

El retorno del leviatán: mitos y verdades sobre la naturaleza del aporte regulatorio del OEFA

Richard J. Martín Tirado¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Regulación. 2.1 Definición. 2.2 Regulación económica. 2.3 Regulación social. 2.4 Objetivo y finalidad. III. Aporte regulatorio. 3.1 Definición. 3.2 Naturaleza jurídica. IV. Principios constitucionales tributarios. V. Principios del derecho administrativo. VI. Legalidad del aporte regulatorio a OEFA. 6.1 Marco normativo. VII. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Aporte por regulación; principios constitucionales tributarios; confiscatoriedad; minería; regulación económica.

KEY WORDS

Contribution by regulation; Tax constitutional principles; Confiscation; Mining; Economic Regulation.

RESUMEN

El autor desarrolla, de manera crítica y reflexiva, los alcances del aporte por regulación al OEFA en el contexto minero, analizando su constitucionalidad y la posible vulneración al principio de no confiscatoriedad.

ABSTRACT

The author develops, on a critical and reflective way, the scope of the contribution by regulation to OEFA in the mining context, analyzing its constitutionality and the possible violation of the principle of non-confiscatory.

I. Introducción

El día miércoles 9 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”.² En el artículo que desarrolla el titular se menciona que las mineras no están de acuerdo con realizar el pago del aporte por calificarlo como inconstitucional y confiscatorio. Se argumenta

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad de Piura, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN.

² Saldarriaga, Juan (2014, 9 de julio). “Mineras se oponen a pagar aporte por fiscalización al OEFA”. En *El Comercio*. Lima. Recuperado el 18 de junio de 2015 en <<http://elcomercio.pe/economia/peru/mineras-se-oponen-pagar-aporte-fiscalizacion-al-oefa-noticia-1741655>>

que existirá un excedente que se destinará al tesoro público junto con el excedente que quedará también de Osinergmin, tal como sucedió en años pasados. Si bien el tema ha sido cuestionado anteriormente, cabe formularse preguntas como las siguientes: ¿Qué es un aporte por regulación? ¿Quiénes los reciben? ¿OEFA debería recibirlo? ¿Es realmente confiscatorio e inconstitucional como señalan las mineras (entre otras entidades)?

En el presente artículo, se buscará dar respuesta a las preguntas formuladas, esperando poder aclarar el panorama de este tema que importa una importante discusión.

II. Regulación

2.1 Definición

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española (RAE), *regulación* es acción y efecto de regular. *Regular*, según la RAE, 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 - 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.³

Para autores como Gaspar Ariño Ortiz y Juan Miguel 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”.⁴

Por su parte, José Távara,⁵ citando a Jon Stern, señala que “la regulación de los servicios públicos como la conocemos hoy, emerge básicamente 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”.

Alberto Arredondo expresa que “una 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

³ Cofemer. “¿Qué es la regulación?”. México D. F. Recuperado el 18 de junio de 2015 en <<http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>>.

⁴ Ariño Ortiz, Gaspar y De la Cuétara, Juan Miguel (2000, enero-abril). “Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos”. En *Separata de Cuadernos de Derecho Público* 9.

⁵ Távara, José. *Institucionalidad regulatoria y su aporte al desarrollo del país*. Esquema de participación en panel.

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 esta 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”.⁶

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 hay dos tipos de regulación: la regulación económica y la regulación social. Tal como dice Arredondo, “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”.⁷ Cada una de estas regulaciones será desarrollada en los siguientes acápite.

2.2 Regulación económica

Unos de los tipos de regulación es la económica. En realidad, en un mercado competitivo no se requeriría ningún tipo de intervención, pues el equilibrio se generaría debido a la oferta y demanda que del mercado se desprenda. Cuando la competencia es nula o escasa, se requiere que intervengan 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 modo de mencionar y explicar brevemente algunas, se puede señalar dos modalidades: la “regulación” por la que el gobierno fija, limita o altera ciertos comportamientos de las empresas privadas recortando su soberanía decisoria en beneficio de la “colectividad”, y la denominada “nacionalización”. Esta nacionalización permite que el Estado asuma las funciones que viene realizando el sector privado, por la que el Estado asume 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.

⁶ Arredondo Polar, Alberto (2009). *Regulación económica y regulación social en el Perú*. Documento de trabajo. Arequipa, p. 1.

⁷ Arredondo, 2009: 9.

Según la Cofemer, “[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”.⁸ Esta regulación controla los ingresos, establece precios y determina quién puede participar en un mercado o usar un recurso en particular.⁹

Por su parte, Alberto 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 generen efectos en diversas actividades, sin que medien pagos de los beneficiarios o compensaciones hacia los perjudicados.¹⁰

Pero, ¿qué es lo que se busca con la regulación económica? A lo que se debe orientar la regulación económica es a lograr condiciones que permitan generar nuevas inversiones, desarrollo de nuevos proyectos, ampliación de la capacidad productiva y, como consecuencia, que aumenten de los niveles de empleo, que sean mayores los niveles de ingreso, mejor la calidad de vida y, por último, lograr la eliminación o, al menos, la reducción de la situación de la pobreza.¹¹

Danos¹² señala que existen tres posturas sobre la regulación económica y el rol que deben cumplir los organismos reguladores. La primera señala que la regulación económica tiene un fin esencialmente económico. Esta postura es seguida por el profesor Esteve Pardo,¹³ para quien “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”. Para Esteve, lo fundamental en la regulación es la posibilidad de obtener mayores recursos en los distintos sectores; es decir, mediante las normas o lineamientos que se establezcan para determinado sector, se debe poder crear un ambiente propicio para obtener más beneficios económicos.

⁸ Cofemer, op. cit.

⁹ Joskow, Paul y Noll, Roger (1999). *Regulación económica, desregulación y reforma regulatoria durante la década de los ochenta*. Documento de Trabajo. Lima: PUCP.

¹⁰ Arredondo, 2009: 9.

¹¹ Arredondo, 2009: 10.

¹² Danós Ordóñez, Jorge (2010). “La función que cumplen los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Ordenamiento Peruano: ¿Tutela de los usuarios o árbitros?”. En *Regulación económica de los servicios públicos: Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica*. Lima: ARA Editores, pp. 190-195.

¹³ Esteve Pardo, José (2007). “La regulación de la economía desde el estado garante”. En VV. AA. *La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*. Pamplona: Publicaciones de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo / Thomson-Aranzadi, pp. 98 y 99.

La segunda postura, es seguida, entre otros, por el profesor Aguilar Valdez,¹⁴ 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 [...]. Para quienes siguen esta postura, la regulación tiene como finalidad arbitrar entre las pretensiones de los agentes económicos, por medio de la imposición de condiciones o incentivos, a fin de que estos puedan realizar una transacción como si se desarrollara en condiciones de mercado.¹⁵

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 profesor 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”.¹⁶

Esta es la postura que sostiene el Tribunal Constitucional en el Expediente 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”.

Para Danos, “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 estén relacionados directamente con el tema económico, sino con las externalidades que de este elemento surge, y que afectan entre otros los bienes tutelados dentro del ordenamiento, tales como el medio ambiente, salud, seguridad, entre otros.

Es pertinente señalar, que en este sentido el OEFA, ejerce función como un regulador social, pues cuenta con las facultades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental, así como la potestad de imponer medidas, así como crear incentivos, que logren que las empresas cumplan con la protección de los bienes públicos y de la normativa ambiental.

¹⁴ Aguilar Valdez, Oscar (2002). “El acto administrativo regulatorio”. En VV. AA. *Acto administrativo y reglamento*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires: RAP, p. 433.

¹⁵ Danós, 2010: 192 y 193.

¹⁶ Cassagne, Juan Carlos (2006). “La crisis de los servicios públicos en Argentina”. En Cassagne, Juan Carlos (director). *Servicio Público y Policía*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina / El Derecho / Editorial Universitas, Buenos Aires, pp. 381 y 386.

Con relación a la Regulación Social, la Cofemer 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”.¹⁷

Por su parte, Joskow y Noll nos 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.¹⁸

Por otro lado, de acuerdo con Alberto Arredondo Polar:

[...] 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.¹⁹
[...] 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.²⁰

Asimismo, tal como determina la Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI (03/01/2008), son ejemplos de este tipo de regulación, las normas de protección del ambiente que establecen límites máximos permisibles. Es decir, y 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 Gaspar 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”.²¹

Eugenio Rivera Urrutia señala en forma complementaria, que los objetivos tradicionales son los que se señalan a continuación:

¹⁷ Cofemer, op. cit.

¹⁸ Joskow y Noll, 1999.

¹⁹ Arredondo, 2009: 10.

²⁰ Arredondo, 2009: 10.

²¹ Ariño Ortiz, Gaspar (con colaboración de Iñigo del Guayo) (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 Aranzadi, pp. 274.

- 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, tal como nos dice Andrea López, 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 solo 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 solo se trata de resguardar los intereses de los clientes o consumidores, sino también de integrar a los sectores socioeconómicos que estas categorías excluyen”.²² Así, por lo tanto, los objetivos antes mencionados se deberían conjugar con los objetivos de la regulación social que, según la Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI (03/01/2008), 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.

III. Aporte 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, con la finalidad de que se puedan financiar sus funciones de fiscalización.

El artículo 10 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, que regula 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

²² López, Andrea. *La regulación de servicios públicos privatizados: Algunos lineamientos para la construcción de una nueva agenda*. Documento de trabajo, pp. 1 y 2.

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 Mendoza se ha dicho 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”.²³ 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 Mendoza 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 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 [sic], sea resuelta por el Osinerg en primera instancia y luego por el Tribunal Fiscal.²⁴

Haciendo referencia a la ley antes mencionada, el artículo 7 señala lo siguiente: “Precísase que el aporte a que hace mención el Artículo 10 de la Ley 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos), tienen la naturaleza de contribución destinada al sostenimiento institucional del Osinerg”. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el Expediente 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 74 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 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 y que, al mismo tiempo, significa un beneficio para ellos.

IV. Principios constitucionales tributarios

En primer lugar hay que entender la existencia de estos Principios Constitucionales Tributarios, es decir, como parte del derecho constitucional tributario, son aquellos que parten del derecho constitucional pero que se denomina tributario, debido al objeto que

²³ Heredia Mendoza, Rosa Elena (2005). *El sector eléctrico, su regulador y el aporte por regulación*. Documento de trabajo. Lima, p. 25.

²⁴ Heredia, 2005: 24.

regula y trata. En la Constitución Política de 1993, se establecen principios rectores del ordenamiento jurídico y, dentro de ellos se encuentran los principios tributarios. Estos se desprenden del artículo 74 de este cuerpo normativo, que señala lo siguiente:

Artículo 74

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 estas, 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:

(i) Principio de legalidad (reserva de ley)

De acuerdo con los que nos indica Humberto Medrano:

[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” [...].²⁵

De acuerdo con este principio, ninguna disposición de carácter tributario puede 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 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

²⁵ Medrano Cornejo, Humberto (1987, junio). “Acerca del principio de legalidad en el Derecho Tributario Peruano”. Em *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Vol. 12, p. 1.

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 – reserva de ley es una seguridad que se le da al administrado para 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 Humberto Medrano, “[...] en virtud al principio de legalidad, los tributos solo 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. 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 en relación con el tributo sea creado solo por Ley del Congreso, este criterio ha venido evolucionando 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.

(ii) Principio de igualdad

Respecto del principio de igualdad, la Constitución contiene no solo un artículo relacionado. Entre los pertinentes tenemos los que 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 103 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 se ha pronunciado, señalando 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’” (Expediente 7289-2005-PA/TC). En realidad, lo que el Tribunal quiere decir es que no solo es una igualdad por lo que señala la ley, sino que la igual se origina en la misma condición que tenemos como 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 un trato de la misma manera, puesto que la capacidad económica que se manifiesta es esta. 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. Solo así, se podrán 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 el profesor Bravo Cucci,²⁶ en relación con el principio de igualdad ha señalado que “el 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”.

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, formulada dentro del marco de una política económica de bienestar y que no admite las comparaciones intersubjetivas.²⁷

En conclusión, se puede señalar que este principio se basa en que a los iguales hay que tratarlos de manera similar, y a los desiguales hay que tratarlos de manera diferentes, siendo este la base para ciertos beneficios tributarios, así como para el otorgamiento de exoneraciones.

(iii) Principio de no confiscatoriedad

El principio de no confiscatoriedad busca garantizar el derecho de propiedad de las personas. Es decir, al establecer una obligación tributaria no se debe perjudicar su propiedad privada o su renta. Tal como nos 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” (Expedientes 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC – acumulados).

Autores como Juan Velásquez Calderón²⁸ 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

²⁶ Bravo Cucci, Jorge (2003). *Fundamentos de derecho tributario*. Lima: Palestra, p.114.

²⁷ Iglesias Ferrer, César (2000). *Derecho tributario. Dogmática general de la tributación*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 268.

²⁸ Velásquez Calderón, Juan M. Vargas Cancino, Wilfredo (1997). *Derecho tributario moderno. Introducción al Sistema Tributario Peruano*. Lima: Grijley, p. 101.

el derecho de propiedad, pues para hacer frente a las obligaciones tributarias ante el Fisco el contribuyente se debe desprender de su propiedad”.

Un aspecto particular del principio de no confiscatoriedad es que es un concepto jurídico indeterminado. Así, respecto de esta característica el TC 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” (Expediente 2727-2002-AA/TC). Es un punto muy importante para considerarlo, ya que no se aplica un criterio uniforme para considerar a un tributo como confiscatorio o no, sino que depende del caso en particular. En este mismo sentido, el TC en la misma sentencia, indica que “el 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 profesor Villegas, citado por Cesar Iglesias Ferrer,²⁹ “la 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 insostenibles, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada e impidiéndole ejercer su actividad”.

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.

(iv) Respeto a los derechos fundamentales

De conformidad con lo señalado por Jorge Bravo Cuccl,³⁰ “en 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 2 de la Constitución”.

Con relación a este principio, Velásquez Calderón 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 consignado en la Constitución una lista (en nuestro entender “abierta”) de derechos fundamen-

²⁹ Iglesias, 2000: 277.

³⁰ Bravo, 2003: 117 y 118.

tales 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. Existen principios implícitos que son importantes de señalar, tales como:

(v) 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. Pero, ¿qué es la capacidad contributiva? Para dar respuesta a esta pregunta, 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”.³¹ Es decir, es la aptitud en la que se encuentran los sujetos obligados para poder pagar un tributo establecido por ley.

El artículo 21 del Código Tributario señala: “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 033-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señala sobre el principio de capacidad contributiva lo siguiente:

[...] la capacidad contributiva tiene un nexo insoluble con el hecho sometido a imposición; es decir, siempre que se establezca un tributo, este deberá guardar íntima relación con la capacidad económica de los sujetos obligados, ya que solo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar o, lo que es lo mismo, solo 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 bienestar 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 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.

³¹ Margain Manautou, Emilio (1979). *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*. México D. F.: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, p. 38.

(vi) Principio de solidaridad

El artículo 59 de la Constitución señala que “[e]l 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 da el Estado a las personas.

V. Principios del derecho administrativo

La Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), en su artículo VI numeral 1, regula una lista enumerativa de principios, dentro de los cuales consideramos como pertinentes para el presente artículo, esto dado su integración al tema que venimos señalando a los siguientes:

Principio de legalidad. Las autoridades administrativas deben actuar con respeto 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, Moron Urbina indica:

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.³² Es decir, en el ámbito administrativo, la Administración solo puede hacer lo que las leyes le permiten y no todo lo que no esté prohibido, como es el caso de los sujetos de derecho privado.

Por otro lado, Bustamante Belaunde señala 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”.³³

Principio de uniformidad. La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares 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.

³² Morón Urbina, Juan Carlos (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 64.

³³ Bustamante Belaunde, José Alberto (2009). “Análisis del Título Preliminar”. En Maraví Sumar, Milagros (compiladora). *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Lima: UPC, p. 53.

Sobre el principio en comentario, Moron Urbina 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.³⁴

Asimismo, tal como indica el referido Bustamante Belaunde “[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”.³⁵

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 Belaunde 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”.³⁶

VI. Legalidad del aporte regulatorio a OEFA

6.1 Marco normativo

El primero de enero de 2014, entraron en vigencia los Decretos Supremos 129-2013-PCM y 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 (APR), que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

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

En esta Resolución, en el artículo 3 se regula, nuevamente, la naturaleza jurídica del aporte por regulación, pero, esta vez, ceñido al ámbito del OEFA. El mencionado señala lo siguiente:

³⁴ Bustamante, 2009: 95.

³⁵ Bustamante, 2009: 73.

³⁶ Bustamante, 2009: 74.

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 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 29951 – Ley del 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.

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

Asimismo, las normas antes mencionadas, es decir, el Decreto Supremo 129-2013-PCM como el 130-2013-PCM hacen referencia a otras, que son las que se especifican a continuación:

Ley 27332:

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.

Ley 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 (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.

Ley 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 el afianzamiento de este como el 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, permitirán que la protección que se realiza sobre los recursos naturales, así como del medio ambiental, continúe en aras de proteger el interés público y generar el desarrollo del país.

VII. 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, siendo esta 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 referido principio de solidaridad (principio implícito), además del principio de igualdad, puedan estas empresas aportar 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, pues 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. El proteger el medio ambiente y los recursos naturales, es un deber de la Administración, el cual recae en manos de OEFA.