brinda la fiscalización ambiental pueden ser tanto divisibles como indivisibles, por lo que resultará óptimo, desde el punto de vista estrictamente económico, combinar las dos modalidades para lograr el financiamiento del servicio.

En el marco de los conceptos de la teoría económica, las actividades de fiscalización ambiental tienen características de bien público y generan las llamadas “externalidades”, las cuales brindan beneficios indivisibles por sí mismas, porque verifican la adecuada provisión de un bien público: la calidad ambiental. En la siguiente sección, se ofrece el marco teórico de la economía pública para explicar en qué consisten estos conceptos. Luego, se revisarán las actividades de fiscalización ambiental para, finalmente, conceptualizarla como bien público y generadora de externalidades. Así conceptualizada la fiscalización ambiental, resulta eficiente que se financie tanto con recursos del tesoro público como con recursos directamente aportados por las entidades fiscalizadas. Después, se discute brevemente cómo se ha organizado el Estado peruano para financiar a las diversas entidades que cumplen funciones reguladoras. Finalmente, se responderá a esta pregunta combinando la teoría económica con la práctica institucional peruana.

## **2. LA TEORÍA ECONÓMICA DE LAS EXTERNALIDADES Y LOS BIENES PÚBLICOS**

Una definición sencilla de teoría económica es ciencia dedicada a asignar recursos escasos entre fines alternativos<sup>2</sup>. La asignación de recursos se realiza de la manera más eficiente posible cuando los precios de mercado guían el proceso de toma de decisiones de los agentes que actúan maximizando su propio interés. Se habla así de un equilibrio de mercado, en el cual los recursos se asignan a los usos que generan el mayor valor a través del funcionamiento de la mano invisible; en otras palabras, las decisiones de los agentes, tomadas de manera descentralizada, es decir, sin coordinación entre ellos dependen de la señal de escasez que observan en el mercado: el precio. El mercado es el medio a través del cual se relacionan los agentes y, de esta manera, los bienes o servicios se transan dependiendo de las señales de precio que se observen.

El prerrequisito para el surgimiento de mercados es que los bienes sean privados. En economía, un bien se define como privado cuando los beneficios de su consumo son rivales (agotables) y cuando es exclusivo. El consumo es rival cuando agota el bien, y es exclusivo cuando resulta rentable excluir a otros del consumo y beneficiarse individualmente de este. Surgen mercados allí donde los bienes son privados; cuando quien paga por un bien puede, sin costo extra, excluir del consumo a quienes no han pagado.

---

<sup>2</sup> Esta es la definición que se encuentra en cualquier libro de introducción a la Economía. Para fines ilustrativos, se propone Fisher, Dornbusch y Schmalensee (1990).

Un bien público será aquel cuyos beneficios no son agotables y tampoco exclusivos. La defensa nacional es el mejor ejemplo de bien público puro: una vez definido el tamaño de la fuerza armada, ningún poblador podrá afirmar que cuenta con más defensa que otro poblador y tampoco podrá excluir a otro de la defensa. Con bienes públicos no es posible excluir a ningún agente del consumo, por lo que nadie querrá pagar y quien provee el bien no verá el fruto de su trabajo. No es posible que surja un mercado en esas circunstancias.

Las externalidades ocurren cuando las acciones de un agente económico afectan a otro directamente y no a través del sistema de precios. Estas son generadas por bienes o servicios que no tienen mercado. Las cantidades consumidas de la externalidad no son decididas por los agentes que reciben los beneficios o perjuicios causados por las acciones de otros que sí tuvieron poder de decisión. Los ejemplos clásicos de externalidades describen situaciones como las siguientes: un productor de manzanas que se beneficia de los servicios de polinización que proveen las abejas criadas por el apicultor vecino; la lavandería que se perjudica por la vecindad de una planta industrial que emite humos que ensucian la ropa dejada a secar; el agricultor que se perjudica porque sus cultivos son atacados, debido a que su vecino agricultor no realizó acciones de control de plagas o enfermedades; la explotación minera que relaja el cuidado de la impermeabilidad de los relaves elevando el riesgo de contaminación del agua para las poblaciones aledañas; etc.

Las externalidades toman forma de bien público cuando los beneficios son indivisibles, es decir, cuando una persona extra puede consumir la misma cantidad del bien o servicio sin costo adicional. Un ejemplo cotidiano de esto es el jardín externo de una vivienda que brinda beneficios a los vecinos y a todos los que pasen por el lugar, tanto en la forma de mejora estética como en la forma de mayor posibilidad de intercambio de oxígeno – dióxido de carbono.

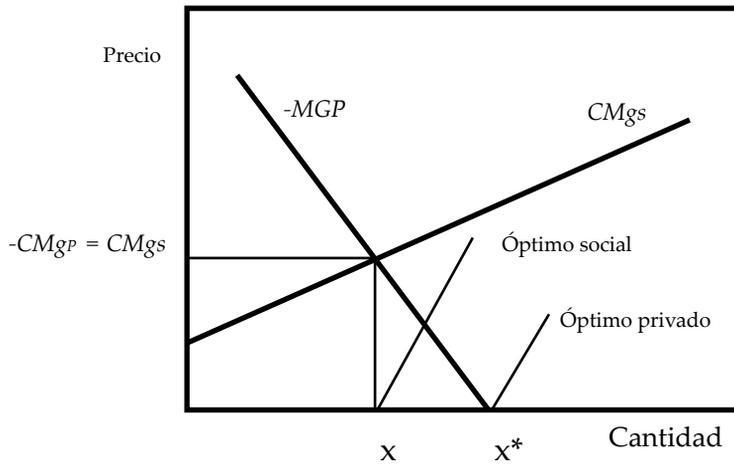
En presencia de externalidades, como ha sido explicado, no surgen mercados para esos bienes y servicios. Sin mercado, no hay manera descentralizada de conocer el valor de un bien o servicio, es decir, cuánto está la gente dispuesta a pagar por un determinado nivel de consumo. En consecuencia, tampoco es posible saber, sin interacción directa de los agentes, el nivel óptimo de consumo<sup>3</sup>. Sin señal de valor, no hay manera de asignar los recursos de manera eficiente. Se genera una discrepancia entre el llamado costo privado de proveer un bien y el costo social. Mientras el costo privado incluye todo aquello a lo que un

---

3 La máxima disposición a pagar por un bien o servicio, o el “valor” del mismo, es la definición de demanda.

agente privado renuncia para consumir un bien, el costo social incluye adicionalmente todos los efectos externos sobre otros agentes, para los cuales no hay un mercado definido. En el caso de una externalidad negativa, el costo privado es menor que el costo social, por lo que el bien generador de la externalidad es provisto en exceso de lo que sería eficiente, como se aprecia en el gráfico 1. En el caso de una externalidad positiva, el beneficio privado es menor que el beneficio social, por lo que la provisión del bien es menor a lo que sería considerado eficiente por la sociedad.

**Gráfico 1**



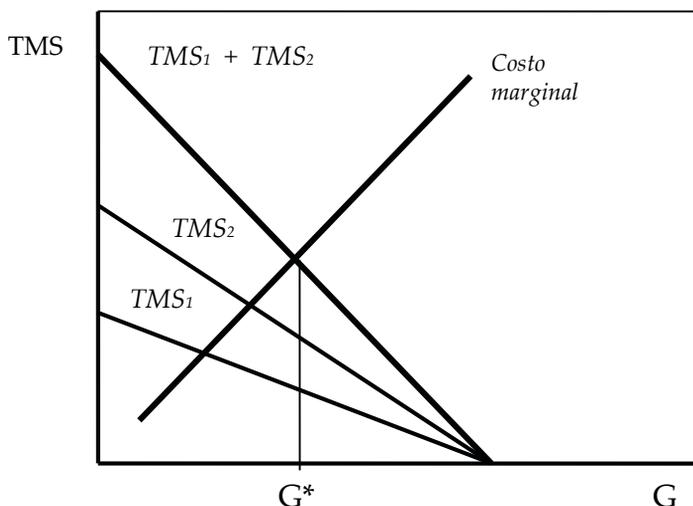
En el gráfico, se puede apreciar la curva de costo marginal privado de producir más contaminación ( $CMg_p$ , expresado en términos negativos, por lo que la curva cambia de pendiente); la curva de costo marginal social ( $CMg_s$ , con pendiente normal creciente). El óptimo privado ocurre a un nivel  $X^*$  que es mayor que el óptimo social  $X$ , que toma en cuenta las externalidades ocasionadas (Varian 1987).

En esta categoría, se encuentran los bienes o servicios ambientales, como el aire o agua limpia. Una de las primeras tareas relacionadas con los bienes ambientales es averiguar cuánto está la gente dispuesta a pagar por ellos. De este modo, se genera una señal de precio para guiar la asignación de recursos.

En el caso de los bienes públicos, Samuelson postuló que un bien público tiene la propiedad de implicar una externalidad, porque es consumido en la misma cantidad por dos o más individuos; en otras palabras, en el bien público puro,

el consumo individual es igual al consumo total del bien (1954: 350-356). En el gráfico 2, se puede observar que el nivel óptimo de provisión de un bien público se obtiene de la suma vertical de las demandas individuales.

**Gráfico 2**



En el gráfico anterior,  $G$  es el nivel de bien público, mientras que  $TMS$  es la tasa marginal de sustitución en el consumo de bien privado y el bien público por parte del consumidor 1 ( $TMS_1$ ) y del consumidor 2 ( $TMS_2$ ). Bajo supuestos simplificados, las  $TMS$  son equivalentes a la demanda por bien público. De este modo, la suma vertical de cada  $TMS$  para cada consumidor indica el nivel de demanda total por  $G$ . El nivel óptimo de consumo del bien público se determina en la intersección del costo marginal de proveer el bien público y la suma vertical de las demandas individuales (Varian 1987).

Muchos de estos bienes públicos generan el beneficio de reducir el riesgo para las acciones de agentes privados (Devarajan y Hummer 1997). Una reducción de riesgo es valorada como un beneficio en la medida de que se asume que los individuos sienten aversión al riesgo, es decir, que prefieren resultados ciertos a resultados inciertos. Los resultados ciertos e inciertos pueden compararse si calculamos el valor esperado del resultado incierto. En términos sencillos, el monto de lo que se espera ganar, o perder, se multiplica por la probabilidad de que ocurra la pérdida o ganancia. En la medida que se prefiere el resultado cierto al incierto, se puede encontrar una medida del deseo de pagar para asegurar con certeza un determinado resultado. Esta medida se conoce en la literatura económica como la prima de riesgo. En presencia de incertidumbre, los

mercados no alcanzan una asignación eficiente de recursos, por lo que puede resultar justificado que el Estado intervenga, con el fin de reducir el riesgo que enfrenta el sector privado.

### **3. CÓMO SE FINANCIA LA PROVISIÓN DE BIENES PÚBLICOS**

Hay dos grandes maneras de financiar la provisión de bienes públicos. Una es vía asignaciones del tesoro público y otra es a través de cargos directos a los usuarios. La forma óptima de financiamiento depende de la amplitud de beneficios y cuán individualizables puedan ser. Cuanto menos individualizables el nivel de beneficio y más cara la exclusión, más eficiente será el financiamiento a través del tesoro público, en tanto resulta equivalente a la definición de un bien público, en el que el consumo total es igual al consumo individual.

Las asignaciones del tesoro público se financian, a su vez, por la recaudación de impuestos a todos los ciudadanos. Un bien público financiado por asignaciones del tesoro es un bien cuyos beneficios tienen un amplio alcance a nivel de la población. De otro modo, los grupos que no se benefician podrían oponerse o demandar otros tipos de gastos. Asimismo, es muy costoso individualizar los beneficios. Como ya se mencionó, el ejemplo más claro es la provisión de defensa nacional.

Por otro lado, el financiamiento a través de cargos al usuario es eficiente cuando los beneficios están claramente individualizados, como es el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones o la utilización de carreteras. En el caso de los servicios de telecomunicaciones que se instalan en cada vivienda, la realización y recepción de llamadas solamente puede ser efectuada por el habitante de la vivienda. El beneficio es bastante individualizable –a pesar de que se reconoce que hay importantes externalidades de red<sup>4</sup>– por lo que resultaría ventajoso subsidiar las conexiones pero nunca el consumo, cuyos beneficios son exclusivamente privados. Sucede algo similar en cada carretera: los usuarios desgastan la capa asfáltica e imponen un costo de congestión al resto de usuarios de la misma carretera, pero no necesariamente a usuarios de carreteras lejanas, entonces beneficios y costos son individualizables a los usuarios de una determinada carretera. En consecuencia, cuanto más individualizable sea el beneficio, mayor será la eficiencia de financiar el bien público por cargos al usuario.

---

4 Esta característica es exhibida por un conjunto de bienes y servicios. En el caso de telecomunicaciones, la red vale más cuanto más usuarios estén conectados porque aumenta las posibilidades de llamadas. Una situación similar ocurre en el caso de la adopción de un determinado software.

#### 4. LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL COMO PARTE DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL

La fiscalización ambiental es parte de una política pública mayor, más amplia: la provisión óptima del bien público conocido como “calidad ambiental consistente con la vida humana”. Por su carácter de externalidad, es decir, bien o servicio sin mercado, resulta sumamente costoso que los privados de manera natural provean los niveles óptimos. Es preciso generar acción colectiva para determinar dichos niveles, diseñar los mecanismos para llegar a ellos, implementarlos, y hacer que se cumplan.

El Banco Mundial (1996: 28), al hacer una taxonomía de intervenciones del Estado, coloca a la contaminación como un ejemplo de externalidad negativa y le otorga al Estado un rol para reducirlas a través de regulaciones, impuestos o subsidios. De otro lado, Viscusi, Vernon y Harrington (1995: 8) clasifican a la regulación ambiental como una de las denominadas “regulaciones sociales”, la regulación de la salud y la de seguridad en el trabajo son las otras dos.

Comprendida dentro del ámbito regulatorio, es preciso recordar que la regulación, como intervención del Estado en el mercado, tiene que justificar su presencia sobre la base de un análisis beneficio-costos. Spulber (1989: 3) propone una prueba de fracaso de mercado que tiene como paso último y decisivo que la medida regulatoria pase el test de que sus costos de diseño e implementación sean menores a los beneficios que traerá a la sociedad el imponerla. En la misma línea, el concepto más utilizado es del análisis de impacto regulatorio (RIA por sus siglas en inglés<sup>5</sup>), que es equivalente a la prueba de fracaso de mercado. Según Baldwin y Cave (1999: 87), “[t]he RIA would not only set out the costs and benefits of proposed regulation but had to outline alternative approaches that might achieve the given regulatory goals at lower cost. Since not all benefits (or costs) could be quantified in monetary terms, non-quantifiable benefits had to be prescribed”<sup>6</sup>.

En otras palabras, la intervención del Estado por medio de la regulación se hace una vez que se verifica que esta brinda más beneficios que los costos que hacer cumplir la regulación. Esto se concluye después de evaluar mecanismos

---

5 Regulatory Impact Assessment

6 Traducción libre: “El AIR no solo establecería los costos y beneficios de la regulación propuesta sino también tendría que listar enfoques alternativos que podrían alcanzar el mismo objetivo regulatorio a un costo menor. En tanto no todos los beneficios (o costos) podrían ser cuantificados en términos monetarios, será preciso describir los beneficios que no son cuantificables.”

regulatorios alternativos y viables en el entorno institucional del sector y país en cuestión. Dentro de los costos de cumplimiento, se encuentran los recursos necesarios para hacer cumplir la regulación, por el lado del supervisor o fiscalizador, y los recursos que los privados obligados a cumplirla le dedican.

En ese sentido, la regulación como concepto va más allá del diseño y promulgación de normas para obligar a los agentes económicos a realizar determinados comportamientos consistentes con la maximización del bienestar en el largo plazo (Newberry 2000: 136). De hecho, Baldwin, Cave y Lodge afirman lo siguiente: “[a] regulatory issue that has been particularly productive of fresh theories and approaches has been that of enforcement and compliance. (2010: 11)”<sup>7</sup>

La supervisión, fiscalización o monitoreo de la manera como los agentes económicos cumplen con las regulaciones se convierten así en un componente fundamental de la regulación misma. En el análisis del costo de cumplir con la regulación, que es parte de los costos totales de emitirla, se incluyen –como se ha mencionado– los costos de cumplirla, por parte del obligado; y los costos de supervisar el cumplimiento, por parte del supervisor (o fiscalizador).

## 5. LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ

Establecidas la necesidad de regulación ambiental para el aumento del bienestar social, la fiscalización ambiental como componente de esta, así como las normas o la vigencia de instrumentos de gestión ambiental aprobados por las autoridades, se procederá ahora a discutir cómo se entiende la fiscalización ambiental en el Perú.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en el desarrollo de las normas que requiere para cumplir con sus funciones, ha establecido que la fiscalización ambiental puede ser comprendida en un sentido amplio, pero también en un sentido estricto. El primero, el de sentido amplio, “(...) comprende las acciones de evaluación (monitoreo) de la calidad ambiental, supervisión, fiscalización, sanción y aplicación de incentivos realizadas por las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales.” (OEFA 2014: 10). El segundo sentido, el estricto, “(...) puede entenderse como el poder que tiene el Estado para imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones ambientales” (OEFA 2014: 10).

---

7 Traducción libre: “Un asunto regulatorio que ha sido particularmente productivo al generar nuevas teorías y enfoques es el de los mecanismos para hacer cumplir y el cumplimiento mismo.”

De esta forma, en el sentido amplio, las labores de fiscalización ambiental proveen beneficios indivisibles en la medida que verifican que se cumplan los estándares de calidad ambiental y estos benefician a todos. Al mismo tiempo, en el sentido estricto, las labores de fiscalización ambiental se enfocan en los administrados, es decir, en las personas que se han comprometido –por medio de los diversos instrumentos de gestión ambiental aprobados por las autoridades competentes– a realizar acciones e incurrir en costos para realizar actividades económicas consistentes con la sostenibilidad ambiental. En ambos casos, la labor de OEFA, bien realizada, da credibilidad y seguridad a la población, brindando certeza de que los productos que los ciudadanos adquieren son manufacturados por empresas que cumplen los estándares ambientales y la legislación ambiental en general.

## **6. EL FINANCIAMIENTO DE ENTIDADES REGULADORAS Y SUPERVISORAS EN EL PERÚ**

El Estado peruano ha optado por financiar a las instituciones económicas que proveen bienes públicos puros por medio de cargos directos a los usuarios de dichos servicios o mediante el otorgamiento de plena autonomía para financiarse. La Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (Sunat) se financia con un porcentaje del Impuesto General a las Ventas que cobra por todas las transacciones afectadas. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) se financia con un porcentaje del valor de los activos de las entidades que supervisa. El Banco Central de Reserva (BCR) tiene autonomía presupuestaria y el tesoro público no contribuye en nada a su financiamiento. En ninguno de estos casos hay transferencias del tesoro público para el financiamiento de las entidades, aun cuando todas estas proveen bienes públicos puros, con beneficios claramente indivisibles.

Los organismos reguladores de servicios públicos –como el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass)– se financian con cargos directos a los administrados. A diferencia de las tres entidades mencionadas en el párrafo anterior, en estos casos, el beneficio de la supervisión es claramente individualizable en la medida que supervisan a empresas, públicas y privadas que proveen servicios domiciliados (en su mayor parte). El denominado aporte por regulación es un porcentaje que no excede en ningún caso el uno por ciento de los ingresos brutos<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> También, se financia enteramente con cargos al usuario y multas la Superintendencia del Mercado de Valores, así como la Superintendencia de Registros Públicos.

En el otro extremo, a saber, entre aquellas financiadas únicamente con recursos ordinarios, es decir, provenientes del tesoro público, se encuentra la recientemente creada Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil). La Ley N° 29981 mediante la cual se crea dicha institución prevé que esta se financie con el resultado de sus acciones; por ejemplo, con multas. No obstante, la Ley N° 30230 ha cortado esta posibilidad.

En varias entidades, se encuentran mezclas de fuentes de financiamiento (cargos al usuario, multas y recursos del tesoro público), pero es la fuente que predomina la que permite agruparlas en dos categorías. Aquellas en las que predominan los recursos del tesoro son las siguientes: el Organismo de Supervisión de los recursos forestales y de fauna silvestre (Osinfor); la Superintendencia de Bienes Estatales; la Superintendencia de Transporte Terrestre de personas, carga y mercancías (Sutran); y la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud). Finalmente, aquellas en las que predominan los recursos directamente recaudados son la Superintendencia de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil, y la Superintendencia Nacional de Migraciones.

## **7. ¿CÓMO FINANCIAMOS LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL?**

Se retorna entonces a la pregunta inicial: cómo financiar la fiscalización ambiental. Teóricamente, cuanto menos individualizable resulta el beneficio de un bien público es, mayor será el financiamiento que proviene directamente de los recursos de todos (tesoro público), lo que encontramos en el Perú es una situación que ha privilegiado que las instituciones claves para el funcionamiento económico sean factibles por la naturaleza de los servicios supervisados o provistos, se financien con cargos a los usuarios, es decir, a los administrados. La respuesta, entonces, tiene que ubicarse en la experiencia institucional peruana que, en los últimos 25 años, ha tratado de reconstruir un conjunto de instituciones claves para el funcionamiento económico, dándoles la mayor autonomía presupuestaria posible.

En esa línea de argumentación, la fiscalización ambiental es un servicio fundamental para el funcionamiento de la economía y de la sociedad. En cuanto a su impacto económico, la fiscalización ambiental garantiza que los bienes y servicios producidos en el Perú cumplan con una normativa y que las empresas gestionen los impactos ambientales según los instrumentos aprobados por las respectivas autoridades. En un mundo globalizado, cada vez más preocupado por la sostenibilidad del crecimiento y del desarrollo, garantizar procesos productivos consistentes con un nivel óptimo de calidad ambiental hace más competitivos a los individuos y a las comunidades y permite acceder a mayores mercados.

En cuanto a su impacto social, que la población peruana tenga la seguridad de que las actividades económicas realizadas en el territorio nacional se realizan cumpliendo con los instrumentos de gestión ambiental aprobados y que los estándares de calidad ambiental están siendo supervisados, constituye una garantía de buena calidad de vida. Se obtiene más bienestar como nación, cuando la fiscalización ambiental es realizada por una autoridad estatal con poder de coerción.

La importancia de la fiscalización ambiental y la opción del Estado peruano de asegurar que este tipo de instituciones claves para el funcionamiento económico se financien con recursos propios (cargos a los administrados), independientemente de cuán excluyente sea el bien público provisto, justifica que el OEFA se financie con cargos a los usuarios.

**BIBLIOGRAFÍA**

- BALDWIN, Robert y Martin CAVE  
1999 *Understanding Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE  
2010 *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- BANCO MUNDIAL  
1997 *Informe sobre el Desarrollo Mundial. El Estado en un mundo en transformación*. Washington DC: Banco Mundial.
- DEVARAJAN, Shantayanan y Jeffrey S. HAMMER  
1997 *Public Expenditures and Risk Reduction*. Policy Research Working Paper. Washington DC: The World Bank.
- FISHER, Stanley, Rudiger DORNBUSCH y Richard SCHMALENSEE  
1990 *Economía*. Segunda Edición. México DF: McGraw-Hill.
- GUASCH, José Luis y Pablo SPILLER  
1998 *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*. Washington DC: The World Bank.
- NEWBERRY, David  
2000 *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- SAMUELSON, Paul  
1954 "A Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure". *Review of Economics and Statistics*. N° 37, pp. 350-56.
- SPULBER, Daniel F.  
1989 *Regulation and Markets*. Cambridge: MIT Press.
- VARIAN, Hal  
1987 *Microeconomía Intermedia. Un enfoque actual*. Quinta Edición. Barcelona: Antoni Bosch editor.
- VISCUSI, W. Kip, John M. VERNON y Joseph E. HARRINGTON Jr.  
1995 *Economic Regulation and Antitrust*. Second Edition. Cambridge: MIT Press.

## **RESEÑA DE AUTORES**

### **ROXANA BARRANTES CÁCERES**

PhD por la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign y economista de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se ha desempeñado como asesora, consultora y directora de organismos reguladores (Osiptel, Ositran y Sunass); así como miembro de la Comisión Ambiental Metropolitana (CAM) de la Municipalidad de Lima. Fue presidenta del Seminario Permanente de Investigación Agraria de Perú (SEPIA), miembro del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales del Consejo Nacional del Ambiente (Conam) del Perú, presidenta del Comité Proconectividad de Proinversión y consultora del Gabinete de Asesores del Ministerio de Agricultura y Riego del Perú.

Actualmente, es directora general e investigadora principal del Instituto de Estudios Peruanos (IEP), presidenta del Consejo Directivo del Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES) y miembro del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Además, es profesora principal del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro del Comité Directivo de la Red para el Diálogo Regional sobre la sociedad de la información (Dirsi) y del Comité Consultivo del Programa Latinoamericano de Economía Ambiental (Laceep).

### **ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO**

Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con una Maestría en Economía y Regulación de Servicios Públicos: Energía, Telecomunicaciones, Agua y Competencia, por la Universidad de Barcelona de España. Actualmente, se encuentra cursando el Doctorado en Derecho en la PUCP.

Se ha desempeñado como abogado en la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural y la Presidencia del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de

la Inversión en Energía y Minería (Osinermin), y asesor de Presidencia en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Actualmente, brinda consultorías a instituciones públicas sobre temas relacionados con el derecho administrativo y es profesor a tiempo completo a nivel pregrado y posgrado en la PUCP. Dicta el curso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho en dicha casa de estudios y en la Universidad ESAN. A nivel de posgrado, dicta los cursos de Instituciones Jurídicas de la Regulación, y de Estado y Regulación en la Maestría de Regulación de Servicios Públicos de la PUCP; y, Seminario de Tesis en la Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP. Además, es profesor asociado de Derecho Administrativo en la Academia de la Magistratura desde el año 2005.

### **VÍCTOR GARCÍA TOMA**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Se ha desempeñado en los siguientes cargos públicos y privados: presidente del Tribunal Constitucional, ministro de Estado en la cartera de Justicia y juez *ad hoc* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y profesor de la Universidad San Ignacio de Loyola. Asimismo, es autor de muchas publicaciones jurídicas.

Actualmente, es socio del estudio Benites, Forno & Ugaz. Además, se desempeña como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Martín de Porres. A nivel posgrado, es profesor de la Maestría en Gobernabilidad de la Universidad de San Martín de Porres.

### **MILAGROS GRANADOS MANDUJANO**

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de especialización en Derecho Constitucional, Administrativo y Ambiental.

Ha prestado servicios en el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, ha participado en la elaboración de diversos libros y guías jurídicas. Es autora de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

Actualmente, se desempeña como Coordinadora General (e) de Proyectos Normativos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

### **CARLOS HAKANSSON NIETO**

Abogado por la Universidad de Lima y doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Es titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo del Departamento de Educación y Cultura de la Comisión Europea. Complementó su formación e investigación en el Departamento de Derecho Político y Teoría del Estado de la Universidad de Santiago de Compostela (España) y en la Universidad de Oxford (Reino Unido).

Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Además, es miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Es autor de los libros *La forma de gobierno de la Constitución peruana* (2001), *Curso de derecho constitucional* (2009), y de diversos artículos sobre temas constitucionales y de integración publicados en revistas nacionales y extranjeras.

Actualmente, se desempeña como profesor ordinario principal en la Universidad de Piura y tiene a su cargo las asignaturas de Derecho Constitucional y de Derecho de la Integración. Asimismo, es docente de la Maestría en Derecho de dicha casa de estudios.

### **IVÁN LANEGRA QUISPE**

Abogado especializado en política y derecho ambiental. Es magíster en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma universidad.

Se ha desempeñado como subdirector del Instituto Nacional de Protección del Medio Ambiente para la Salud en el Ministerio de Salud; asesor de la Dirección General de Medio Ambiente del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción; gerente de Gestión Transectorial del Consejo Nacional del Ambiente; gerente de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente del Gobierno Regional de Junín; defensor adjunto para

el Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo; y viceministro de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

Actualmente, es profesor del curso de Ciencias Políticas en la Universidad del Pacífico, de Ciencias Políticas y Gobierno en la PUCP y de Derecho Ambiental en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

### **RICHARD MARTIN TIRADO**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios completos de la Maestría en Derecho Internacional Económico en la misma casa de estudios. Magíster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

Se ha desempeñado como secretario de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, viceministro de Asuntos Administrativos y Económicos del Ministerio de Defensa, secretario general del Ministerio de Justicia, secretario general del Ministerio de Energía y Minas. Además, ha sido miembro del Consejo Directivo del Indecopi, miembro del Tribunal del Servicio Civil, presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, consultor legal del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en materia de concesiones de infraestructura, miembro del Directorio de la Caja Municipal de Lima, gerente general y miembro del Directorio de Protransporte, y asesor de entidades públicas en materia de contrataciones y procesos de promoción de la inversión privada. Asimismo, ha sido consultor legal del Proyecto de Modernización del Estado de la Presidencia del Consejo de Ministros y asesor legal de la Contraloría General de la República.

Ha publicado más de cincuenta artículos en revistas especializadas y ha sido coautor de diversas obras en materia de derecho administrativo. Es autor del libro Manual de contrataciones y adquisiciones en el Estado y ha participado en diversas conferencias internacionales.

### **CARLOS MORENO GRÁNDEZ**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con una Maestría en Derecho con mención en Derecho Procesal y un postítulo en Derechos Fundamentales por la misma universidad. Asimismo, posee una diplomatura en Derecho de la Minería y, en Derecho de la Energía y Medio Ambiente por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Se ha desempeñado como funcionario de la Intendencia Nacional Jurídica de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat). Ha sido supervisor de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural en el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin).

Actualmente, es socio principal de Moreno & Pérez Abogados y Contadores.

**Anexos:**  
**Normas Legales**



## **ANEXO 1**

### **LEY N° 27332**

(Publicada el 29 de julio del 2000)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

(...)

#### **Artículo 10º.- Aporte por regulación**

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.

(...)

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los trece días del mes de julio del dos mil.

MARTHA HILDEBRANDT PÉREZ TREVIÑO  
Presidenta del Congreso de la República

RICARDO MARCENARO FRERS

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

ALBERTO BUSTAMANTE BELAUNDE

Presidente del Consejo de Ministros

EFRAIN GOLDENBERG SCHREIBER

Ministro de Economía y Finanzas

## **ANEXO 2**

### **LEY N° 27699**

(Publicada el 16 de abril del 2002)

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA (OSINERG)**

(...)

#### **Artículo 7º.- Naturaleza del aporte**

Precísase que el aporte a que hace mención el Artículo 10º 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.

(...)

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión del Pleno realizada el día trece de diciembre de dos mil uno, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 108º de la Constitución Política del Estado, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los quince días del mes de abril de dos mil dos.

CARLOS FERRERO

Presidente del Congreso de la República

HENRY PEASE GARCÍA

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

## **ANEXO 3**

### **LEY N° 29951**

(Publicada el 4 de diciembre del 2012)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO FISCAL 2013**

(...)

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

(...)

**CUADRAGÉSIMA OCTAVA.** 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 (Osinergmin).

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.

(...)

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los treinta días del mes de noviembre de dos mil doce.

VÍCTOR ISLA ROJAS  
Presidente del Congreso de la República

JUAN CARLOS EGUREN NEUENSCHWANDER  
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de diciembre del año dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO  
Presidente Constitucional de la República

JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR  
Presidente del Consejo de Ministros

## **ANEXO 4**

### **LEY N° 30011**

(Publicada el 26 de abril del 2013)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY QUE MODIFICA LA LEY 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

(...)

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

(...)

**TERCERA.** Las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación establecido en la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Dichos recursos constituyen ingresos propios de esta entidad, los cuales son incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

(...)

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los ocho días del mes de abril de dos mil trece.

VÍCTOR ISLA ROJAS

Presidente del Congreso de la República

JUAN CARLOS EGUREN NEUENSCHWANDER

Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR

Presidente del Consejo de Ministros

## **ANEXO 5**

### **LEY N° 30115**

(Publicada el 2 de diciembre del 2013)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY DE EQUILIBRIO FINANCIERO DEL PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO FISCAL 2014**

(...)

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

(...)

**SEXTA.** 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.

(...)

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los treinta días del mes de noviembre de dos mil trece.

FREDY OTÁROLA PEÑARANDA  
Presidente del Congreso de la República

LUIS IBERICO NÚÑEZ  
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, al primer día del mes de diciembre del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO  
Presidente Constitucional de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO  
Presidente del Consejo de Ministros

## **ANEXO 6**

# **DECRETO SUPREMO QUE ESTABLECE DISPOSICIONES REFERIDAS AL APORTE POR REGULACIÓN DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA A CARGO DE LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DEL SECTOR ENERGÍA**

## **DECRETO SUPREMO Nº 129-2013-PCM**

(Publicado el 19 de diciembre del 2013)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 10° de la Ley Nº 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos establece que los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito de competencia, 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;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 136-2002-PCM se fijaron los porcentajes del Aporte por Regulación de cargo del sector energía que le correspondían al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, en mérito al ejercicio de sus funciones normativas, de regulación, supervisión y fiscalización;

Que, el primer párrafo de la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 dispone que 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 Nº 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;

Que, en este mismo sentido, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 30011 - Ley que modifica la Ley Nº 29325, Ley del Sistema Nacional

de Evaluación y Fiscalización Ambiental señala que las funciones de fiscalización ambiental ejercidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA en las actividades de energía y minería se financian con cargo al Aporte por Regulación establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951; dichos recursos constituyen ingresos propios del OEFA, los cuales son incorporados a su presupuesto institucional, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados;

Que, es necesario establecer aportes diferenciados por actividad, preservando que el aporte establecido para el financiamiento del macroproceso de fiscalización ambiental relacionado con las actividades de energía, bajo el ámbito de competencia del OEFA, guarde relación con un presupuesto razonable y equilibrado de dicho organismo, que le permita ejecutar ágil y eficientemente las mencionadas funciones;

Que, es importante destacar que la fiscalización ambiental genera beneficios para las empresas que realizan sus actividades invirtiendo en el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a su cargo, toda vez que se expresa mediante acciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción que contribuyen a optimizar el funcionamiento del mercado, evitando que las empresas que no cumplen con sus obligaciones ambientales compitan de manera desleal con las que sí cumplen;

Que, los porcentajes del Aporte por Regulación que recibirá el OEFA permitirán que esta entidad pública se afiance como el garante del cumplimiento de las obligaciones ambientales en el país, mediante el financiamiento de las acciones necesarias para su fortalecimiento institucional en lo relativo a la fiscalización ambiental de las empresas y entidades del sector energía;

Que, la determinación de los porcentajes del Aporte por Regulación que corresponden al OEFA se ha efectuado en estricto cumplimiento del marco legal vigente, de manera técnica, precisa y razonable, calculando las necesidades de gasto de la institución bajo un esquema de supervisión efectivo basado en la racionalización del esfuerzo fiscalizador que asume el OEFA para el periodo 2014 - 2016, que considera las características particulares de la fiscalización ambiental y promueve el desarrollo sostenible de las actividades económicas;

Que, adicionalmente, para el cálculo de dichos porcentajes se ha tomado en consideración la disponibilidad de recursos provenientes del Aporte por Regulación del sector energía, evitando que se afecte la competitividad de las empresas obligadas a su pago e impidiendo el subsidio a la fiscalización ambiental de actividades diferentes a la energía;

Que, se debe tener en cuenta que los porcentajes del Aporte por Regulación del OEFA y del OSINERGMIN, sumados a las contribuciones percibidas por el Ministerio de Energía y Minas en atención a lo dispuesto en el Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas y la Ley N° 27116 - Ley que crea la Comisión de Tarifas de Energía, no pueden exceder el 1% 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;

Que, teniendo en consideración lo establecido en el Informe N° 011-2013-OEFA/SG del 28 de agosto de 2013 y el Informe N° 016-2013-OEFA/SG del 10 de diciembre de 2013, corresponde fijar los porcentajes del Aporte por Regulación de cargo de las empresas y entidades del sector energía que debe percibir el OEFA para los años 2014, 2015 y 2016;

De conformidad con lo dispuesto en el Numeral 8 del Artículo 118° de la Constitución Política del Perú, el Artículo 10° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y los Artículos 11° y 13° de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

**Artículo 1°.- Aportes de las empresas y las entidades del sector energía que corresponden al OEFA**

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 y entidades del sector energía:

Subsectores	Sujetos Obligados
Electricidad	Los concesionarios de generación, de transmisión y de distribución de energía eléctrica, así como las entidades que desarrollan exclusivamente actividades de generación mediante autorización.
Hidrocarburos Importación/ Producción	Las entidades y las empresas del subsector hidrocarburos que realizan actividades de importación y/o producción de combustibles, incluyendo gases licuados de petróleo.
Hidrocarburos Transporte /Distribución	Las entidades y las empresas del subsector hidrocarburos, concesionarios de actividades de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos.

- 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 y entidades del sector energía mencionadas en el Numeral 1.1 será calculado sobre su facturación mensual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de acuerdo a los siguientes porcentajes:

Sector	Subsector	Porcentaje OEFA
Energía	Electricidad	0,11
	Hidrocarburos Importación / Producción	0,12
	Hidrocarburos Transporte / Distribución	0,15

#### **Artículo 2º.- Procedimiento de Pago**

- 2.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, en ejercicio de su potestad normativa, dictará las disposiciones reglamentarias pertinentes para la mejor aplicación y cobranza de los Aportes de su competencia.
- 2.2 La falta de pago oportuno del porcentaje del aporte por regulación del OEFA dará lugar a la aplicación de las sanciones e intereses previstos en el Código Tributario.

#### **Artículo 3º.- Regla de supletoriedad**

Será de aplicación supletoria para el cálculo del Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA de cargo de las empresas y entidades del sector energía las reglas establecidas para la determinación y aplicación del Aporte por Regulación de OSINERG-MIN para el sector energético.

#### **Artículo 4º.- Publicación**

Publíquese el presente Decreto Supremo en el Diario Oficial El Peruano, el Portal de la Presidencia del Consejo de Ministros ([www.pcm.gob.pe](http://www.pcm.gob.pe)), el Portal del Ministerio del Ambiente - MINAM ([www.minam.gob.pe](http://www.minam.gob.pe)), el Portal del Ministerio de Energía y Minas - MEM ([www.minem.gob.pe](http://www.minem.gob.pe)) y el Portal del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).

**Artículo 5º.- Refrendo**

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro del Ambiente.

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO  
Presidente Constitucional de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO  
Presidente del Consejo de Ministros

MANUEL PULGAR-VIDAL OTALORA  
Ministro del Ambiente

LUIS MIGUEL CASTILLA RUBIO  
Ministro de Economía y Finanzas

JORGE MERINO TAFUR  
Ministro de Energía y Minas

## **ANEXO 7**

# **DECRETO SUPREMO QUE ESTABLECE DISPOSICIONES REFERIDAS AL APORTE POR REGULACIÓN DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA A CARGO DE LAS EMPRESAS DEL SECTOR MINERÍA**

### **DECRETO SUPREMO Nº 130-2013-PCM**

(Publicado el 19 de diciembre del 2013)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 10º de la Ley Nº 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos establece que los organismos reguladores recaudarán de las empresas bajo su ámbito de competencia, 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;

Que, el Artículo 4º de la Ley Nº 29901 - Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) establece que el aporte por regulación a que se refiere el Artículo 10º de la Ley Nº 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Público, alcanza a los titulares de las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del OSINERGMIN. Asimismo dispone que el referido aporte 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, con el cual el OSINERGMIN financiará las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras bajo su ámbito;

Que, el primer párrafo de la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 dispone que 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 10º de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

Que, en este mismo sentido, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental señala que las funciones de fiscalización ambiental ejercidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA en las actividades de energía y minería se financian con cargo al Aporte por Regulación establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951; dichos recursos constituyen ingresos propios del OEFA, los cuales son incorporados a su presupuesto institucional, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados;

Que, resulta necesario establecer aportes diferenciados por actividad, preservando que el aporte establecido para el financiamiento del macroproceso de fiscalización ambiental relacionado con las actividades de la gran y mediana minería, bajo el ámbito de competencia del OEFA, guarde relación con un presupuesto razonable y equilibrado de dicho organismo, que le permita ejecutar ágil y eficientemente las mencionadas funciones;

Que, es importante destacar que la fiscalización ambiental genera beneficios para las empresas que realizan sus actividades invirtiendo en el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a su cargo, toda vez que se expresa mediante acciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción que contribuyen a optimizar el funcionamiento del mercado, evitando que las empresas que no cumplen con sus obligaciones ambientales compitan de manera desleal con las que sí cumplen;

Que, los porcentajes del Aporte por Regulación que recibirá el OEFA permitirán que esta entidad pública se afiance como el garante del cumplimiento de las obligaciones ambientales en el país, mediante el financiamiento de las acciones necesarias para su fortalecimiento institucional en lo relativo a la fiscalización ambiental de las actividades del sector minería bajo su ámbito de competencia;

Que, la determinación de los porcentajes del Aporte por Regulación que corresponden al OEFA se ha efectuado en estricto cumplimiento del marco legal vigente, de manera técnica, calculando las necesidades de gasto de la institución bajo un esquema de supervisión efectivo basado en la racionalización del esfuerzo fiscalizador que asume el OEFA para el periodo 2014 - 2016, que considera las características particulares de la fiscalización ambiental y promueve el desarrollo sostenible de las actividades económicas;

Que, adicionalmente, para el cálculo de dichos porcentajes se ha tomado en consideración la disponibilidad de recursos provenientes del Aporte por Regulación del sector minería, evitando que se afecte la competitividad de las empresas obligadas a su pago, impidiendo el subsidio a la fiscalización ambiental de actividades diferentes a la minería y evitando que se genere un impacto negativo en las actividades económicas de dicho sector;

Que, teniendo en consideración lo señalado en el Informe N° 011-2013-OEFA/SG del 28 de agosto de 2013 y el Informe N° 016-2013-OEFA/SG del 10 de diciembre de 2013, corresponde fijar los porcentajes del Aporte por Regulación de cargo del sector minería que debe percibir el OEFA para los años 2014, 2015 y 2016;

De conformidad con lo dispuesto en el Numeral 8 del Artículo 118° de la Constitución Política del Perú, el Artículo 10° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Artículo 4° de la Ley N° 29901 - Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería y los Artículos 11° y 13° de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

### **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

### **Artículo 2º.- Procedimiento de Pago**

- 2.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, en ejercicio de su potestad normativa, dictará las disposiciones reglamentarias pertinentes para la mejor aplicación y cobranza de los Aportes de su competencia.
- 2.2 La falta de pago oportuno del porcentaje del aporte por regulación del OEFA dará lugar a la aplicación de las sanciones e intereses previstos en el Código Tributario.

### **Artículo 3º.- Publicación**

Publíquese el presente Decreto Supremo en el Diario Oficial El Peruano, el Portal de la Presidencia del Consejo de Ministros ([www.pcm.gob.pe](http://www.pcm.gob.pe)), el Portal del Ministerio del Ambiente - MINAM ([www.minam.gob.pe](http://www.minam.gob.pe)), el Portal del Ministerio de Energía y Minas - MEM ([www.minem.gob.pe](http://www.minem.gob.pe)) y el Portal del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).

### **Artículo 4º.- Refrendo**

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas, el Ministro del Ambiente y el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO  
Presidente Constitucional de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO  
Presidente del Consejo de Ministros

MANUEL PULGAR-VIDAL OTALORA  
Ministro del Ambiente

LUIS MIGUEL CASTILLA RUBIO  
Ministro de Economía y Finanzas

JORGE MERINO TAFUR  
Ministro de Energía y Minas

## **ANEXO 8**

### **APRUEBAN PROCEDIMIENTO DE RECAUDACIÓN Y CONTROL DEL APORTE POR REGULACIÓN DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA**

#### **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 009-2014-OEFA/CD** (Publicada el 31 de enero del 2014)

Lima, 29 de enero de 2014

VISTO: El Informe N° 019-2013-OEFA/SG del 23 de diciembre de 2013 de la Secretaría General; y,

CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 10° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos establece que los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito de competencia 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;

Que, en el marco de lo dispuesto en el primer párrafo de la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 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 N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

Que, mediante Decretos Supremos N° 129-2013- PCM y 130-2013-PCM se establecieron los porcentajes del Aporte por Regulación que corresponden al OEFA a cargo de las empresas de los sectores energía y minería, respectivamente; asimismo, se dispuso que el OEFA, en ejercicio de su potestad normativa, dictará las disposiciones reglamentarias pertinentes para la mejor aplicación y cobranza de los referidos aportes;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 053-2013-OEFA/CD del 27 de diciembre de 2013 se dispuso la publicación del Proyecto de Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Institucional de la entidad, con la finalidad de recibir los respectivos comentarios, sugerencias y observaciones de la ciudadanía en general, por un plazo de diez (10) días hábiles contado a partir de la publicación de la citada Resolución en el Diario Oficial El Peruano, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 39° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM;

Que, habiéndose recabado los comentarios, sugerencias y observaciones de los interesados, corresponde aprobar el texto definitivo del Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA;

Que, tras la absolución y análisis de los aportes recibidos durante el período de publicación de la propuesta normativa, mediante Acuerdo N° 008-2014 adoptado en la Sesión Ordinaria N° 004-2014 del 29 de enero de 2014, el Consejo Directivo del OEFA decidió aprobar el Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, por lo que resulta necesario formalizar este acuerdo mediante Resolución de Consejo Directivo, habiéndose establecido la exoneración de la aprobación del Acta respectiva a fin de asegurar su vigencia inmediata;

Contando con el visado de la Secretaría General, la Oficina de Administración, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina de Asesoría Jurídica del OEFA;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325; la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013; y, en ejercicio de las atribuciones conferidas en el Literal n) del Artículo 8° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM;

SE RESUELVE:

**Artículo 1º.-** Aprobar el Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, el cual contiene dieciocho (18) Artículos, tres (3) Disposiciones Complementarias Finales, una (1) Disposición Complementaria Transitoria, y tres (3) Anexos, y forma parte de la presente Resolución.

**Artículo 2º.-** Disponer la publicación de la presente Resolución y la norma aprobada en su Artículo 1º en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Institucional del OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).

**Artículo 3º.-** Disponer la publicación en el Portal Institucional del OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)) de la Exposición de Motivos de la norma aprobada en el Artículo 1º de la presente Resolución, así como de la matriz que sistematiza y absuelve los comentarios, observaciones y sugerencias recibidas por la entidad durante el período de publicación del proyecto normativo.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

HUGO RAMIRO GÓMEZ APAC  
Presidente del Consejo Directivo  
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

## **PROCEDIMIENTO DE RECAUDACIÓN Y CONTROL DEL APORTE POR REGULACIÓN DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA**

### **Artículo 1º.- Objeto**

La presente norma regula el procedimiento de recaudación y control del Aporte por Regulación que le corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

### **Artículo 2º.- Ámbito de aplicación**

La presente norma es aplicable a los sujetos de los sectores energía y minería obligados al pago del Aporte por Regulación que corresponde al OEFA, conforme a lo establecido en los Decretos Supremos N° 129-2013-PCM y 130-2013-PCM.

### **Artículo 3º.- Naturaleza del Aporte por Regulación**

3.1 El Aporte por Regulación tiene la naturaleza de contribución, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7º de la Ley N° 27699 - Ley Com-

plementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN.

- 3.2 Los recursos obtenidos por la aplicación del referido aporte constituyen ingresos propios del OEFA y tienen como finalidad el financiamiento de la fiscalización ambiental de las actividades de energía y minería, en el marco de lo establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

#### **Artículo 4º.- Sujetos obligados al pago**

##### **4.1. Sector Energía**

(i) Subsector Electricidad:

- Las empresas de generación de energía eléctrica.
- Las empresas de transmisión de energía eléctrica, incluso aquellas que cobran peaje por la utilización de sistemas de transmisión secundarios.
- Las empresas de distribución de energía eléctrica.

(ii) Subsector Hidrocarburos:

- Las empresas y entidades que realizan actividades de importación y/o producción de hidrocarburos, incluyendo gases licuados de petróleo y gas natural.
- Los concesionarios de las actividades de transporte y distribución de hidrocarburos, incluyendo distribución de gas natural por red de ductos.

##### **4.2. Sector Minería**

Los titulares de las actividades de mediana y gran minería, según la legislación vigente.

#### **Artículo 5º.- Base imponible**

Para la determinación de la base imponible, los sujetos obligados al pago deben verificar la realización de los hechos generadores de la obligación considerando las siguientes actividades:

##### **a) Sector Energía:**

###### **a.1) Subsector Electricidad:**

La base imponible comprende la facturación mensual que corresponda a las actividades relacionadas al ámbito de la competencia evaluadora, supervisora y fiscalizadora del OEFA, deducido del Impuesto General a las Ventas (IGV) y el Impuesto de Promoción Municipal (IPM), de acuerdo al siguiente detalle:

(i) Para las empresas de generación de energía eléctrica:

- La facturación de energía y potencia efectuada a sus clientes, sean empresas distribuidoras, clientes libres u otro tipo de clientes;
- Los pagos de peaje que reciben por el uso de redes secundarias de transmisión de su propiedad;
- Los montos correspondientes a las transferencias de energía activa, reactiva y potencia a otras empresas integrantes del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional - COES, en calidad de excedentario; y,
- Los intereses compensatorios y moratorios aplicados a sus clientes, sean empresas distribuidoras, clientes libres u otro tipo de clientes, por facturaciones vencidas o pagos fuera de fecha.

(ii) Para las empresas de transmisión de energía eléctrica:

- Los pagos recibidos por todos los conceptos de peajes de sistemas de transmisión principales y secundarios;
- Los montos correspondientes a eventuales refacturaciones; y,
- Los intereses por pagos no oportunos de sus clientes.

(iii) Para las empresas de distribución de energía eléctrica:

- Las ventas de energía y/o potencia a usuarios del servicio público de electricidad;
- Las ventas de energía y/o potencia a clientes libres;
- Los costos asociados al usuario, independientes a su demanda de potencia y energía, incluyendo aquellos usuarios con suministro cortado o con suspensión temporal del servicio;
- El recupero de energía por falta de adecuada medición, errores de facturación y consumo de energía sin autorización;
- Las alícuotas de alumbrado público;
- El alumbrado de vías públicas en zonas de concesión de distribución;
- El cargo por reposición y mantenimiento;
- El costo de conexiones nuevas, incrementos o disminuciones de potencia, incluidos los dispositivos de seguridad, pase a trifásico o monofásico, cambio de tarifa, traslado de medidor, resellados de caja y medidor y afines;
- El costo por corte y reconexión;

- Los recargos por pago no oportuno y/o refinanciamiento;
- Las compensaciones por el equipo de medición y materiales debido al deterioro de instalaciones imputables al usuario; y,
- Las compensaciones por el uso de sistemas de transmisión mediante la facturación del peaje.

En el subsector electricidad, no se debe deducir de la base imponible las compensaciones por racionamiento y/o por interrupciones del servicio que los concesionarios deben descontar en sus respectivas facturaciones.

En el caso de los concesionarios de distribución de energía eléctrica, los montos que transfieran las empresas aportantes a las empresas receptoras, por la aplicación de la Ley N° 27510, que crea el Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE), y los recaudos en aplicación de la Ley N° 29852, Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE), así como lo recaudado en virtud de la aplicación de otros cargos en los cuales el concesionario sea únicamente recaudador, no forman parte de la base imponible para el cálculo del Aporte por Regulación. Las empresas receptoras del FOSE serán las encargadas de efectuar el aporte correspondiente al monto transferido.

#### **a.2) Subsector Hidrocarburos:**

La base imponible comprende la facturación que corresponda a las actividades relacionadas al ámbito de la competencia evaluadora, supervisora y fiscalizadora del OEFA, deducido el IGV y el IPM, de acuerdo al siguiente detalle:

- (i) Para los importadores que no realizan actividad de producción de hidrocarburos, la contribución se establece sobre la sumatoria del valor CIF; el Impuesto Selectivo al Consumo (ISC); el Impuesto al Rodaje; y, los derechos arancelarios respectivos, que se hayan consignado en las Declaraciones Únicas de Aduanas y/o Liquidaciones de Cobranza, efectuadas ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT por el volumen importado, y numeradas en el mes correspondiente.
- (ii) Para los productores de hidrocarburos (incluidos gases licuados de petróleo y gas natural) se considera la facturación mensual.
- (iii) Para los concesionarios de actividades de transporte de hidrocarburos por ductos se considera la facturación mensual de bienes y servicios vinculados a la concesión respectiva.

- (iv) Para los concesionarios de actividades de distribución de gas natural por red de ductos se considera la facturación mensual de bienes y servicios vinculados a la concesión respectiva.

En el caso de los concesionarios de transporte por ductos de los productos líquidos derivados de los hidrocarburos y líquidos de gas natural, así como de transporte de gas natural por ductos, los montos recaudados en aplicación de la Ley N° 29852, así como lo recaudado en virtud de la aplicación de otros cargos en los cuales el concesionario sea únicamente recaudador, no forman parte de la base imponible para el cálculo del Aporte por Regulación.

#### **b) Sector Minería:**

La base imponible se determina considerando la facturación mensual que corresponda a las actividades relacionadas al ámbito de la competencia evaluadora, supervisora y fiscalizadora del OEFA, deducido el IGV y el IPM.

#### **Artículo 6º.- Registro de sujetos obligados**

- 6.1 Los sujetos obligados al pago, incluyendo aquellas empresas y entidades con unidades productivas con convenio de estabilidad tributaria, deberán inscribirse en el registro que para tal efecto implemente el OEFA, el cual estará a disposición en su Portal Institucional ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).
- 6.2 El sujeto obligado al pago deberá previamente acercarse al OEFA a fin de recabar el usuario y la contraseña para inscribirse en el registro. Para tal efecto, deberá presentar una Solicitud de Acceso al Registro según el Formato aprobado en el Anexo I, y entregar la siguiente documentación:
- a) El titular o representante legal deberá presentar copia simple de su Documento Nacional de Identidad (DNI) u otro documento similar, así como copia simple de la vigencia de poder registral que lo acredite como tal.
  - b) En caso un tercero realice el trámite, deberá presentar además de los documentos señalados en el Literal a) precedente, una copia simple de su DNI y carta poder con firma legalizada ante notario público otorgada por el representante legal.
- 6.3 El plazo para realizar la inscripción en el registro vence en la fecha de presentación de la primera Declaración Jurada del Aporte por Regulación, a que se refiere el Numeral 7.2 del Artículo 7º de la presente norma.
- 6.4 La no inscripción en el registro en el plazo dispuesto en el Numeral 6.3

precedente constituye una infracción según lo establece el Numeral 1 del Artículo 173º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

- 6.5 La información requerida para la inscripción en el registro se detalla en el Anexo II de la presente norma.

### **Artículo 7º.- De la Declaración Jurada y pago**

- 7.1 La autoliquidación del Aporte por Regulación será presentada mensualmente mediante una Declaración Jurada, la cual estará disponible en el Portal Institucional del OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).
- 7.2 La presentación de la Declaración Jurada y el pago del Aporte por Regulación deberán realizarse dentro del mes siguiente al período declarado, de acuerdo al siguiente cronograma:
- a) Sector Minería: hasta el antepenúltimo día hábil del mes siguiente al período declarado.
  - b) Subsector Hidrocarburos: hasta el penúltimo día hábil del mes siguiente al período declarado.
  - c) Subsector Electricidad: hasta el último día hábil del mes siguiente al período declarado.
- 7.3 Sin perjuicio de la presentación documental mensual de la Declaración Jurada, para efectos de los plazos establecidos en el numeral 7.2 del presente procedimiento, se tendrá en consideración la presentación de la referida Declaración a través del Portal Institucional del OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).
- 7.4 La relación de entidades financieras autorizadas para recibir el pago del Aporte por Regulación será publicada en el Portal Institucional del OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).
- 7.5 La información para la presentación de la Declaración Jurada se detalla en el Anexo III de la presente norma.

### **Artículo 8º.- Acceso y confidencialidad de la información**

- 8.1 La información de los sujetos obligados al pago a la que tenga acceso el OEFA tendrá carácter de información reservada, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 85º del Texto Único Ordenado del Código Tributario y podrá ser contrastada con la información proporcionada por la SUNAT, el OSINERGMIN y el Ministerio de Energía y Minas.

- 8.2 La información consignada en el registro y en la Declaración Jurada del Aporte por Regulación, tiene carácter de declaración jurada y solo podrá ser utilizada por el OEFA para los fines a que se refiere la presente norma.

### **Artículo 9º.- Aspectos sujetos a control**

- 9.1 Los aspectos del Aporte por Regulación que son sujetos de control, son los siguientes:
- a) La inscripción oportuna en el registro, así como su actualización cuando corresponda;
  - b) La presentación de la Declaración Jurada del Aporte por Regulación, de acuerdo a los plazos establecidos en el Numeral 7.2 del Artículo 7º de la presente norma;
  - c) El pago efectuado en los plazos establecidos en el Numeral 7.2 del Artículo 7º de la presente norma, el cual debe corresponder al monto declarado, y el pago de los intereses moratorios, de ser el caso.
- 9.2 El OEFA ejerce sus facultades de forma discrecional de acuerdo a lo dispuesto en los Artículos 62º y 166º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, frente al incumplimiento total o parcial de los aspectos sujetos a control señalados.

### **Artículo 10º.- Control de la recaudación y determinación de la deuda**

- 10.1 Para el control de la recaudación y determinación de la deuda, el OEFA realizará las siguientes acciones:
- a) Emitir Orden de Pago, en virtud de la cual se exige la cancelación del Aporte por Regulación en los casos siguientes:
    - (i) Por omisión al pago, total o parcial;
    - (ii) Por errores materiales que determinen un mayor monto de deuda; y,
    - (iii) Por omisión total o parcial en el pago de los intereses moratorios, de ser el caso;
  - b) Emitir Resolución de Multa, en los siguientes casos:
    - (i) Por omisión a la presentación de la Declaración Jurada del Aporte por Regulación en los plazos fijados en el Numeral 7.2 del Ar-

título 7º de la presente norma y por las infracciones detectadas en el proceso de verificación; y,

- (ii) Por no cumplir con la inscripción en el registro en el plazo fijado en el Numeral 6.3 del Artículo 6º de la presente norma, de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 173º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

- c) Emitir Resolución de Determinación, a fin de poner en conocimiento del sujeto obligado al pago, el resultado de la labor de verificación de los pagos por Aporte por Regulación, y establecer la existencia de una deuda.

10.2 Las Órdenes de Pago, Resoluciones de Determinación y Resoluciones de Multa deberán contener los requisitos establecidos en los Artículos 77º y 78º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

#### **Artículo 11º.- Infracciones y Sanciones**

11.1 El OEFA podrá ejercer la potestad sancionadora de acuerdo los principios de legalidad, tipicidad, non bis in ídem, proporcionalidad, no concurrencia de infracciones, y otros principios aplicables.

11.2 Las infracciones y sanciones aplicables a los obligados al pago del Aporte por Regulación, en lo que resulte pertinente, serán aquellas establecidas en la Tabla I del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

#### **Artículo 12º.- Medios impugnatorios**

12.1 Pueden ser objeto de impugnación los actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la deuda, como son la Orden de Pago, la Resolución de Determinación o la Resolución de Multa, para lo cual se seguirá el procedimiento establecido en el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

12.2 Los medios de impugnación interpuestos serán resueltos por el OEFA y el Tribunal Fiscal de acuerdo a lo establecido en el Artículo 124º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

12.3 La deuda establecida mediante Orden de Pago, Resolución de Determinación o Resolución de Multa, no reclamada dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de notificado el acto administrativo, se considera deuda exigible y dará lugar a las acciones de cobranza, siguiendo los procedi-

mientos establecidos en el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

### **Artículo 13º.- Componentes de la deuda**

13.1 La deuda está constituida por el Aporte por Regulación, las multas, los intereses moratorios y el interés por aplazamiento y/o fraccionamiento de pago previsto en el Artículo 36º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

13.2 Las multas impagas y el monto del Aporte por Regulación no pagados dentro del plazo indicado en el Numeral 7.2 del Artículo 7º de la presente norma, devengarán intereses moratorios conforme lo establecido en el Artículo 33º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

### **Artículo 14º.- Pagos indebidos o en exceso**

En caso de existir pagos indebidos o en exceso será de aplicación las disposiciones contenidas en los Artículos 38º y 40º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

### **Artículo 15º.- Compensación**

Para la compensación a solicitud de parte, serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Artículo 40º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

### **Artículo 16º.- Declaración sustitutoria y rectificatoria**

16.1 La Declaración Jurada del Aporte por Regulación podrá ser sustituida dentro del plazo de presentación de la misma. Vencido este, la Declaración Jurada podrá ser rectificada dentro del plazo de prescripción, siendo aplicables todas las disposiciones contenidas en el Numeral 88.2 del Artículo 88º del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

16.2 El sujeto obligado al pago deberá presentar una declaración rectificatoria cuando haya rectificado la Declaración Jurada mensual presentada a la SUNAT, que varíe la base imponible del Aporte por Regulación.

16.3 En el supuesto considerado en el Numeral 16.2 precedente, la presentación de la declaración rectificatoria se realizará en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles de presentada la declaración rectificatoria a la SUNAT, siendo de aplicación todas las disposiciones del Texto Único

Ordenado del Código Tributario que resulten pertinentes.

16.4 La presentación de la declaración sustitutoria o rectificatoria se realizará a través del Portal Institucional del OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).

#### **Artículo 17º.- Aplazamiento y/o fraccionamiento de la deuda**

17.1 De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 36º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, el OEFA está facultado a conceder aplazamiento y/o fraccionamiento.

17.2 Mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo del OEFA se establecerán las condiciones y plazos para el otorgamiento del aplazamiento y/o fraccionamiento, así como las causales de pérdida, y la tasa de interés moratorio aplicable.

#### **Artículo 18º.- Cobranza coactiva**

La cobranza coactiva del Aporte por Regulación se realizará de acuerdo al procedimiento establecido en el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**PRIMERA.-** Para todo lo no previsto en la presente norma será de aplicación lo dispuesto en el Texto Único Ordenado del Código Tributario

**SEGUNDA.-** Mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo del OEFA se establecerán los procedimientos para la presentación, trámite y resolución de las solicitudes no contenciosas y contenciosas, así como otros que se requieran para la correcta implementación de la recaudación y control del Aporte por Regulación.

**TERCERA.-** Para el cálculo del Aporte por Regulación que deben abonar los sujetos obligados del sector energía será de aplicación supletoria las normas para la determinación y aplicación del Aporte por Regulación aprobadas por el OSINERGMIN para el sector energético.

### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA**

**ÚNICA.-** Las funciones de recaudación y control reguladas en la presente norma, así como la resolución de las reclamaciones, serán ejercidas por la Oficina

de Administración hasta que se modifique la estructura orgánica del OEFA. El recurso de apelación será resuelto conforme a las reglas establecidas en el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

(...)

## ANEXO 9

### RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 019-2014-OEFA/PCD (Publicada el 14 de febrero del 2014)

Lima, 07 de febrero de 2014

**VISTOS:** El Informe N° 002-2014-OEFA/OTI de la Oficina de Tecnologías de la Información y el Informe N° 010-2014-OEFA/OA de la Oficina de Administración; y,

#### CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA/CD publicada el 31 de enero de 2014, se aprobó el Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA (en adelante, el Procedimiento);

Que, el Numeral 6.1 del Artículo 6° del Procedimiento señala que los sujetos obligados al pago del Aporte por Regulación deberán inscribirse en el registro implementado por el OEFA a través del portal institucional de la entidad;

Que, el Numeral 7.1 del Artículo 7° del Procedimiento señala que los sujetos obligados deberán presentar la autoliquidación del Aporte por Regulación mediante una Declaración Jurada, la cual estará disponible en el Portal Institucional del OEFA; asimismo, la referida norma dispone en el Numeral 16.4 de su Artículo 16° que la presentación de la declaración sustitutoria o rectificatoria se realizará a través del Portal mencionado;

Que, la Segunda Disposición Complementaria Final del Procedimiento señala que mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo del OEFA se establecerán, entre otros, los procedimientos que se requieran para la correcta implementación de la recaudación y control del Aporte por Regulación;

Que, el Artículo 88° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF (en adelante, el TUO del Código Tributario), establece que la declaración tributaria es la manifestación de hechos comunicados a la Administración Tributaria en la forma establecida por Ley, Reglamento, Resolución de Superintendencia o norma de rango similar, la cual podrá constituir la base para la determinación de la obligación tributaria;

Que, asimismo, el referido Artículo 88º faculta a la Administración Tributaria para autorizar la presentación de la declaración tributaria por medios magnéticos, fax, transferencia electrónica, o por cualquier otro medio que señale, previo cumplimiento de las condiciones que se establezcan mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar;

Que, mediante Informe N° 002-2014-OEFA/OTI, la Oficina de Tecnologías de la Información señala que ha desarrollado el Sistema del Aporte por Regulación del OEFA, que constituye la herramienta informática a través de la cual los obligados al pago del Aporte por Regulación podrán realizar su inscripción, así como presentar la Declaración Jurada, la Declaración Sustitutoria y la Declaración Rectificatoria, entre otras;

Que, la Oficina de Tecnologías de la Información señala que el Sistema del Aporte por Regulación del OEFA comprende los siguientes módulos: i) Módulo de Mantenimiento de Usuarios y Perfiles, ii) Módulo de Registro de Obligados y iii) Módulo de Declaración Jurada;

Que, mediante Informe N° 010-2014-OEFA/OA, la Oficina de Administración señala que ha validado los referidos módulos, verificando que cumplen con los requerimientos necesarios para los procesos de mantenimiento de usuarios y perfiles, registro de obligados y la realización de la declaración jurada de los obligados al pago del Aporte por Regulación;

Que, en ese sentido, resulta necesario aprobar el Sistema del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, así como los Lineamientos que regulen las condiciones de acceso y uso del referido sistema;

Contando con el visado de la Secretaría General, la Oficina de Administración, la Oficina de Tecnologías de la Información y la Oficina de Asesoría Jurídica del OEFA;

De conformidad con lo establecido en el Artículo 88º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, la Segunda Disposición Complementaria Final del Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA-CD, y en ejercicio de las atribuciones conferidas en el Literal t) del Artículo 15º del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1º.-** Aprobar el Sistema del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA que comprende: el Módulo de Mantenimiento de Usuarios y Perfiles, el Módulo de Registro de Obligados y el Módulo de Declaración Jurada.

**Artículo 2º.-** El Sistema del Aporte por Regulación del OEFA, disponible en el Portal Institucional, constituye la herramienta informática que permite a los sujetos obligados al pago del Aporte por Regulación realizar la inscripción en el registro y la presentación de las Declaraciones Tributarias de forma virtual.

**Artículo 3º.-** Aprobar los Lineamientos para el acceso y uso del Sistema del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, que forma parte de la presente Resolución.

**Artículo 4º.-** Disponer la publicación de la presente Resolución en el diario oficial el Peruano y en el Portal Institucional del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).

Regístrese, comuníquese publíquese.

Hugo Ramiro Gómez Apac  
Presidente del Consejo Directivo  
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA

**LINEAMIENTOS PARA EL ACCESO Y USO DEL SISTEMA DEL  
APORTE POR REGULACIÓN DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y  
FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA**

**Artículo 1.- Objeto**

Los presentes Lineamientos tienen por objeto regular el acceso y uso del Sistema del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

**Artículo 2.- Alcance**

Los Lineamientos son de aplicación obligatoria para:

- 2.1 La Oficina de Administración y la Coordinación General de Recaudación y Control del Aporte por Regulación, o la oficina que haga sus veces.
- 2.2 Los sujetos obligados al pago del Aporte por Regulación que le corresponde al OEFA, tratándose del desarrollo de las siguientes operaciones:
  - a) Inscribirse en el registro de sujetos obligados al pago del Aporte por Regulación que le corresponde al OEFA;
  - b) Presentar declaraciones juradas referidas a la determinación de la contribución (Aporte por Regulación);
  - c) Presentar declaraciones juradas sustitutorias o rectificatorias;
  - d) Realizar la corrección y/o actualización de datos del usuario;
  - e) Presentar la información que solicite el OEFA en forma virtual cuando así lo indique en el requerimiento; y,
  - f) Presentar solicitudes de compensación, devolución y otras que se pongan a disposición de los usuarios.

### **Artículo 3.- Definiciones**

Para efecto de los presentes Lineamientos se tendrán en consideración las siguientes definiciones:

- a) **Código de Usuario:** El número del Registro Único de Contribuyente (RUC), que permite identificar al Usuario que ingresa al Sistema del Aporte por Regulación del OEFA.
- b) **Contraseña:** Texto conformado por números de cuatro (4) hasta ocho (8) dígitos, de conocimiento exclusivo del Usuario, que asociado al Código de Usuario otorga privacidad en el acceso al Sistema del Aporte por Regulación del OEFA.
- c) **Procedimiento:** Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA-CD, publicada el 31 de enero de 2014.
- d) **Sistema del Aporte por Regulación del OEFA:** Sistema informático disponible en el Portal Institucional del OEFA, que permite al Usuario realizar la inscripción y la presentación de las declaraciones juradas, entre otras, en forma virtual.
- e) **Solicitud de Acceso al Registro:** Formato que será utilizado por el solici-

tante para requerir al OEFA la asignación de un Código de Usuario y una Contraseña para acceder al Sistema del Aporte por Regulación del OEFA.

- f) **Usuario:** Sujeto obligado al pago del Aporte por Regulación que le corresponde al OEFA, inscrito en el Registro a que se refiere el Artículo 6 del Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

#### **Artículo 4.- Ingreso al Sistema del Aporte por Regulación del OEFA**

El Usuario debe ingresar al Sistema del Aporte por Regulación del OEFA a través del Portal Institucional de esta entidad, registrando su Código de Usuario (número de RUC) y la Contraseña a que se refiere el Artículo 6 del Procedimiento. Es requisito indispensable realizar el cambio de contraseña solicitada por el Sistema del Aporte por Regulación del OEFA para continuar con el acceso a dicho sistema.

#### **Artículo 5.- Inscripción en el registro de sujetos obligados**

Para la inscripción en el registro de sujetos obligados al pago del Aporte por Regulación, el Usuario debe ingresar los datos requeridos en el Anexo II del Procedimiento. Al finalizar, el Sistema del Aporte por Regulación del OEFA permite imprimir una constancia de conclusión del proceso de inscripción.

#### **Artículo 6.- Declaración jurada y pago del Aporte por Regulación**

El Sistema del Aporte por Regulación permite al Usuario efectuar la Declaración Jurada (autoliquidación) referida en el Artículo 7 del Procedimiento. El referido sistema asigna a la Declaración Jurada un Código Autogenerado que equivale a la constancia de la presentación ante el OEFA. Este Código Autogenerado permite a su vez que el Usuario realice el pago correspondiente ante las entidades financieras autorizadas a que se refiere el Numeral 7.3 del Artículo 7 del Procedimiento.

#### **Artículo 7.- Responsabilidad sobre el Código de Usuario y la Contraseña**

Es responsabilidad del Usuario tomar las medidas de seguridad en el uso del Código de Usuario y la Contraseña entregados por el OEFA. Se entenderá que la operación ha sido efectuada por el Usuario en todos aquellos casos en los que, para acceder al Sistema del Aporte por Regulación del OEFA, se haya utilizado el referido Código de Usuario y la Contraseña, así como las contraseñas generadas por el Usuario con posterioridad.

#### **Artículo 8.- Obtención de una nueva Contraseña**

El Usuario, ante la pérdida, olvido o extravío de su contraseña, podrá obte-

ner una nueva, para lo cual deberá apersonarse a las oficinas del OEFA. Para este efecto, el representante legal deberá presentar una solicitud requiriendo la nueva contraseña.

El otorgamiento de una nueva contraseña implicará automáticamente la anulación de la contraseña anterior generada por el OEFA y aquellas generadas por el propio Usuario, de ser el caso.

#### **Artículo 9.- De la Seguridad del Sistema del Aporte por Regulación del OEFA**

El Sistema del Aporte por Regulación está diseñado para prevenir, detectar e impedir violaciones a la seguridad durante el envío de información. Para este fin cuenta, entre otras, con las siguientes medidas de seguridad:

- a) El uso de un Código de Usuario y una Contraseña para efectos de identificar al Usuario que acceda al Sistema del Aporte por Regulación del OEFA; y,
- b) El monitoreo de la red privada del OEFA, a través de dispositivos de seguridad que permitirán proteger a los usuarios contra cualquier tráfico no autorizado.

#### **Artículo 10.- Administración y mantenimiento del Sistema**

La Oficina de Tecnologías de la Información del OEFA es el órgano responsable de supervisar la administración del Sistema del Aporte por Regulación del OEFA, así como de garantizar su adecuado mantenimiento y funcionalidad, brindando el asesoramiento técnico necesario a las áreas y usuarios del sistema.

**ANEXO 10**  
**RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA**  
**DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 020-2014-OEFA/PCD**  
(Publicada el 26 de febrero del 2014)

Lima, 25 de febrero de 2014

**VISTOS:** El Informe N° 018-2014-OEFA/DS de la Dirección de Supervisión y el Informe N° 001-2014-OEFA/APR de la Coordinación General de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA; y,

**CONSIDERANDO:**

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA/CD, publicada el 31 de enero de 2014, se aprobó el Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA (en adelante, el Procedimiento);

Que, el Literal a.2 del Artículo 5° del Procedimiento, que regula la determinación de la base imponible para el subsector hidrocarburos, establece en su parte final que en el caso de los concesionarios de transporte por ductos de los productos líquidos derivados de los hidrocarburos y líquidos de gas natural, así como de transporte de gas natural por ductos, los montos recaudados en aplicación de la Ley N° 29852 - Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, así como lo recaudado en virtud de la aplicación de otros cargos en los cuales el concesionario sea únicamente recaudador, no forman parte de la base imponible para el cálculo del Aporte por Regulación;

Que, la Segunda Disposición Complementaria Final del Procedimiento señala que mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo del OEFA se establecerán procedimientos para la presentación, trámite y resolución de las solicitudes no contenciosas y contenciosas, así como otros que se requieran para la correcta implementación de la recaudación y control del Aporte por Regulación;

Que, la Dirección de Supervisión del OEFA, mediante el documento de Visto, señala que de conformidad con lo establecido en el Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 032-

2002-EM, el combustible es una mezcla de hidrocarburos utilizados para generar energía por medio de combustión que cumplen con las Normas Técnicas Peruanas (en adelante, las NTP) para dicho uso o normas internacionales en lo no previsto por aquellas;

Que, asimismo, la citada Dirección señala que el petróleo crudo no ha sido desarrollado en las NTP; y que los otros productos derivados de los hidrocarburos, tales como asfaltos, breas, insumos químicos, solventes y lubricantes no son empleados para generar energía por medio de combustión; en tal sentido, al no ser considerados combustibles, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 032-2002-EM, recomienda se precise que aquellos no se encuentren considerados en las disposiciones establecidas en Literal a.2 del Artículo 5° del Procedimiento;

Que, la Coordinación General de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del OEFA, mediante el documento de Visto, señala que en virtud de lo dispuesto por el Artículo 2° y el Numeral 4.2 del Artículo 4° de la Ley N° 29852 - Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, modificado por la Décima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30114, los montos recaudados en aplicación de la Ley N° 29852, así como lo recaudado en virtud de la aplicación de otros cargos en los cuales el sujeto obligado del subsector hidrocarburos sea únicamente recaudador, no forman parte de la base imponible para el cálculo del Aporte por Regulación;

Que, por lo expuesto, resulta necesario precisar el alcance de lo establecido en el Literal a.2 del Artículo 5° del Procedimiento que regula la base imponible aplicable al Subsector Hidrocarburos;

Contando con el visado de la Secretaría General, la Oficina de Administración, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, la Dirección de Supervisión y la Oficina de Asesoría Jurídica del OEFA;

De conformidad con lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final del Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA-CD, y en ejercicio de las atribuciones conferidas en el Literal t) del Artículo 15° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM;

SE RESUELVE:

**Artículo 1°.-** Precisar el alcance del Literal a.2 del Artículo 5° del Procedimiento de Recaudación y Control del Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2014-OEFA/CD, en los siguientes términos:

- a) La base imponible para los importadores y productores de hidrocarburos, que realizan actividad de comercialización de combustibles, no comprende la comercialización del petróleo crudo, así como de Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos (OPDH), tales como: asfaltos, breas, insumos químicos, solventes y lubricantes, al no ser considerados como combustibles de conformidad con lo establecido en el Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 032-2002-EM.
- b) Los montos recaudados por los sujetos obligados al pago del Aporte por Regulación del subsector de hidrocarburos, en aplicación de lo dispuesto por la Ley N° 29852 - Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, así como lo recaudado en virtud de la aplicación de otros cargos en los cuales el sujeto obligado que realice la recaudación sea únicamente recaudador, no forman parte de la base imponible para el cálculo del Aporte por Regulación.

**Artículo 2°.-** Disponer la publicación de la presente Resolución en el diario oficial el Peruano y en el Portal Institucional del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA ([www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Hugo Ramiro Gómez Apac  
Presidente del Consejo Directivo  
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA



Presidente del Consejo Directivo:

**Hugo Ramiro Gómez Apac**

Miembros del Consejo Directivo:

**Genaro Lino Matute Mejía**

**César Paúl Ortiz Jahn**

**Roxana María Barrantes Cáceres**



**PERÚ**

Ministerio  
del Ambiente

