

EL FINANCIAMIENTO DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL: ¿TAREA DE TODOS O SOLO DE ALGUNOS? *THE FINANCING OF ENVIRONMENTAL OVERSIGHT: A TASK FOR EVERYONE OR ONLY SOME?**

Uber López Montreuil**
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Bullard Falla Ezcurra +

Pablo Ferreyros Quiñones***
Exmiembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

The Constitutional Court has recently validated the payment of regulatory fees to OEFA. However, a series of substantial considerations were not taken into account in this Court's analysis to solve the controversy surrounding such payments. Among them, the debate on its legal nature and the activity it funds.

On this basis, this article analyses the formal and material validity of the aforementioned regulatory fees taking into account their legal nature. It examines, as well, the impact of the recent ruling on the Peruvian legal framework and the possibility of questioning this decision in the available jurisdictional arenas.

KEYWORDS: *regulatory fees; OEFA; environmental oversight; regulatory agencies; investment arbitration.*

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha validado el aporte por regulación pagado al OEFA. No obstante, en su análisis se omitió una serie de consideraciones indispensables para resolver la controversia en torno a este pago. Entre ellas, la discusión sobre su naturaleza jurídica y de la actividad que financia.

Partiendo de ello, en el presente artículo se analiza la validez formal y material del aporte por regulación del OEFA, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de este tributo. Asimismo, se evalúa el impacto de la reciente sentencia en el ordenamiento jurídico peruano y la posibilidad de cuestionar esta decisión en las vías jurisdiccionales disponibles.

PALABRAS CLAVE: *aporte por regulación; OEFA; fiscalización ambiental; organismo regulador; arbitraje de inversión.*

* Una versión preliminar del presente artículo fue preparada como parte del curso integrador Medio Ambiente, Recursos Naturales y Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Este curso estuvo a cargo del profesor Pablo Peña y fue asistido por Cinthya Arhuata, a quienes agradecemos por sus valiosos comentarios.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado en Bullard Falla Ezcurra +, Lima, Perú. Contacto: ulopez@bullardabogados.pe

*** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Contacto: pferreyros@pucp.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho el 10 de diciembre de 2019, y aceptado por el mismo el 9 de marzo de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

En marzo del año 2014, la Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. presentó una demanda de amparo contra el aporte por regulación (en adelante, APR) pagado al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA), solicitando la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, que fija el porcentaje de dicho tributo. Su principal argumento fue que la norma impugnada violaba los principios de legalidad, reserva de ley y no confiscatoriedad debido a que creaba un tributo mediante una norma de rango infralegal¹.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), mediante sentencia del 15 de agosto de 2019 resolvió por mayoría declarar infundada la demanda (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019)². Con esta sentencia se cerraron años de discusiones en torno a la validez del APR al OEFA. Aquel había sido materia de controversia desde su creación y la legitimidad de su cobro fue cuestionada en distintas vías (administrativa³, judicial⁴ y constitucional)⁵, cuyas decisiones fueron de lo más variadas.

Más allá de abordar todos los temas en discusión, en la comentada sentencia de agosto del 2019 el TC analizó superficialmente la controversia, omitiendo evaluar una serie de cuestiones indispensables para resolver el caso. Una de estas fue la verdadera naturaleza jurídica del APR al OEFA.

Por ello, en el presente trabajo analizamos la validez de este tributo a la luz del último pronunciamiento del TC. Para tal fin, en primer lugar, presentamos el proceso normativo de creación del APR al OEFA. Posteriormente, analizamos la naturaleza de este tributo, considerando el marco normativo aplicable y la jurisprudencia emitida sobre el tema. Después, eva-

luamos la validez formal y material del APR al OEFA. Finalmente, analizamos la posibilidad de cuestionar el pago de este tributo a través de dos vías (constitucional y a través del arbitraje de inversiones).

II. ¿CÓMO SE ESTABLECIÓ EL APOORTE POR REGULACIÓN PAGADO AL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL?

En el marco del proceso de liberalización de la economía peruana iniciado a mediados de la década de los noventa se crearon cuatro organismos reguladores. Ellos fueron el Organismo Supervisor de Inversión en Energía (en adelante, Osinerg)⁶, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, Osi-tran) y el Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante, Sunass).

El objetivo de estas entidades fue optimizar el mercado que regulaban buscando una eficiente relación entre los agentes económicos que lo componen. Dado que las actividades realizadas por los organismos reguladores generan un beneficio directo a favor de los agentes bajo su control, se estableció que los últimos financien sus funciones. Este monto se denominó APR.

Inicialmente, las normas de cada organismo regulador determinaron los montos del APR que se cobrarían⁷. Sin embargo, en el año 2000, la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco), unificó la regulación en la materia y estableció que el APR se cobraría a todas las empresas y entidades bajo el ámbito de aplicación de los

¹ Al respecto, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 5410-2015-PA/TC.

² Los magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera votaron a favor de la sentencia. Los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada emitieron un voto singular en contra de lo decidido.

³ Para más información, véanse los siguientes casos llevados ante Indecopi: Sociedad Minera Corona S.A. c. OEFA (Expediente 000148-2014/CEB), Minera Pampa de Cobre S.A. c. OEFA (Expediente 000124-2014/CEB), Compañía Minera Vichaycocha S.A. c. OEFA (Expediente 000143-2014/CEB), Compañía Minera Caudalosa S.A. c. OEFA (Expediente 000162-2014/CEB) y Compañía Minera Kolpa c. OEFA (Expediente 000528-2016/CEB).

⁴ En ese sentido, véase la Sentencia de Acción Popular 16216-2014 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

⁵ Al respecto, véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 5410-2015-PA/TC (caso Minera Cerro Verde), 04303-2018-PA/TC (caso Xtrata Las Bambas) y 04399-2018-PA/TC (Compañía Minera Ares).

⁶ Hoy conocido como Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (o por la abreviatura de Osinergmin).

⁷ En el caso de **Osinerg**, su ley de creación estableció que parte de los recursos para su financiamiento estarían constituidos por los aportes realizados por los concesionarios del sistema eléctrico. Este aporte no podría ser mayor al 1% de sus ventas anuales. Para más información, véase la Ley 26734 y en específico, el artículo 17 que señala:

Constituyen recursos de Osinerg: a) Los aportes realizados por los concesionarios de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y los autorizados para actividades de generación de acuerdo a los señalado en el inciso g del Artículo 31 del Decreto Ley 25844 y normas reglamentarias (1996).

Véase también el artículo 31 del Decreto Ley 25844:

Tanto los titulares de concesión como los titulares de autorización están obligados a: [...] g) Contribuir al sostenimiento de los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores mediante aportes fijados por el Ministerio de Energía y Minas que en ningún caso podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de sus ventas anuales (1992).

organismos reguladores siempre que no superase el 1% del valor de facturación anual de la empresa. La Ley Marco otorgó al Poder Ejecutivo la potestad de fijar el porcentaje del APR en cada caso⁸.

Casi siete años después de haberse emitido la Ley Marco, mediante la Ley 28964 se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin), entidad que integró las funciones a cargo de Osinerg y las facultades de fiscalización sobre el sector minero, las cuales hasta ese

momento estaban a cargo del Ministerio de Energía y Minas⁹. Además, se estableció que Osinergmin se financiaría mediante cuatro aspectos: (i) los recursos propios de la entidad, (ii) el arancel de fiscalización minera, (iii) el 70% de las multas impuestas¹⁰ y, (iv) el APR¹¹. En la práctica, el Osinergmin reemplazó a Osinerg y, por lo tanto, pasó a cobrar el APR que se pagaba originalmente a este organismo.

En el año 2008 se crearon el Ministerio del Ambiente y el OEFA¹². A este último se le otorgó las

En el caso de **Osiptel**, el aporte por regulación fue fijado en 0.5% de los ingresos brutos facturados y percibidos mensualmente por las empresas operadoras. Véase el artículo 65 del Decreto Supremo 008:

Las empresas operadoras abonarán directamente a Osiptel, con carácter de pago a cuenta del monto que en definitiva les corresponde abonar por Aporte por Regulación, también llamado Aporte de Supervisión, cuotas mensuales equivalentes al medio por ciento (0.5%) de sus ingresos brutos facturados y percibidos durante el mes anterior, que deberán ser pagadas dentro de los diez (10) días calendario del mes siguiente al que corresponde el pago a cuenta (2001).

En cuanto a **Ositran**, también se reconoce el aporte por regulación, equivalente al 1% de la facturación anual de las entidades prestadoras del servicio de transporte. Véase lo afirmado por la Ley 26917 en su artículo 14:

Constituyen recursos propios de Ositran: a) La tasa de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual. Constituye infracción grave del concesionario no pagar el aporte a que se refiere el presente inciso, en la oportunidad, forma y modo que señale las normas complementarias a la Ley (1998).

En el caso de **Sunass**, también se estableció que este organismo cobraría un aporte por regulación, dejando sin efecto el monto que era pagado originalmente al Servicio Nacional de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado. Véase el artículo 3 del Decreto Ley 25965:

La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento a partir de la vigencia de su Ley General contará, para su funcionamiento, con la contribución que deberán abonarle mensualmente todas las instituciones públicas o privadas prestadoras de servicios de saneamiento, por concepto de fiscalización. Esta contribución reemplazará a la que actualmente vienen abonando las entidades antes mencionadas, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 5 de la Ley 23452 (1992).

⁸ Para más información, véase el artículo 10 de la Ley Marco:

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo un ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder el 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 27332, 2000).

⁹ Para más información, véase el artículo 1 de la Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al Osinerg:

Sustitúyanse los artículos 1, 2 e incisos c) y d) del artículo 5 de la Ley 26734, cuyos textos serán los siguientes: [...] Artículo 2.- La misión del Osinergmin es regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades (Ley 28964, 2007).

¹⁰ Para más información, véase el artículo 4 de la comentada norma:

El Osinergmin financiará las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras mediante sus recursos propios, los montos pagados por concepto de Arancel de Fiscalización Minera y el setenta por ciento (70%) de las multas que se impongan por las infracciones detectadas en los procesos de fiscalización minera (Ley 28964, 2007).

¹¹ Sobre este punto, véase el artículo 4 de la Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería:

El aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, alcanza a los titulares de las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del Osinergmin.

El aporte a que se refiere el párrafo anterior no podrá exceder del 1 por ciento del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, con el cual el Osinergmin financiará las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras bajo su ámbito. Este aporte será fijado por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas y el Ministro de Economía y Finanzas.” (Ley 29901, 2012).

¹² Conforme lo expresa el artículo 2 del Decreto Legislativo que aprueba la creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente: “Créase el Ministerio del Ambiente como organismo del Poder Ejecutivo, cuya función general es diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental, asumiendo la rectoría con respecto a ella” (Decreto Legislativo 1013, 2008).

Además, véase la Segunda Disposición Complementaria Final:

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, OEFA, como 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 (Decreto Legislativo 1013, 2008).

funciones de fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental¹³. Dos años después se inició la transferencia de las funciones a cargo de Osinergmin al OEFA¹⁴. Con ello, el OEFA se convirtió formalmente en la nueva entidad encargada de la supervisión, fiscalización y sanción ambiental de las compañías del sector minero y energético.

Cuando OEFA se creó, se dispuso que sea financiado por un pliego presupuestario propio¹⁵, el cual incluiría las fuentes de financiamiento a favor de Osinergmin en la proporción a las funciones que le habían sido transferidas¹⁶. En ese sentido, originalmente se determinó que el OEFA sea financiado en cinco aspectos: (i) los montos asignados por la Ley Anual de Presupuesto; (ii) las asignaciones, dona-

ciones, transferencias u otros aportes que pudiera recibir, incluyendo las provenientes de cooperación internacional; (iii) las multas que imponga el OEFA; (iv) los recursos propios que genere; y, (v) cualquier otro establecido por ley¹⁷. En efecto, el APR no era uno de ellos.

Recién en el año 2012, mediante la Ley de Presupuesto para el año 2013 y la Ley 30011, se dispuso que el OEFA también podía cobrar el AP¹⁸. Sin embargo, no todos los sujetos bajo su supervisión lo pagan. Solo lo hacen las compañías de los sectores minería, hidrocarburos y electricidad. Sobre la base de lo dispuesto en esta norma, el Poder Ejecutivo estableció mediante decretos supremos los porcentajes del APR al OEFA¹⁹, así como el procedimiento para hacer efectivo su cobro²⁰.

¹³ Con la finalidad de ahondar más en el tema, véase el artículo 2 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental: “El Sistema rige para toda persona natural o jurídica, pública o privada” (Ley 29325, 2009).

¹⁴ Para más información, véase el artículo 1 del Decreto Supremo 001-2010-MINAM cuyo tenor señala: “Apruébese el inicio del 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, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, OEFA” (2010).

¹⁵ Al respecto, véase el artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental: “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” (Ley 29325, 2009).

¹⁶ Para profundizar, véase el artículo 5 del Decreto Supremo 001-2010-MINAM que indica:

Las acciones que realicen el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en el marco del proceso de la transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, se sujetan a sus presupuestos institucionales respectivos, sin demandar recursos adicionales del Tesoro Público. Asimismo, la transferencia de funciones objeto del presente Decreto Supremo incluye el financiamiento de las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental de las actividades mineras, dispuestas en el artículo 4 de la Ley 28964, en la proporción que corresponda (2010).

¹⁷ Véase el artículo 27 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental:

Constituyen recursos del OEFA: a) Los montos que se le asignen conforme a la Ley Anual de Presupuesto. 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 (Ley 29325, 2009).

¹⁸ Para ahondar más en el tema, véase la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público:

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. 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 29951, 2012).

Véase también la Tercera disposición complementaria final de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental:

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 de Recursos Directamente Recaudados (Ley 30011, 2013).

¹⁹ Para los años 2014 y 2015, fijó el APR en 0.15%; para el año 2016, en 0.13%; y, en 0.11% para los años 2017, 2018 y 2019, en los sectores de minería y de electricidad y, en 0.9% para el sector hidrocarburos. En ese sentido, véanse el Decreto Supremo 130-2013-PCM, el Decreto Supremo 096-2016-PCM y el Decreto Supremo 097-2016-PCM.

²⁰ Véase la Resolución de Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental 009-2014-OEFA/CD.

Con todos estos cambios normativos, el OEFA se convirtió en la entidad encargada de la fiscalización, control, supervisión y sanción ambiental, funciones que fueron financiadas parcialmente por el APR. Hoy los ingresos del OEFA provenientes del APR ascienden a más de 140 millones de soles, lo cual representa aproximadamente un 70% del presupuesto de esta entidad²¹. La magnitud de este monto exige una exhaustiva evaluación de la legitimidad de su cobro. Empecemos determinando su naturaleza jurídica.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APORTE POR REGULACIÓN PAGADO AL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

La naturaleza tributaria del APR al OEFA no es discutible. De hecho, dicho APR cumple con los cuatro requisitos esenciales de un tributo: (i) es una obligación pecuniaria, (ii) se encuentra establecida por ley, (iii) no constituye una sanción por un acto ilícito y, (iv) su destinatario es una entidad pública (Ataliba Nogueira, 1987, p. 13). En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina coinciden sobre este punto²². La verdadera discusión radica en el tipo de tributo que caracteriza el APR al OEFA.

En el año 2002, la Ley 27699 definió expresamente al APR como una contribución²³, lo cual fue ratificado por el TC y el propio OEFA en pronunciamientos posteriores²⁴. No obstante, en ningún momento se analizó exhaustivamente si el APR al OEFA poseía las características propias de esta institución jurídica

pese a ser un requisito indispensable para determinar la validez de su cobro. Teniendo ello en cuenta, a continuación, delimitaremos la naturaleza y características de cada tipo de tributo para luego determinar a cuál de ellos corresponde el APR al OEFA.

El Código Tributario (Decreto Supremo 133, 2013) establece tres tipos de tributos: el impuesto, la contribución y la tasa. El impuesto es aquel “tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado”, es decir, su cobro no depende de una actuación estatal particular. La contribución, por otro lado, es el “tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales”. Mientras que la tasa “tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente”.

A diferencia del impuesto, el pago de la contribución y de la tasa sí dependen de una actuación estatal particular. En el primer caso, su cobro se justifica en el beneficio diferencial obtenido por el contribuyente. En el segundo caso, ello responde a que el servicio público se brinda individualmente a un sujeto.

Como desarrollan Bullard González y Zumaeta Castro, para entender la naturaleza jurídica de estas instituciones es necesario conocer la lógica económica detrás de cada tipo de tributo. En ese sentido, debemos tener en cuenta que el Estado brinda una serie de servicios. Un primer tipo lo constituyen,

²¹ Véase la Resolución Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental 142-2018-OEFA/PCD. Para el año 2018, el ingreso por APR ascendió a S/140'363,399.00, lo que representa más del 75% del Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) del OEFA (Resolución del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental 124-2017-OEFA/PCD). En el año 2017, el presupuesto del OEFA proveniente del APR ascendió a S/ 126'648,809.00, lo que representa el 89% de su PIA (Resolución del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental 192-2016-OEFA/PCD). Para el año 2016, el presupuesto proveniente del APR ascendió a S/ 117'000,000.00, lo que representa cerca del 86% del PIA de OEFA (Resolución del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental 135-2015-OEFA/PCD). Para el año 2015, el ingreso por APR ascendió a S/. 130'018,000.00, representando más del 99% del PIA del OEFA (Resolución del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental 173-2014-OEFA/PCD).

²² Para profundizar más en el tópico, véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 5410-2015-PA/TC. Además, véase lo señalado por Gómez Apac, H., Albareda, G., y E. Sotelo (2014), así como lo indicado por Martín Tirado, R. (2015).

²³ Véase el artículo 7 de la Ley 27699:

Precítese 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 sometimiento institucional del Osinerg (2002).

²⁴ Para más información en el tema, véase la sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04303-2018-PA/TC:

En la sentencia recaída en el Expediente 05410-2015-PA/TC [...] el Tribunal Constitucional [...] dejó establecido que el aporte por regulación al que refiere el citado decreto es una contribución que se abona para pagar la actividad estatal que despliega el OEFA, la cual comprende un macroproceso de fiscalización ambiental que involucra labores de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental (2019).

Asimismo, véanse las sentencias recaídas en el Expediente 5410-2015-PA/TC, el Expediente 3303-2003-AA/TC y el Expediente 1520-2004-AA/TC.

Por otro lado, el OEFA menciona que la contribución “[e]s el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales (por ejemplo: aporte a EsSalud, contribución al Sencico, entre otros). En el caso del OEFA, el hecho generador del APR es la función pública de fiscalización ambiental” (2014, p. 22).

por ejemplo, la seguridad, la promoción de la inversión privada o el ordenamiento del transporte público. En la mayoría de los casos, los beneficios derivados de estos servicios no pueden ser individualizados, ya sea por la naturaleza misma del servicio o porque en la práctica resultaría muy costoso hacerlo (2015, p. 251).

Un ejemplo de esta clase de servicios es la protección de fronteras. Potencialmente, todos los ciudadanos residentes en el territorio nacional nos beneficiamos del cuidado otorgado por este servicio, el cual no solo nos protege frente a una eventual agresión extranjera, sino que vela por el cumplimiento de determinados requisitos para el ingreso a nuestro país de bienes y personas. De hecho, en la economía, este tipo de servicio corresponde a los llamados bienes públicos.

Por otro lado, el Estado también puede específicamente brindar servicios orientados a una persona (sea natural o jurídica) o, en su defecto, brindar servicios que generen beneficios diferenciales a determinado grupo de sujetos. Un ejemplo de este último caso sucede cuando el Estado construye un parque pues, aunque la sociedad en su conjunto se beneficia de este nuevo centro de esparcimiento, los propietarios de los predios colindantes obtienen un beneficio diferencial materializado en el aumento de valor de sus propiedades. Así, en este caso, no solo es posible identificar al grupo de personas beneficiarias, sino también al beneficio que cada una de ellas obtiene. En la economía, este tipo de servicios corresponde a los llamados bienes privados.

Teniendo en cuenta la distinta naturaleza de los bienes, nuestro derecho ha delimitado dos tipos de tributos. Cuando no es posible individualizar al beneficiario o el beneficio obtenido —es decir, cuando estamos frente a bienes públicos— quien asumirá los costos de la prestación del servicio será toda la sociedad en su conjunto y ello se justifica en que potencialmente todos podemos beneficiarnos de dicho bien. El tipo de tributo creado para estos casos es el tributo no vinculado: el impuesto.

En contraposición, cuando el beneficiario y el beneficio obtenido sí son individualizables —es decir, cuando estamos frente a bienes privados— quienes asumirán los costos de su prestación serán quienes obtengan una ventaja de la actividad estatal. El tipo de tributo creado para estos casos es el vinculado: **la tasa**, si el servicio es individualizable, y **la contribución**, si existe un beneficio diferencial a favor de determinado grupo de sujetos.

Detrás de esta estructura de tributación se encuentra el principio económico de internalización de externalidades, las cuales en este caso son positivas. El sistema está orientado a que quien se beneficia de un servicio o bien que no ha contratado asuma los costos de su prestación. El pago de una contribución o una tasa permite que ello ocurra.

Estaremos frente a una tasa si la actividad estatal financiada es individualizable, como la tasa pagada por el trámite para la emisión del documento nacional de identidad. Por otra parte, estaremos frente a una contribución si aquella genera un beneficio diferencial a favor de un grupo determinado de personas, como en el caso de una contribución por el asfaltado de una calle. Finalmente, estaremos frente a un impuesto si ninguna de las situaciones anteriores se verifica, como es el caso del impuesto a la renta.

Con respecto al punto anterior, revisemos el caso particular del APR al OEFA. En la sentencia de agosto del 2019 a la que nos hemos referido, el TC señaló que tal APR “es una contribución que se abona para pagar la actividad estatal que despliega el OEFA, el mismo que comprende todo un macroproceso de fiscalización ambiental que involucra labores de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental” (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019). Es decir, está destinado a financiar las labores de protección ambiental que despliega esta entidad²⁵.

Es innegable que el APR al OEFA financia una actividad estatal. La discusión radica en si esta genera o no un beneficio diferencial a favor de las compañías con actividades comerciales en los sectores de

²⁵ El pronunciamiento del TC coincide con lo señalado por las normas y la doctrina sobre el tema. Muestra de ello es lo señalado en la Ley 29951, que establece expresamente 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” (2012). Para profundizar en este aspecto, véase también la cuadragésima octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951.

Para mayor información doctrinaria, véase lo afirmado por Guzmán Napurí, quien menciona que al haberle confiado las actividades de supervisión y fiscalización al OEFA, este ente debe ser titular de los recursos económicos que le permitan desenvolver los fines institucionales que persigue. En este caso, la fiscalización ambiental de las actividades del sector minería. El Aporte por Regulación responde a la necesidad de generar recursos a favor de la Administración Pública para un mejor cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto, impedir que el OEFA perciba dicho tributo solo afectaría el correcto cumplimiento de las actividades en materia de supervisión y fiscalización bajo su competencia (2005, p. 115).

minería, hidrocarburos y eléctrico, las cuales están obligadas a pagarlo.

El OEFA es el ente rector del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (en adelante, Sinefa) y, a su vez, una entidad de fiscalización ambiental (en adelante, EFA). En su condición de ente rector, el OEFA emite normas de rango infralegal y supervisa el desempeño de las demás EFA. Por otra parte, desde su condición de EFA realiza las funciones de evaluación ambiental, supervisión y fiscalización del cumplimiento de la regulación ambiental y es el encargado de llevar a cabo procedimientos administrativos sancionadores (Ley 29325, 2009). A la fecha, el OEFA tiene a su cargo la fiscalización de los sectores industrial, pesquero, agrícola, minero, eléctrico, hidrocarburos, entre otros.

De cara a los administrados, el OEFA cumple con las funciones administrativas de ordenación, producción normativa, supervisión, fiscalización y sanción. Todas ellas son actividades de efectos generales que están orientadas a cumplir un fin social: proteger el medio ambiente. Los beneficios que se derivan de esta labor no solo alcanzan a quienes realizan actividades extractivas o relacionadas con recursos naturales, sino a todos los ciudadanos en general.

Con respecto al punto anterior, veamos el siguiente ejemplo. Una empresa minera que tiene sus operaciones cerca de la población A incumple deliberadamente las normas ambientales. La empresa vierte relaves mineros al río cercano y su planta de procesamiento emite gases contaminantes con sustancias altamente nocivas para la salud, sobrepasando los límites máximos permitidos por ley. La población A será afectada por estas emisiones, ya que los gases contaminantes son llevados por las corrientes de aire hasta donde se encuentra y tanto esta población como las colindantes usan el agua del río contaminado para el consumo directo, la ganadería y la agricultura.

Los efectos de esta contaminación van desde problemas de salud de los habitantes de las poblaciones cercanas, hasta la muerte del ganado y la pérdida de las cosechas por el uso de agua contaminada. El OEFA, al conocer esta situación, interviene. Supervisa las instalaciones, realiza las actividades

de fiscalización correspondientes y sanciona a la empresa. La compañía minera deja de contaminar el río cercano y se ve obligada a controlar las emisiones de gases nocivos.

¿Quiénes se benefician con la intervención del OEFA? Todas las poblaciones cercanas, sin duda, pues el aire que respiran ya no tiene sustancias nocivas para la salud y sus cosechas y ganados ya no se ven afectados por el agua contaminada. ¿La empresa obtiene un beneficio diferencial de la intervención del OEFA? Todo indica que no. Por el contrario, la empresa deberá asumir los costos de las sanciones que le fueron impuestas.

Quiénes se benefician, en realidad, con la actuación del OEFA somos todos nosotros: la sociedad en su conjunto. Preservar el medio ambiente permite que no solo los pobladores cercanos a la compañía se desarrollen en un ambiente sano y libre de contaminación, sino que también lo haga toda la población en general, además de las futuras generaciones. La individualización de los efectos positivos generados por las actuaciones del OEFA sería, si no imposible, muy costosa. En esa línea, el servicio brindado por el OEFA corresponde a un bien público: no estamos frente a una tasa ni a una contribución, al no existir un beneficio diferencial (directo o indirecto) a favor de una compañía en particular o un grupo de empresas de determinado sector.

Pese a lo evidente de esta situación, la decisión de agosto de 2019 del TC señala que las labores del OEFA generan “beneficios no solo para la sociedad en general, sino para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza, a su vez, el funcionamiento del mercado” (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019). Sin embargo, el TC no precisa ni desarrolla cómo la actuación del OEFA optimiza el mercado de los sectores minero, hidrocarburos, eléctrico o cualquier otro; ni mucho menos cómo se materializa el beneficio de dicha optimización en las compañías que pagan el APR al OEFA.

Sobre este punto, diversas fuentes señalan que serían tres los beneficios diferenciales que las compañías obtendrían: (i) facilitar la obtención de la licencia social, (ii) garantizar el bienestar de sus

Además, véase lo afirmado por Thorne León, quien afirma que

el costo de las acciones que adopta el Estado por intermedio del OEFA no constituye sino un resultado necesario para la interacción de las variables económicas y jurídicas, que determinan que exista un coste por regulación a efecto de que pueda cumplirse con los objetivos orientados al interés general en materia ambiental. Por ello, el Aporte por Regulación a favor del OEFA (que debe ser cubierto por las empresas que se encuentran dentro de su ámbito de competencias) constituye un elemento esencial destinado a solventar los costes por regulación en los que debe incurrir dicha entidad para cumplir las funciones que le fueran asignadas por el ordenamiento jurídico (2015, p. 99).

trabajadores y, (iii) evitar la competencia desleal entre empresas²⁶. A continuación, demostraremos que ninguno de ellos representa un verdadero beneficio diferencial.

A. Facilitar la licencia social

La obtención de la licencia social implica que las poblaciones colindantes a un proyecto de inversión estén a favor de su desarrollo. Para obtenerla será necesario desarrollar una serie de procesos de información y sensibilización sobre las incidencias positivas y negativas del proyecto. En nuestro país uno de estos procesos es la consulta previa.

El OEFA no tiene a su cargo ninguno de ellos y solo intervendrá en esta etapa si se verifica alguna amenaza o daño al medio ambiente: no dirige el proceso de consulta previa ni aprueba los instrumentos de gestión ambiental exigidos para el desarrollo del proyecto. No encontramos evidencia de que la existencia de una entidad encargada de la fiscalización ambiental como el OEFA influya positiva o negativamente en la obtención de la licencia social de un proyecto, pues sus funciones no poseen una incidencia directa en este proceso. Por lo tanto, las labores del OEFA no generan un beneficio diferencial a las compañías aportantes del APR al OEFA en la obtención de la licencia social de sus proyectos.

B. Garantizar el bienestar de los trabajadores

Por otro lado, también se sostiene que un supuesto beneficio diferencial de las actuaciones del OEFA sería garantizar el bienestar de los trabajadores de las compañías bajo su supervisión dado que evitaría que sufran daños por una eventual

contaminación²⁷. En nuestra opinión, este argumento parte de una premisa equivocada pues, independientemente de las funciones del OEFA, la compañía está obligada a garantizar la seguridad de sus trabajadores.

Para una mejor ilustración, proponemos un ejemplo. Imaginemos que una empresa, Taxi Petróleos, tiene a su cargo la operación de un importante oleoducto en nuestro país y debido a una supervisión deficiente se generan fugas en dos puntos de aquel. Un primer grupo de operadores cercanos a la fuga vestían la indumentaria de seguridad brindada por la compañía y, además, actuaron conforme a los protocolos de seguridad que les habían sido informados. Un segundo grupo de operadores afectados no contaba con la indumentaria de seguridad ni tampoco había recibido capacitaciones sobre los protocolos que se debía seguir en estas situaciones.

De esta forma, el primer grupo de operadores no sufrió ningún daño y el segundo sí. El OEFA interviene ante esta situación. Luego de supervisar las instalaciones de Taxi Petróleos, le impone sanciones por la contaminación derivada de las fugas. Además, ordena que implemente una serie de medidas correctivas para evitar futuras fugas en otros puntos del oleoducto.

Como el lector advertirá, la supervisión y las sanciones del OEFA no modifican los costos que la empresa deberá asumir por los daños sufridos por sus operadores o por su obligación de prevenirlos. Taxi Petróleos deberá indemnizar a sus trabajadores y responder frente a las autoridades respectivas por no brindarles la indumentaria requerida ni

²⁶ Véase lo afirmado por el Decreto Supremo 096-2016-PCM el cual menciona 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 (2016).

Además, el OEFA afirma que mediante sus labores

[p]ermite una mayor aceptación de las poblaciones aledañas a las empresas, lo que reduce la conflictividad social e incentiva la licencia social para nuevas inversiones. Promueve que las empresas cuenten con instalaciones adecuadas para sus propios trabajadores, a fin de evitar que estas sufran las consecuencias de una eventual contaminación (2014, p. 12).

Por su parte, Marciani Burgos menciona que

[...] el fortalecimiento institucional del OEFA se encuentra vinculado a su labor de fiscalización y supervisión ambiental, que conlleva los beneficios que justifican dicha contribución [el APR al OEFA] (ahorra de costos de transacción en virtud de facilitación de la licencia social, garantía del bienestar de los trabajadores, disuasión de la competencia desleal entre empresas) (2015, p. 47).

Finalmente, Guzmán Napurí indica que

el correcto desenvolvimiento [del OEFA] proporciona también beneficios a las empresas que están bajo su supervisión y fiscalización, puesto que permiten que estas tengan incentivos para cumplir sus respectivas obligaciones ambientales y se evite la competencia desleal (2015, p. 110).

²⁷ En ese sentido, el OEFA señala que "[p]romueve que las empresas cuenten con instalaciones adecuadas para sus propios trabajadores, a fin de evitar que estas sufran las consecuencias de una eventual contaminación" (OEFA, 2014, p. 17). Véase también a Marciani Burgos, quien percibe al "Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz. Reconocimiento normativo de su condición de acreedor tributario" (2015, p. 47).

capacitarlos en los protocolos de seguridad necesarios. Con o sin sanciones, la empresa deberá garantizar la seguridad de sus trabajadores o pagar si no lo hace.

Las medidas correctivas del OEFA tampoco modifican los costos de la compañía en caso de potenciales daños a sus trabajadores. Con o sin medidas correctivas, Taxi Petróleos deberá garantizar la seguridad de sus trabajadores o pagar si no lo hace. En esa línea, las labores del OEFA no garantizan realmente el bienestar de los trabajadores de una compañía; en gran medida a causa de que esta no es su función. En efecto, la principal función del OEFA es garantizar la protección del medio ambiente.

De hecho, las entidades encargadas de velar por el bienestar de los trabajadores son el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil). Por lo tanto, en este punto, tampoco se genera ningún beneficio diferencial a favor de las compañías aportantes del APR al OEFA.

C. Evitar la competencia desleal entre empresas

Se ha señalado como tercer supuesto beneficio diferencial que la actividad del OEFA evita la competencia desleal entre las empresas. Quienes defienden este argumento sostienen que existen dos tipos de empresas: las que respetan la ley y las que no lo hacen. En tal caso, la competencia será desleal debido a que las primeras incurren en mayores costos que las segundas. La intervención del OEFA en este mercado corregiría dicha asimetría al garantizar que todas las compañías respeten las normas ambientales, pues todas asumirían costos equivalentes. En ello consistiría el beneficio diferencial.

Este argumento encuentra una primera dificultad en que la fiscalización del OEFA alcanza solo a la mediana y gran minería, pues la pequeña minería y minería artesanal –en las que se presenta la mayor incidencia de incumplimiento– quedan a cargo de los gobiernos regionales. Los procedimientos

de formalización para minería informal son gestionados por los gobiernos regionales y el Ministerio de Energía y Minas²⁸. Por lo tanto, al menos en el sector minero, el OEFA no corrige la supuesta competencia desleal entre actores económicos.

Sin embargo, el problema fundamental de este argumento es que parte de una premisa errada: garantizar el cumplimiento de las normas no genera un beneficio diferencial. Más bien, los efectos positivos se extienden a toda la sociedad y no solo a un grupo en específico. Para ilustrar este punto consideremos la diferencia entre las funciones del Osiptel y el OEFA.

Los organismos reguladores, a quienes originalmente buscaba financiar el APR, tienen como objetivo optimizar el funcionamiento del mercado a su cargo. Por ejemplo, el Osiptel regula el sector de las telecomunicaciones. Su actividad se orienta a resolver las fallas de mercado que dificultan el funcionamiento competitivo del mismo: subactividad de costos como en el caso de la telefonía fija y –en economías de red– la telefonía móvil. Con la fijación tarifaria y de cargos de interconexión²⁹ se permite que el mercado en cuestión funcione y que las empresas reguladas puedan concurrir en competencia dentro del mismo (Paredes Molina y Sánchez Callejas, 1998, pp. 12-14). Es en este aspecto donde radica el beneficio diferencial que justifica el APR al Osiptel.

Las labores del OEFA también están orientadas a resolver una falla de mercado; sin embargo, a diferencia del Osiptel, su objetivo no es viabilizar su funcionamiento. El objetivo del OEFA es que las empresas bajo su ámbito de aplicación internalicen las externalidades que generan al incumplir normas ambientales. Con ello, su efecto es distinto al de la regulación económica, pues no genera un beneficio diferencial a favor de las compañías bajo su supervisión, sino que impide que ellas transfieran los costos de su contaminación a otros agentes del mercado. En un sentido coloquial, garantiza que quien rompa los platos, los pague.

²⁸ Para mayor información, véase el Decreto Legislativo 1336, cuyo artículo 3 indica:

La Dirección y/o Gerencia Regional de Energía y Minas, o quien haga sus veces, emite, de corresponder, la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio [...]. El Ministerio de Energía y Minas establece mediante Decreto Supremo, en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, las disposiciones complementarias referidas a los numerales 2 y 3 del párrafo 3.1 del presente artículo, así como de la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio (2017).

En efecto, el rol del OEFA se limita a la supervisión y asistencia técnica de la entidad de fiscalización ambiental del gobierno regional. Por ejemplo, en los artículos 7 y 8 del Decreto mencionado se menciona que

el OEFA puede disponer el acompañamiento de las supervisiones que realice la EFA competente, en ejercicio de su rectoría del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. [...] El OEFA a través de su Academia de Fiscalización Ambiental, brinda asistencia técnica a las autoridades ambientales regionales competentes en materia de fiscalización y supervisión ambiental aplicable a la pequeña minería y minería artesanal (2017).

²⁹ Además de otras herramientas de regulación para la competencia, como compartición de infraestructura.

El impacto de asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico va más allá de evitar supuestos comportamientos de competencia desleal en el mercado, pues el cumplimiento de las normas en todos los ámbitos es de interés público. De nada serviría tener un conjunto de normas si los sujetos pueden evadir su cumplimiento. Debido a que el beneficio de garantizar el respeto del ordenamiento jurídico se extiende a todos los ciudadanos, las entidades encargadas de ello deberían ser —como sucede en casi la totalidad de los casos— financiadas por todos nosotros.

Considerar lo contrario nos llevaría a establecer que todos los participantes del mercado paguemos un APR a las entidades encargadas de asegurar que nuestros competidores cumplan la ley. Bajo esa perspectiva, los aportantes del APR al OEFA no solo deberían pagar este tributo, sino que también deberían aportar un APR a la Policía Nacional del Perú por evitar la comisión de delitos, a la Fiscalía de la Nación por investigarlos, al Poder Judicial por sancionarlos, a las municipalidades provinciales y distritales por verificar el cumplimiento de sus ordenanzas, y a cualquier otra entidad que vele por el cumplimiento de las normas.

Es manifiesto que el APR al OEFA no financia una actividad estatal que genere un beneficio diferencial a favor de las empresas de los sectores minero, hidrocarburos, eléctrico, ni cualquier otro. Al no ser posible individualizar la actividad desplegada por el OEFA ni identificar un beneficio diferencial a favor de un determinado grupo de sujetos, la naturaleza jurídica del APR al OEFA no corresponde con la de una contribución o una tasa. En realidad, se asemeja más a la de un impuesto.

IV. LA VALIDEZ DEL APORTE POR REGULACIÓN PAGADO AL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Bajo nuestro modelo de Estado Constitucional de Derecho, una norma será válida si cumple con los requisitos formales y materiales exigidos por el ordenamiento jurídico. Al respecto, el TC señaló lo siguiente³⁰:

[...] Una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al iter procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material) (Expediente 0017-2005-PI/TC, 2005).

En ese sentido, una norma será formalmente válida si quien la emite está facultado para hacerlo y lo hace respetando el procedimiento y los requisitos establecidos para ello. Asimismo, la norma será materialmente válida si es compatible con las materias, los principios y los valores establecidos por el ordenamiento jurídico peruano.

La exigencia de estos requisitos tiene como finalidad proteger a los ciudadanos de cualquier actuación arbitraria del Estado. En esa línea, existe un mandato constitucional que obliga a los diversos órganos estatales a actuar conforme a “las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (Const., 1993, art. 45). De incumplirlo, estaremos frente a una norma o una actuación estatal arbitraria que deberá ser proscrita del ordenamiento jurídico.

Teniendo ello en cuenta, a continuación, analizaremos si el APR al OEFA y las normas que lo establecen son válidos. Para tal fin, evaluaremos si tal APR y sus respectivas normas cumplen con los requisitos de validez formal y validez material exigidos para la creación de una contribución y un impuesto.

A. Validez formal del Aporte por Regulación pagado al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Nuestra Constitución Política y el Código Tributario establecen que, salvo las tasas, todo tributo deberá ser creado mediante una ley, un decreto legislativo o —en el caso de las contribuciones creadas por gobiernos regionales o locales— una ordenanza (Const., 1993, art. 74)³¹. En ese sentido, serán

³⁰ Para más información, véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 014-2003-AI/TC y 0009-2008-PI/TC.

³¹ Véase la Norma IV del Texto Único Ordenado del Código Tributario:

S[o]lo 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; b) Conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios; Normar los procedimientos jurisdiccionales, así como los administrativos en cuanto a derechos o garantías del deudor tributario; d) Definir las infracciones y establecer sanciones; e) Establecer privilegios, preferencias y garantías para la deuda tributarias; y, f) Normar formas de extinción de la obligación tributaria distintas a las establecidas en este Código. Los Gobiernos Locales, mediante Ordenanza, pueden crear, modificar y suprimir sus contribuciones, arbitrios, derechos y licencias o exonerar de ellos, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la Ley (Decreto Supremo 133, 2013).

competentes para crear contribuciones o impuestos el Congreso de la República a través de leyes y el Poder Ejecutivo a través de decretos legislativos, previa delegación de facultades. En cada caso, deberán observarse, además, los requisitos de validez formal exigidos para la emisión de cada tipo de normas.

Esta restricción de competencias encuentra su correlato en el principio de reserva de ley. Este mandato exige que todo impuesto sea creado mediante una norma con rango de ley. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente³²:

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. El respeto a la reserva de ley para la producción normativa de tributos tiene como base la fórmula histórica *no taxation without representation*; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir (Expediente 2302-2003-AA/TC, 2005).

La finalidad de este principio es proteger a los ciudadanos de una actuación arbitraria por parte del Estado. Por ello, se exige que su creación sea sometida al proceso deliberativo propio del Poder Legislativo o de los gobiernos regionales y locales (Expediente 2302-2003-AA/TC, 2005).

Esta salvaguarda frente a la arbitrariedad se materializa al exigir que los elementos esenciales de un tributo sean precisados por ley. Según lo establecido por el propio TC, dichos elementos son cinco: (i) el hecho gravado, (ii) el sujeto acreedor, (iii) el deudor del tributo, (iv) el momento de nacimiento de la obligación y, (v) el lugar de nacimiento de la obligación³³. Si la omisión de cualquiera de ellos determina que la creación del tributo carezca de validez formal, ¿el proceso de creación del APR al OEFA cumplió con el principio de reserva de ley? Veamos.

Como desarrollamos en una sección anterior, originalmente el APR fue establecido por la legislación propia de cada organismo regulador hasta que en el año 2000 se estableció un régimen común mediante la Ley Marco³⁴. Esta ley fue muy precisa al señalar aquellos organismos reguladores que podrían cobrar el APR: Ositran, Osiptel, Sunass y Osinerg (actualmente denominado Osinergmin). Además, esta norma delimitó el tope del APR en el 1% del valor de facturación anual de los sujetos regulados y otorgó facultades al Poder Ejecutivo para que fije el porcentaje correspondiente.

Cuando el OEFA fue creado, el APR no era una de sus fuentes de financiamiento. Fue recién la Ley de Presupuesto del año 2013 la que estableció que el OEFA podía cobrarlo:

[...] [l]as 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 (Ley 29951, 2012).

Esta norma presenta un grave problema que conlleva una violación del principio de reserva de ley y, por lo tanto, afecta la validez formal del APR al OEFA: se trata de una norma presupuestaria que crea un tributo.

³² Véase también la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC.

³³ Para ahondar más en el tema, véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2302-2003-AA/TC, donde se menciona que la regulación del hecho imponible en abstracto –que requiere la máxima observancia del principio de legalidad– comprende 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) (2005).

Además, véanse también las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 2762-2002-AA/TC; 303-2003-AA/TC y 0042-2004-AI/TC.

³⁴ Véase la Ley 27332, cuyo artículo 10 indica que los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo un ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder el 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 (2000).

Nuestra Constitución Política prohíbe expresamente crear tributos mediante las leyes de presupuesto público³⁵. La lógica detrás de esta restricción reside en asegurar que (i) la creación de un tributo sea el resultado de un proceso deliberativo, propio de un Estado Constitucional de Derecho y, (ii) que la implementación de un tributo no responda a la necesidad de cerrar una brecha presupuestaria momentánea³⁶.

Confirmando las razones de dicha prohibición, el Congreso no discutió la creación del APR al OEFA. De hecho, el Proyecto de Ley de tal norma, enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, no contiene esta disposición³⁷. La cuadragésima octava disposición complementaria fue incorporada por la Comisión de Presupuesto en su primer dictamen sobre el Proyecto de Ley³⁸ y no se analizó la validez formal ni material de la creación del APR, estableciéndolo de forma arbitraria.

Podemos ver claramente un espacio no regulado. Se intentó salvar este evidente error a través de

la promulgación de una serie de leyes que dispusieran el cobro del APR. Los aspectos más importantes a tomar en cuenta los simplificamos en el cuadro adjunto.

Si bien ya no estamos frente a leyes de presupuesto, las cuatro normas se remiten a la ley del 2013 que, como vimos, carece de validez formal. En ese sentido, resulta lógico considerar que todas ellas son, a su vez, inválidas. La invalidez de la norma principal implica la invalidez de las normas que la refieren, pues entender lo contrario nos llevaría a aceptar que las precisiones de una norma pueden ser válidas sin que la norma en sí misma lo sea.

Por otro lado, aun si consideramos que la validez formal de la Ley 30011 y posteriores no depende de la validez formal de la Ley de Presupuesto del año 2013, dichas normas tampoco cumplirían con este requisito. De hecho, como señalamos líneas atrás, es indispensable que toda norma que crea un tributo precise sus cinco aspectos esenciales (hecho gravado, sujeto acreedor, deudor del

Ley 30011	Ley 30115	Ley 30282	Ley 30373
Ley que modifica la Ley 29325 / Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental	Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014	Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015	Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016
Tercera Disposición Complementaria Final: Las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el OEFA se financian con cargo al APR establecido en la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 (2013).	Sexta Disposición Complementaria Final: Autorízase, de manera excepcional, al 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 (2013).	Quinta Disposición Complementaria Final: Autorízase, de manera excepcional, al OEFA la utilización de recursos provenientes del aporte a que se refiere la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y la tercera disposición complementaria final de la Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, para financiar actividades de sostenimiento institucional durante el Año Fiscal 2015 (2014).	Cuarta Disposición Complementaria Final: Autorízase, de manera excepcional, al 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 2016 (2015).

³⁵ Véase el artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

³⁶ En tal sentido, Rubio Correa menciona que “si se autoriza incluir tributos allí, podría desorganizarse el sistema tributario nacional, con medidas de coyuntura para ‘cerrar la brecha fiscal’, olvidándose que todo esto debe ser materia de una planificación cuidadosa y no de reacciones de momento” (1999, p. 426).

En ese mismo sentido, Danós Ordóñez menciona que en razón de que la aprobación de la Ley de Presupuesto se lleva a cabo a través de un procedimiento parlamentario sometido a importantes limitaciones para el debate, sobre todo de índole temporal. Por ello se quiere evitar que la ley de presupuesto se convierta en un cajón de sastre, porque en materia tributaria se requiere un debate parlamentario serio y pormenorizado (1994, p. 143).

³⁷ Véase el Proyecto de Ley 1465/2012-PE.

³⁸ Para ahondar en el tópico tratado, véase el Dictamen del Proyecto de Ley 1465/2012-PE.

tributo, momento del nacimiento de la obligación y lugar de nacimiento de la obligación)³⁹.

En este caso, las leyes referidas solo señalan al sujeto acreedor, es decir, al OEFA. Para justificar esta omisión, se han esgrimido, principalmente, dos argumentos: que la Ley 30011 y posteriores son leyes interpretativas (Expediente 02168-2016-AA4, 2017)⁴⁰, y que el artículo 10 de la Ley Marco establece una remisión normativa (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019)⁴¹.

1. La Ley 30011 y leyes posteriores como normas interpretativas

En múltiples pronunciamientos, el TC ha reconocido la existencia de leyes de naturaleza interpretativa, definiéndolas como

[...] aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad [...]. El objetivo de una norma interpretativa es eliminar la ambigüedad que produce una determinada norma en el ordenamiento jurídico. Así, ambas normas –la interpretada y la interpretativa– están referidas a la misma regulación [...] (Expediente 00002-2006-AI/TC, 2007).

En esa línea, el TC estableció un procedimiento de tres pasos para identificar si estamos o no ante una norma interpretativa:

Primero: Deben referirse expresamente a una norma legal anterior.

Segundo: Deben fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior.

Tercero: No deben agregarle a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material (Expediente 00018-2007-PI/TC, 2007).

Sobre la base de lo antes visto, veamos si las leyes en cuestión cumplen con estos requisitos.

En primer lugar, si bien todas las leyes se refieren expresamente a una norma legal anterior (la Ley de Presupuesto del año 2013), la misma es inválida conforme a lo expresamente establecido en el artículo 74 de la Constitución Política. Debido a que ninguna de las leyes cuestionadas refiere directamente el artículo 10 de la Ley Marco o a cualquier otra norma que sí sea válida, el primer requisito no se cumple.

En segundo lugar, antes de la emisión de la Ley de Presupuesto del año 2013 no existía una discusión jurídica sobre una posible interpretación del artículo 10 de la Ley Marco que justifique que el APR pudiera financiar al OEFA. La ley de presupuesto cuestionada no interpreta lo dispuesto por este artículo, sino que crea un nuevo supuesto de hecho: OEFA, un organismo técnico especializado, también podrá cobrar el APR. Por su parte, ni la Ley 30011 ni otras normas posteriores aclaran ningún extremo de la Ley de Presupuesto del año 2013 y más bien el verdadero objetivo de las últimas fue tratar de salvar la invalidez de la original Ley de Presupuesto. Por todo esto el segundo requisito tampoco se cumple.

En tercer lugar, la Ley de Presupuesto del año 2013 y las tres posteriores normas sí modificaron el ámbito material del artículo 10 de la Ley Marco. Esta disposición es clara al señalar que el APR será cobrado por los organismos reguladores.

³⁹ En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2302-2003-AA/TC indica lo siguiente: La regulación del hecho imponible en abstracto -que requiere la máxima observancia del principio de legalidad-, comprende 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) (2005).

Véanse también las sentencias recaídas en los Expedientes 2762-2002-AA/TC; 303-2003-AA/TC y 0042-2004-AI/TC.

⁴⁰ Así según el Informe especializado sobre la legalidad del APR al OEFA elaborado por Derecho, Ambiente y Recursos Naturales en el marco del Expediente 02168-2016-AA4 visto por el Tribunal Constitucional:

la Ley 30282 es una norma de carácter interpretativo y no innovativo. Esta norma se limita a reconocer que el OEFA es acreedor tributario del APR creado por la Ley 27332, confirmando lo que ya se había establecido en las Leyes números 30011 y 29951 (2017).

⁴¹ De acuerdo al Tribunal Constitucional el artículo 10 de la Ley 27332 se configura como una norma válida de remisión para que sea la Presidencia del Consejo de Ministros, conjuntamente con otros ministerios, la que precise y delimite los acreedores tributarios (organismos reguladores y organismos que fácticamente realizan actividades reguladoras) así como los porcentajes a imponerse para el pago por concepto de aporte por regulación, siempre que no supere el 1% del valor de la facturación anual de la empresa de inversión privada, por lo que se concluye que el Decreto Supremo 130-2013-PCM no crea un nuevo tributo, sino que precisa y delimita los alcances de la Ley 27332 (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019).

De hecho, no es posible sostener que el OEFA sea un organismo regulador pues, desde el punto de vista legal, su propia ley de creación lo define como un organismo público técnico especializado⁴², categoría mutuamente excluyente respecto de aquella de organismo regulador⁴³. Asimismo, desde el punto de vista material, tampoco puede afirmarse ello porque, como expusimos previamente, los organismos reguladores tienen como principal función optimizar los mercados que regulan; mientras que el OEFA se encarga de controlar, fiscalizar, supervisar y sancionar en materia medioambiental⁴⁴. Por lo tanto, cuando las leyes en cuestión señalan que también el OEFA cobrará el APR, en realidad, establecen un nuevo supuesto de hecho normativo que no estaba establecido dentro del ámbito de aplicación de la norma. Así, el tercer requisito tampoco se cumple.

Al no cumplir ninguno de los requisitos establecidos por el TC, las leyes en cuestión no pueden ser consideradas normas interpretativas.

2. El artículo 10 de la Ley Marco como una remisión normativa

En la STC de 2019, el TC concluye que el artículo 10 de la Ley Marco establece una remisión normativa que habilita la precisión de el porcentaje del APR al OEFA y sus acreedores tributarios a través de un decreto supremo:

[...] el artículo 10 de la Ley 27332 se configura como una norma válida de remisión para que sea la Presidencia del Consejo de Ministros, conjuntamente [a] otros ministerios, la que precise y delimite los acreedores tributarios (organismos reguladores y organismos que fácticamente realizan actividades reguladoras) así como los porcentajes a imponerse para el pago por concepto de aporte por regulación (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019).

Sobre el primer punto, el TC ya se ha pronunciado en un caso relacionado con el APR cobrado por Osinerg. En su sentencia, reconoció la constitucionalidad de fijar el porcentaje del APR a través de una norma infralegal (Expediente 2058-2003-AA/TC, 2004). De hecho, la justificación recae en que el propio artículo 10 de la Ley Marco delegó expresamente esta función al Poder Ejecutivo.

No obstante, la posición del TC sobre el segundo punto es totalmente nueva y contradictoria a su jurisprudencia. En casos anteriores, el TC reconoció la posibilidad de que el artículo 10 de la Ley Marco sea precisado mediante decretos supremos sin que ello implique una vulneración al principio de reserva de ley. Puntualmente, se refirió a dos elementos del tributo: el porcentaje del APR⁴⁵ y los sujetos pasivos⁴⁶. En ambos casos el TC reconoció que la remisión excepcional a un texto reglamentario era admisible “únicamente si los parámetros se encuentran fijados en la ley” (Expediente 3303-2003-AA/TC, 2004), es decir, en tanto “no se trata de una habilitación en blanco al reglamento” (Expediente 2058-2003-AA/TC, 2004).

En ambos casos, los parámetros fueron fijados expresamente por el artículo 10 de la Ley Marco, el cual establece un tope del 1% para el porcentaje del APR y señala que los sujetos pasivos del tributo serán todas las compañías bajo el ámbito de aplicación de los organismos reguladores. La remisión normativa tiene además una lógica práctica: desde el porcentaje, el Poder Ejecutivo se encuentra en mejor capacidad para llevar a cabo el proceso técnico-económico necesario para la determinación y actualización del APR; desde la determinación de los sujetos pasivos del impuesto, es previsible que por razones de política pública puedan cambiar las compañías bajo la regulación de cada organismo.

Estos candados que condicionan la validez de una remisión normativa no se verifican en la STC de agosto del 2019. Esta decisión desconoce el límite establecido en el propio artículo 10 de la Ley Marco, el cual señala que los beneficiarios del APR son los organismos reguladores y, en su lugar, valida que el cobro sea realizado por una entidad que no es un regulador (Ley 27332, 2000). Además, no encontramos razón práctica alguna para que sea el Poder Ejecutivo quien precise quiénes califican como acreedores tributarios del APR; por el contrario, esta facultad resulta sumamente peligrosa.

Al aceptar que el APR puede ser cobrado por cualquier entidad que “fácticamente realice actividades reguladoras” (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019), el TC ha otorgado una habilitación en blanco al Poder Ejecutivo; más aún si no estable-

⁴² Véase la Ley 29325.

⁴³ Véase la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

⁴⁴ Véase la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley 29325).

⁴⁵ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 2058-2003-AA/TC y 1520-2004-AA/TC.

⁴⁶ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3303-2003-AA/TC.

ce una definición precisa de qué es una actividad reguladora⁴⁷. Siguiendo este pronunciamiento, el Poder Ejecutivo podría establecer que el APR también debe pagarse al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, el Organismo Supervisor de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre o a cualquier otra entidad que cumpla con funciones similares a las del OEFA.

La evidencia apunta a que las entidades públicas tienden a buscar ampliar sus presupuestos sin que exista una correlación real a sus gastos. Parte de la explicación residiría en que un mayor presupuesto discrecional permite mayor comodidad al planificar gastos, así como poder, agencia, prestigio, o mejores condiciones de trabajo⁴⁸. Este cheque en blanco otorgado por el TC al Poder Ejecutivo genera incentivos para que las entidades obtengan mayores fuentes de financiamiento a su favor.

Otra consecuencia de esta habilitación en blanco es la inseguridad jurídica y menor predictibilidad para la inversión que genera, sobre todo en sectores bajo supervisión de alguna entidad administrativa sin condición de organismo regulador. Asimismo, deja latente la posibilidad de que los costos de distintas empresas aumenten por la introducción de nuevos APR⁴⁹.

Dado que las normas relacionadas al APR al OEFA no son leyes interpretativas ni remisiones normativas válidas, el único elemento esencial de un tributo que está establecido en ellas es el acreedor tributario. Ello vulnera el principio de reserva de

ley y contraviene lo establecido por el propio TC, determinando que el APR al OEFA carezca de validez formal.

El análisis que realizamos en esta sección podría ser considerado por algunos como legalista y, por tanto, inaplicable en un Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, no debe perderse de vista que bajo este modelo de Estado el cumplimiento de los requisitos y procedimientos para establecer un tributo protegen al ciudadano de cualquier arbitrariedad del Estado. Debemos tener presente, además, que, conforme se desarrollará a continuación, aun cuando se quiera relativizar la exigencia constitucional de reserva de ley, el APR al OEFA no supera el examen de validez material.

B. Validez material del Aporte por Regulación pagado al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Como vimos, la validez material de una norma depende de su correspondencia con lo establecido en el ordenamiento jurídico en su conjunto. Una norma será materialmente válida si es compatible con las materias, los principios y los valores establecidos por el sistema jurídico peruano.

En materia tributaria, nuestro ordenamiento recoge una serie de principios que deben ser respetados al momento de crear un tributo. Entre estos se encuentran, por ejemplo, el principio de reserva de ley, el principio de no confiscatoriedad, el principio de igualdad y el principio de solidaridad⁵⁰. Bastará que uno de ellos sea injustificadamente vulnerado para considerarlo como materialmente inválido.

⁴⁷ Con relación al tema, véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 5410-2015-PA/TC. En aquella se menciona que

el artículo 10 de la Ley 27332 se configura como una norma válida de remisión para que sea la Presidencia del Consejo de Ministros, conjuntamente con otros ministerios, la que precise y delimite los acreedores tributarios (organismos reguladores y organismos que fácticamente realizan actividades reguladoras) así como los porcentajes a imponerse para el pago por concepto de aporte por regulación (2019).

⁴⁸ Para mayor información doctrinaria, véase Dion S. y A. Blais (1991, pp. 355-361), quienes sostienen lo siguiente:

There is ample evidence that bureaucrats systematically request ample budgets [...]. Bureaucrats may seek increased budgets because of their values [...]. A second interpretation is that senior bureaucrats seek larger budgets because they define their interest not in financial terms, but rather in terms of power, prestige and promotions; all of which are facilitated by a larger budget.

⁴⁹ La creación de nuevos aportes por regulación tendría, de un lado, un costo político, y del otro, los incentivos relacionados a aumentar presupuesto. Su uso estaría en función a ambos factores. Si bien excede a este trabajo predecir en qué medida ocurrirá ello, podría considerarse como referencial una adaptación del modelo Stiegler-Peltzmann en que el caudal de votos esperados o apoyo político (globalmente considerado) esté en uno de los ejes y la utilidad aportada por un mayor presupuesto discrecional en el otro. Sobre el tema, Peltzmann señala que

The marginal political product of a dollar of profits must equal the marginal political product of a price cut that also costs a dollar of profits [...]. That is, political equilibrium will not result in the monopoly or cartel profit maximizing price. [...] Political equilibrium occurs at tangency (A) between the profit hill and an iso-majority curve. On this formulation, pure "producer protection" can be rational only in the absence of any marginal consumer opposition to higher prices and pure "consumer protection" requires no marginal support for higher profits (1976, pp. 21-22).

⁵⁰ En ese sentido, véase lo afirmado por Sotelo Castañeda, quien indica que los principios tributarios consagrados explícita (legalidad, no confiscatoriedad, respeto de los derechos fundamentales de la persona) e implícitamente (capacidad contributiva y solidaridad), son [...] los mecanismos que disciplinan el Poder Tributario en consonancia con el régimen económico de opción constitucional (2013, p. 304).

A continuación, analizaremos los tres principios que consideramos que son vulnerados con la creación y recaudación del APR al OEFA: el principio de no confiscatoriedad, el principio de igualdad y el principio de generalidad. Todos ellos, se encuentran recogidos en el artículo 74 de nuestra Constitución Política.

1. El principio de no confiscatoriedad

Aquel tiene como objetivo asegurar que un tributo, al momento de ser establecido, sea razonable y proporcional con respecto a la limitación del derecho fundamental a la propiedad⁵¹. En efecto, conforme ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, este principio se transgrede “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” (Expediente 2727-2002-AA/TC, 2003)⁵².

El principio de no confiscatoriedad reúne dos ámbitos de evaluación: cuantitativo y cualitativo⁵³. El ámbito cuantitativo está relacionado con la tasa

del tributo y exige que el monto establecido responda a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁵⁴. El ámbito cualitativo, por su parte, exige que al establecerlo se tomen en cuenta los demás principios tributarios⁵⁵ y que el monto recaudado por su cobro sea efectivamente destinado al fin por el que fue creado⁵⁶. Así, aunque la tasa del impuesto pueda ser razonable y proporcional, si la intromisión en el derecho de propiedad del deudor tributario no lo es existiría una vulneración del principio de no confiscatoriedad.

a. *El principio de no confiscatoriedad cualitativa*

Una contribución es el tributo que se paga debido a los beneficios diferenciales que un grupo de sujetos obtiene de una actuación estatal específica. Dicho beneficio diferencial es el hecho generador del tributo y justifica el cobro a aquel que obtiene una ventaja particular de una actuación estatal. Por lo tanto, el principio de no confiscatoriedad cualitativa determina que la contribución se exija solo ante la existencia de un verdadero beneficio diferencial. Solo en dicho supuesto será razonable la intromisión en el derecho de propiedad del contribuyente.

⁵¹ Sotelo Castañeda menciona que “si el tributo es un límite jurídico e intrínseco al derecho de propiedad, el principio jurídico de no confiscatoriedad es un límite al ejercicio exagerado de ese poder del Estado para imponer tributos” (2007, p. 309).

⁵² Continúa así el Tribunal Constitucional:
[...] es posible afirmar, con carácter general, 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 ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica” (Expediente 2727-2002-AA/TC, 2003).

Para mayor información sobre el tema, véase también la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC. En esta se menciona 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” (2004).

⁵³ Sevillano Chávez menciona que
actualmente, el principio de no confiscatoriedad no solo se entiende en términos cuantitativos [...], también se ha desarrollado una tesis sobre la “confiscatoriedad cualitativa”, que vendría a ser aquella que se produce cuando la obligación tributaria ha sido creada sin ajustarse a las normas establecidas (2017, p. 114).

⁵⁴ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2727-2002-AA/TC. En tal documento mencionan que
[...] el principio precitado [principio de no confiscatoriedad] 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. [E]ste supone la necesidad de 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 (2003).

⁵⁵ Véase, para mayor conocimiento del tema, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0041-2004-AI/TC. En tal sentencia se menciona 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. Debe tomarse en cuenta, además, que la confiscatoriedad puede evaluarse no solo 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 (2004).

⁵⁶ Véase lo afirmado por Sotelo Castañeda, quien indica que
una sentencia no bien ponderada del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 001-1999-AI/TC sobre las contribuciones al FONAVI, señala quizás el derrotero real de una faceta cualitativa de la no confiscatoriedad, cuando afirma que este principio jurídico también alcanza el caso en el cual el Estado destina fondos recaudados a un fin distinto del predeterminado en norma legal, caso en el cual, lo que sucede es que una declarada contribución tributaria se acaba confesando desvinculada y se perfila cercana a un impuesto camuflado (2007, p. 310).

Como desarrollamos líneas atrás, la actividad desplegada por el OEFA no genera un beneficio diferencial a favor de las compañías de los sectores de actividad minera, hidrocarburos, eléctrica ni ningún otro. Por lo tanto, si consideramos que el APR al OEFA es realmente una contribución, exigir su pago vulneraría el principio de no confiscatoriedad desde su vertiente cualitativa.

Incluso si consideramos el APR al OEFA como un impuesto, este principio tampoco se cumple pues el principio de no confiscatoriedad cualitativa exige que la intervención en el derecho de propiedad de los contribuyentes sea proporcional y razonable con la finalidad del impuesto (Expediente 0041-2004-AI/TC, 2004). En este caso, la finalidad del APR al OEFA es financiar las actividades que realiza el OEFA para proteger el medio ambiente. Aunque la importancia de esta labor sea innegable, ello no implica que de por sí valide la intervención en el derecho de propiedad de cualquier sujeto.

¿Resulta proporcional y razonable cobrarlo solo a las empresas de los sectores minería, hidrocarburos y electricidad? Estas compañías no son ni los únicos sujetos bajo el ámbito de aplicación del OEFA, ni los únicos que potencialmente pueden generar contaminación ambiental y, mucho menos, los únicos que se benefician con la protección del medio ambiente. En realidad, lo más razonable y proporcional sería que la fiscalización ambiental sea financiada por todos los beneficiados por la actividad: la sociedad en su conjunto. La medida menos gravosa sería, por lo tanto, financiar el OEFA con el erario público.

La principal función de un impuesto es la recaudadora. En efecto, a diferencia de la tasa o la contribución, el impuesto no busca que los ciudadanos internalicen un beneficio derivado de una actuación estatal particular. Su objetivo es recaudar el

presupuesto para que el Estado brinde los servicios necesarios para la colectividad.

No obstante, dicha función no es la única. Como precisa el TC, “[...] 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” (Expediente 06089-2006-PA/TC, 2007). Teniendo esto en cuenta, una posible defensa del APR al OEFA podría ser que el financiamiento del OEFA mediante un tributo particular garantiza la independencia de esta entidad.

A nivel internacional, este argumento es invocado para justificar el cobro de tributos particulares que financien organismos reguladores⁵⁷. Bajo este esquema de financiamiento se busca evitar que el Estado influya en las actividades de estas entidades y que, con ello, intervengan en la ordenación del proceso productivo de los mercados que regulan (por ejemplo, mediante la fijación de tarifas o cantidades con fines políticos).

No obstante, a nivel comparado, no hay consenso sobre si este sistema es una mejor o peor opción respecto del financiamiento por el gobierno central. En ambos supuestos, existe el riesgo de que el organismo regulador oriente sus actuaciones en función de los intereses de quien lo financia: el Estado⁵⁸ o los sujetos regulados⁵⁹. En todo caso, lo cierto es que la mayoría de los países financian a sus organismos reguladores con sus presupuestos generales y no con tributos específicos⁶⁰.

Si bien el OEFA no es un organismo regulador, es deseable que, como toda entidad, realice sus actividades con independencia de cualquier presión política. Sin embargo, para lograrlo no es indispensable que su financiamiento provenga de un tributo particular. La implementación de mecanismos

⁵⁷ Véase lo indicado por la Unión internacional de las Telecomunicaciones, la cual menciona que las fuentes de financiación y los procesos presupuestarios de los organismos de reglamentación son factores importantes de su independencia, eficiencia y costo de reglamentación. El origen de la financiación de la autoridad reguladora y los procesos mediante los cuales dichos fondos se integran en su presupuesto afectan directamente el nivel de autonomía (2006, p. 24).

⁵⁸ “It can be easier to influence a regulator funded through general government revenues by reducing the resources at its disposal” (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2014, p.14).

⁵⁹ “User fees were introduced to combat regulatory delay in the FDA’s new-drug review process. This analysis suggests that the reform has affected FDA behavior and regulatory outcomes. First, user fees have led to faster review times for new drugs by altering the incentives, resources, and information facing FDA reviewers” (Olson, 2004, p. 363).

⁶⁰ Considerando casos con los que nuestro país suele compararse, en Chile la regulación económica del sector telecomunicaciones es realizada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; como parte del mismo es financiada directamente por el gobierno central. En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recibe tanto financiamiento del erario público como aportes de las empresas, siendo el primer componente, el principal. Para más información, véase lo afirmado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos: “In general, regulators’ budgets are approved by the legislature and form part of the national budget, which is a guarantee of transparency and accountability of regulators to citizens, and can strengthen independence” (2014, p. 14).

como la asignación multianual del presupuesto mitiga el riesgo de que el Poder Ejecutivo condicione las actuaciones del OEFA a sus intereses⁶¹.

Por lo tanto, en cuanto a la independencia de la entidad, no existe mayor diferencia en si esta se financia por un tributo específico o por el presupuesto general. En ambos casos se pueden implementar mecanismos para mitigar el riesgo de influencia en las funciones de la entidad. No obstante, elegir el presupuesto general como la fuente de financiamiento del OEFA permite que sus actividades sean pagadas por quienes se benefician de ellas: todos nosotros. Además, ello eliminaría la carga impositiva soportada por los actuales contribuyentes del APR al OEFA, para quienes resulta desproporcionada al no recibir como contraparte un beneficio diferencial.

b. *El principio de no confiscatoriedad cuantitativa*

Por otro lado, en el caso de las contribuciones, el TC ha precisado que el principio de no confiscatoriedad cuantitativa será cumplido cuando su monto se determine en función del beneficio diferencial que se genera en el contribuyente; ya que es dicho beneficio el que justifica el tributo⁶². La

dificultad para realizar el cálculo en ningún caso justificará que la entidad pública no pruebe la relación entre el beneficio diferencial y la tasa de la contribución⁶³.

Sobre este punto, la STC 2019 señala:

[N]o existe norma tributaria que contemple la obligación para que los acreedores tributarios, en el caso de las contribuciones, cuenten con una estructura de los costos del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar, tal y como lo exige la parte demandante (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019)⁶⁴.

La precisión del TC es correcta. La relación entre el costo del servicio y el monto del tributo no es obligatoria para establecer la cuantía de una contribución y solo será aplicada para determinar la cuantía de una tasa. No obstante, el TC no se pronuncia sobre la base imponible en el caso de las contribuciones ni si esta se verifica o no en el caso en concreto.

Si bien los montos de APR al OEFA fijados por el Poder Ejecutivo sí respetan el límite de 1% establecido por ley⁶⁵, su determinación no se ajusta a las exigencias propias de una contribución. Como

⁶¹ "Secure multi-year funding arrangements can contribute to the independence of a regulator by protecting it from budget cuts motivated by political reaction" (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2014, pp. 100-101).

⁶² El Tribunal Constitucional expresa:

La evaluación de la confiscatoriedad cuantitativa tiene una mayor dificultad por cuanto debe determinarse, primero, si el costo global del servicio es el que verdaderamente corresponde al gasto incurrido por el Municipio; y, luego, si la distribución de dichos costos entre la totalidad de contribuyentes, ha sido tal, que cada contribuyente termine pagando lo que verdaderamente le corresponde por el beneficio, en función a la intensidad del uso del servicio (Expediente 0041-2004-AI/TC, 2004).

Además, para mayor información de parte de la doctrina, véase lo comentado por Ataliba Nogueira:

[E]n la contribución de mejora, la base imponible no radica en ninguna dimensión de la actuación, sino en la medida de su consecuencia, la valorización inmobiliaria. Efectivamente, el criterio de la contribución de mejora es la medida de la valorización y no cualquier dimensión de la obra pública. En otras palabras: el tributo se proporcióna a la valorización y no a la obra. [...] la base imponible en la tasa es una dimensión de la propia actuación estatal, en tanto que en la contribución es una medida de la circunstancia intermedia (en caso de contribución de mejora, medida de la repercusión valorización de la actuación) (1987, p. 182).

⁶³ El Tribunal Constitucional afirma:

Es en este último caso donde radica la mayor dificultad para determinar lo que verdaderamente corresponde pagar y cuál sería el exceso, sobre todo cuando se habla en términos de beneficio potencial. Por ello, es más coherente que, en caso de conflicto, la carga de la prueba respecto a la efectiva prestación del servicio le corresponda a la administración municipal (Expediente 0041-2004-AI/TC, 2004).

⁶⁴ Al respecto, añade inmediatamente el Tribunal Constitucional lo siguiente:

Distinta es la situación de los arbitrios municipales, en los que este Tribunal Constitucional claramente dejó establecido mediante la sentencia precitada así como en la recaída en el Expediente 00053-2004-P1/TC, que la ordenanza municipal que aprueba dichos tributos, para que cumplan con el requisito de validez, debe contar con un informe técnico anexo que contenga la determinación del costo global del servicio a prestar—limpieza de calles, serenazgo, parques y jardines— y la distribución de dicho costo global entre todos los vecinos-contribuyentes (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019).

⁶⁵ Conforme a las facultades que le fueron otorgadas por Ley, el Poder Ejecutivo fijó el porcentaje del APR al OEFA. Para los años 2014 y 2015, lo determinó en el 0.15% de la facturación mensual de los sujetos regulados, restando los impuestos correspondientes. Para el año 2016, el porcentaje fijado fue de 0.13%. Para los años 2017, 2018 y 2019, este fue fijado en 0.11% para los sectores de minería y de electricidad; mientras que, en 0.9% para el sector hidrocarburos. Para más información, véase el Decreto Supremo que establece disposiciones referidas al Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental a cargo de las empresas del Sector Minería (Decreto Supremo 130-2013-PCM, 2013). Además, véase también el decreto que establece disposiciones sobre el aporte por regulación

se desprende del Informe para la Determinación de los Porcentajes del Aporte por Regulación para al OEFA, publicado por la misma entidad, el porcentaje del APR al OEFA fue calculado en base a las necesidades presupuestarias de la institución y la proyección de ingresos de las empresas gravadas⁶⁶.

En dicha operación no se tomó en cuenta el supuesto beneficio diferencial obtenido por los contribuyentes. En la misma línea, la Exposición de Motivos del Decreto Supremo que fijó el APR al OEFA para los años 2014 y 2015 indica lo siguiente:

[E] cálculo de los porcentajes del Aporte por Regulación que se aplicará al sector minería para los años 2014, 2015 y 2016 han sido realizados de manera técnica, legal, rigurosa y razonable a fin [de] que dichos porcentajes cubran los costos derivados de la implementación de las líneas de fortalecimiento y crecimiento del OEFA para la fiscalización ambiental del sector minería **de acuerdo al requerimiento de financiamiento de las actividades que asume el OEFA para el periodo 2014-2016** [...] (Exposición de Motivos del Decreto Supremo 130-2013-PCM, 2014) [el énfasis es nuestro].

Como se observa, el porcentaje del APR al OEFA fue calculado sobre la base del monto requerido para financiar las actividades que realizaría el OEFA. De la revisión de la Exposición de Motivos, no se evidencia que para dicho cálculo se haya considerado el supuesto beneficio diferencial obtenido por los sujetos aportantes.

Una situación similar se verifica en la determinación del porcentaje del APR para los años 2017, 2018 y 2019. La Exposición de Motivos de los decretos supremos que lo establecen precisan que fueron tres las consideraciones tomadas en cuenta para su cálculo: (i) las actividades que realizaría el OEFA, (ii) el costo que estas actividades irrogaría y, (iii) el ingreso proyectado de los contribuyentes⁶⁷. En este caso tampoco se consideró el supuesto beneficio diferencial obtenido por los sujetos aportantes.

En ese sentido, aun si considerásemos que las actividades realizadas por el OEFA sí generan un beneficio diferencial y, por lo tanto, que se respeta el principio de no confiscatoriedad cualitativa, lo cierto es que el monto del APR al OEFA

del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental a cargo de las empresas y entidades del sector energía para el periodo 2017-2019 (Decreto Supremo 096-2016-PCM, 2016). Finalmente, considérese el decreto que establece disposiciones sobre el aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental a cargo de las empresas del sector minería para el periodo 2017-2019 (Decreto Supremo 097-2016-PCM, 2016).

⁶⁶ Indican el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y el Ministerio de Ambiente, en un documento de elaboración común:

El presupuesto de una entidad se construye fundamentalmente en función a tres factores: necesidades de la institución, disponibilidad de recursos y capacidad de ejecución por parte de la entidad. [...] el presente informe [se] han determinado los porcentajes que le deberían corresponder al OEFA por concepto de Aporte por Regulación, considerando los tres factores antes mencionados. [...] asimismo, se ha tenido en cuenta la disponibilidad de recursos provenientes del Aporte por Regulación para los Sectores Energía y Minería, evitando afectar la competitividad de las empresas obligadas al pago de dicho aporte. En este sentido, se ha empleado para su determinación supuestos macroeconómicos conservadores, evitando el subsidio a la fiscalización ambiental de actividades diferentes a la energía y minería y calculando las necesidades de la institución bajo un esquema de supervisión efectivo basado en la racionalización del esfuerzo fiscalizador, que promueva el desarrollo sostenible de las actividades económicas (2013, pp. 11-12).

Además, se menciona en este mismo documento que

luego de definidas las necesidades de gasto para el ejercicio de las funciones de evaluación, supervisión y sanción en cada uno de los sectores fiscalizados (Energía y Minería), se ha procedido a determinar los porcentajes del Aporte por Regulación del OEFA en función de la base imponible (facturación anual deducido el IGV y el IPM, de las empresas y entidades de cada sector) (2013, p. 33).

⁶⁷ En la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 096-2016-PCM se indica:

Dicha propuesta ha sido sustentada técnicamente, conforme se detalla a continuación: a) Se ha realizado la descripción de las actividades que se desarrollarán para el cumplimiento de las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas al sector energía que desarrolla el OEFA para el periodo 2017-2019. Al respecto, se ha detallado la estrategia planteada por esta entidad para el desarrollo de dichas funciones, la cual se enmarca principalmente en: (i) el análisis de riesgo; (ii) la eficiencia en el uso de los recursos; y, (iii) un planteamiento óptimo en las labores de supervisión que realizará el OEFA, considerando principalmente: 1. La subsanación voluntaria; 2. La selección muestral en la programación anual de supervisiones; y, 3. La supervisión preventiva basada en riesgos, identificando las zonas prioritarias a partir de los resultados de la evaluación, así como del análisis de la información histórica sobre los incumplimientos detectados en las supervisiones realizadas por el OEFA. b) Se ha desarrollado la estimación de los costos asociados a las funciones de fiscalización ambiental del OEFA en el sector energía para el periodo 2017-2019 y las necesidades de financiamiento para la ejecución de dichas funciones. Para ello, se ha privilegiado el enfoque de costeo basado en actividades, el cual asigna los costos de acuerdo al centro donde se generan las acciones principales del conjunto en análisis. c) Se ha efectuado la proyección de ingreso de las empresas, considerando para ello la información proporcionada por el OSINERGMIN, en su informe sobre 'Proyección de los Ingresos de Actividades reguladas por OSINERGMIN para los años fiscales 2017-2021' (2017).

ha sido fijado sin tomarlo en cuenta. Por ende, en cualquier caso, se vulnera el principio de no confiscatoriedad.

2. Los principios de igualdad y de generalidad

El principio de igualdad exige que todos aquellos sujetos que calcen en el supuesto de hecho del tributo lo asuman proporcionalmente a su capacidad contributiva. Como contrapartida, el principio de generalidad exige que los tributos sean aplicados a todos por igual y que los tratamientos diferenciados se sustenten en razones objetivas⁶⁸. Conforme al TC, en virtud de estos principios quienes ostentan la potestad tributaria deberán “llamar al ciudadano a contribuir con el sostenimiento de los gastos estatales sin distinción” (Expediente 5970-2006-PA/TC, 2007).

En el caso de los tributos vinculados, como una contribución, el principio de igualdad determina que esta sea asumida por todos aquellos que obtienen el beneficio diferencial de la actividad estatal⁶⁹. Por lo tanto, si consideramos que el APR al OEFA es una contribución, este debería ser pagado por todos los destinatarios del supuesto beneficio diferencial generado por la actividad del OEFA. Lo contrario solo sería legítimo si se acredita la existencia de una razón válida y objetiva para que únicamente algunas compañías lo hagan.

¿Cuál es la razón objetiva para que solo las compañías de los sectores minería, electricidad e hidrocarburos paguen el APR al OEFA? Ni las normas que lo crearon, ni los pronunciamientos del TC lo precisan. Por otro lado, el principio de generalidad busca garantizar que los tributos tengan un ámbito de aplicación lo más amplio posible y así las excepciones a su cobro solo deben considerar razones objetivas. En el caso de los impuestos, este principio exige que la delimitación de los deudores tributarios guarde correspondencia con el hecho generador del tributo. Así, por ejemplo, si el hecho generador es una venta todos aquellos que vendan algo deberán pagar el impuesto, pero si el

hecho generador es una actividad todos aquellos que la realicen deberán asumirlo.

Si consideramos el APR al OEFA como un impuesto, el hecho generador sería estar sujeto a “[...] las actividades de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental que desarrolla el OEFA” (Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019). En concordancia con el principio de generalidad todas las compañías que calcen en este supuesto deberían asumirlo; sin embargo, en este caso ello no ocurre. Solo las empresas de los sectores minería, hidrocarburos y electricidad lo hacen ¿Cuál es la razón de esta limitación? Una vez más, ni las normas que crearon el APR al OEFA, ni los pronunciamientos del TC lo precisan.

Independientemente de si consideramos al APR al OEFA como una contribución o un impuesto, lo cierto es que en ningún caso cumple con los requisitos de validez formal ni de validez material. Este incumplimiento determina que el APR al OEFA sea una medida arbitraria e inválida, conforme a lo establecido en el artículo 74 de nuestra Constitución Política (Const., 1993, art. 74).

V. LUEGO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿ESTÁ TODO PERDIDO?

Si bien la sentencia de agosto del 2019 del TC avaló el cobro del APR al OEFA, ello no significa que no existan vías en las que pueda volverse a cuestionar la legitimidad de este tributo. En nuestra opinión, dichas vías son la constitucional y la arbitral internacional. Procedamos, en esta sección del artículo, a ver cada una de ellas.

A. Un posible cuestionamiento en la vía constitucional

La posibilidad de cuestionar el APR al OEFA, a través de un proceso de acción popular ante la Corte Suprema, se resolvió denegatoriamente en el año 2015⁷⁰. Cerrada esa vía de control constitucional abstracto, las empresas optaron por interponer

⁶⁸ Al respecto, Sevillano Chávez afirma:

El principio de igualdad en materia tributaria consiste en tratar a los iguales en medida de su igualdad –capacidad contributiva– y a los desiguales en el mismo sentido. [...] el principio de generalidad busca garantizar que los tributos tengan una aplicación general, en la medida en que nadie deberá verse eximido de su pago si no existe una causa objetiva” (2017, pp.106-107).

⁶⁹ Para mayor información, véase lo afirmado por Sotelo Castañeda:

El beneficio es diferencial porque la obra pública o la actuación pública provoca un beneficio general primero, a toda la colectividad, pero, a la vez, es posible identificar dentro de esa colectividad, un subgrupo ‘diferencialmente’ beneficiado, con relación a dicha colectividad. Este subgrupo muestra o proyecta (en la contribución por obra pública el beneficio es actual al momento de aprobar el tributo) un incremento de capacidad contributiva proveniente de la obra o actuación públicas, ergo, el Estado se legitima para pedirle, exigirle, una porción de esa capacidad contributiva provocada en calidad del tributo contribución” (2008, p. 8).

⁷⁰ Para más información, véase la Sentencia de acción popular 16216-2014 de la Corte Suprema.

demandas de amparo, relativas a las distintas afectaciones en cada caso particular. A través de la sentencia de agosto del 2019 el TC resolvió la primera de ellas. En base a esta sentencia, a la fecha de preparación del presente artículo, el TC declaró improcedentes otras dos demandas, mediante sentencias interlocutorias⁷¹.

La rotación en la Corte Suprema es baja: los jueces que la integran –salvo remoción por otro motivo– son nombrados hasta su jubilación. Si bien podría presentarse una nueva demanda de acción popular que sea vista por otra sala, las probabilidades de que esta sí se declare fundada no son alentadoras. No es usual que la Corte Suprema cambie sus criterios en un periodo tan corto de tiempo entre sentencias y menos aun cuando el TC ha validado su postura.

En el TC, los magistrados son elegidos por un periodo de cinco años⁷². Como lo demuestran las sentencias interlocutorias antes citadas, el pleno actual resolvería los recursos de amparo pendientes con los criterios expuestos en la sentencia del TC de agosto del 2019. Una opción para cuestionar esta decisión es presentar una nueva demanda de amparo ante el próximo pleno del TC⁷³, aunque la coyuntura peruana indica que no será renovado en el corto plazo. El Congreso entrante dispondrá de un corto periodo y estará altamente fragmentado, lo que sugiere que no se alcanzará el consenso necesario para nombrar a los nuevos miembros del Tribunal.

Todo sugiere que, al menos en el corto plazo, no existe una vía jurisdiccional interna que permita cuestionar con éxito la legitimidad del cobro del APR al OEFA. Sin embargo, ello no significa que todo esté perdido: **aún existe una vía internacional a la que se puede recurrir.**

B. Un posible cuestionamiento en la vía internacional

En la actualidad, un importante grupo de proyectos de inversión en el Perú obtiene su financiamiento desde el capital extranjero. De hecho, solo entre los años 2010 y 2019, se suscribieron 176 contratos de inversión, de los cuales 90 corresponden a los sectores minero, hidrocarburos y eléctrico⁷⁴. Al año 2019, el saldo de la inversión extranjera como aportes al capital ascendió a más de 26,000 millones de dólares y el porcentaje que tales empresas aportaron desde el APR al OEFA representó cerca de un 40%⁷⁵.

La mayoría de estas inversiones provienen de países como Reino Unido, España, Chile, Estados Unidos o China. Además, es importante tomar en cuenta que el Estado peruano ha suscrito tratados internacionales de protección de inversiones con todos los países mencionados anteriormente⁷⁶. Gracias a estos, los inversionistas extranjeros tienen habilitada la vía arbitral internacional para reclamar una eventual violación de algún estándar internacional contenido en estos tratados.

Como vimos en las secciones precedentes, el APR al OEFA no cumple con los requisitos de validez formal ni material que establece nuestro ordenamiento jurídico. Si bajo el derecho peruano su cobro podría calificarse como un acto estatal arbitrario surge la siguiente interrogante: ¿esta arbitrariedad puede ser reclamada en un arbitraje de inversión?

La mayoría de los tratados internacionales sobre protección de inversiones recoge directa o indirectamente el estándar de no arbitrariedad en el trato al inversionista extranjero⁷⁷. Su fundamento

⁷¹ Para hondar mucho más en este aspecto, véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 04399-2018-PA/TC y 04303-2018-PA/TC.

⁷² En ese sentido, véase el artículo 9 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷³ El periodo de seis de los siete magistrados actuales (la totalidad del pleno, a excepción de Augusto Ferrero Costa) culminó en mayo de 2019.

⁷⁴ Véase la sección 2.6 del informe hecho por Proinversión “En estadísticas generales, contratos de inversión” que recopila la sección del número de contratos de inversión según sector 2007-2009.

⁷⁵ Véase la sección 1.2. del informe hecho por Proinversión. “En estadísticas generales, inversión extranjera” que detalla el saldo de inversión extranjera directa por sector destino 1980 - diciembre de 2019.

⁷⁶ Al respecto, véase el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre Promoción y Protección de Inversiones, vigente desde el 21 de abril de 1994. Además, véase también el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, vigente desde el 17 de febrero de 1996; así como el Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, vigente desde el 1 de marzo de 2009; y también el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de América, vigente desde el 1 de febrero de 2009. Finalmente, véase el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular de China, vigente desde el 1 de marzo de 2010.

⁷⁷ Algunos tratados internacionales establecen la prohibición de trato arbitrario como un estándar independiente. En otros casos, la jurisprudencia ha entendido que esta limitación se deriva del estándar de trato justo y equitativo. Al respecto, en la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) para el

radica en que, en principio, se espera que todo Estado actúe conforme a su marco normativo y al ordenamiento jurídico internacional⁷⁸. Así, cualquier acto en contra de estos configuraría un accionar arbitrario que no podría ser amparado por el derecho internacional.

Si bien no existe un consenso sobre la definición y alcance de la noción de arbitrariedad, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina internacional la entiende como “a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety” (Estados Unidos c. Italia, 1989)⁷⁹. Un acto arbitrario es, por lo tanto, un tratamiento injusto, antijurídico e injustificado. Además, se relaciona a actuaciones del Estado poco transparentes, parciales o de mala fe en contra de un inversionista extranjero.

Esta falta de consenso genera a su vez que tampoco exista unanimidad en cuanto a los criterios

y el procedimiento para su análisis. Los tratados no suelen precisar ninguno de ellos⁸⁰. Esto ha obligado a los tribunales internacionales a recurrir a diversos métodos para determinar si una medida es arbitraria o no. De hecho, los más utilizados por la jurisprudencia arbitral son el análisis de proporcionalidad y el análisis de razonabilidad⁸¹.

El análisis de proporcionalidad aplicado en estos casos no es muy distinto al que conocemos en nuestro sistema jurídico. De hecho, al igual que el TC peruano, los tribunales internacionales evalúan tres aspectos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto de la medida⁸².

Con su aplicación, el TC evalúa la constitucionalidad de la medida o si esta misma atenta contra un derecho fundamental. Por otro lado, los tribunales internacionales buscan determinar si existió alguna violación del tratado invocado, analizando si existe una relación legítima entre la finalidad

caso CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina. En aquel, se observa: “the standard of protection against arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment” (CIADI, ARB/01/8, p. 182). Además, en el caso LG&E Energy Corp. c. República de Argentina se observa que “[...] calificar que las medidas no fueron arbitrarias, no significa establecer que fueran justas y equitativas o que no afectaron la estabilidad del marco jurídico del transporte del gas en Argentina” (CIADI, ARB/02/1, p. 162).

Asimismo, Diehl menciona que “linking the FET standard to the prohibition of discrimination and arbitrariness is, on the one hand, a natural and logical conclusion because arbitrary and discriminatory behavior is certainly neither fair nor equitable” (2012, p. 455). Por su parte, Belén Olmos expresa que

another standard often contained in investment treaties concerns the ‘protection against arbitrary or discriminatory measures’ clause. Different wordings of the clause are found in IIAs banning treatment against foreign investors deemed to ‘arbitrary or discriminatory’, ‘unjustified or discriminatory’ or ‘unreasonable or discriminatory’ (2018, pp. 51-52).

⁷⁸ Al respecto, Dolzer y Schreuer han mencionado:

The prohibition of arbitrary treatment belongs to the classical standards contained in investment treaties. By definition, every state oriented at the rule of law will outlaw arbitrary action, and foreign investors properly expect that host states will follow this standard (2008, p. 173).

⁷⁹ La inobservancia deliberada del debido proceso, un acto que perturba, o al menos sorprende, en un sentido de corrección jurídica [Traducción libre]. En ese mismo sentido, véase Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos, en cuyo laudo ICSID ARB/(AF)/00/03, se menciona que

“[...] el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo” (2004).

⁸⁰ Este es el caso, por ejemplo, del Tratado suscrito entre Perú y el Reino Unido sobre Promoción y Protección de Inversiones; el cual se limita a señalar que “ninguna Parte Contratante afectará con medidas arbitrarias o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones realizadas en su territorio por los nacionales o compañías de la otra Parte Contratante” (1994, p. 6).

⁸¹ En ese sentido, Rajput establece que

“Standard of review is the extent of scrutiny an international tribunal would exercise to determine if the State has complied with its obligations. [...] the notion of standard of review represents the degree of deference a judicial body would grant to institutions exercising discretion. The degree of deference represents the extent of discretion that a State enjoys in adopting appropriate regulations. In municipal law, the standard of review may flow from the constitution or a statute. But in most of the cases, the choice of standard is judicially determined. It is based on the constitutional system, in particular, the system of separation of powers a State adopts, and the extent to which the judicial wing intends to grant freedom and discretion to the decision-making body. In international tribunals is founded upon State consent, the standard of review depends on the treaty, based upon which jurisdiction is exercised by the adjudicating body. In the absence of any standard of review stipulated in a treaty that forms the basis of jurisdiction, the standard of reasonableness or good faith review shall be applied, as is done by the ICJ” (2018, pp. 183-184).

Asimismo, Levashova menciona “proportionality and reasonableness are usually referred to as methods of review often employed in investment arbitration cases pertinent to an assessment of the FET standard” (2019, p. 99).

⁸² Al respecto, Levashova expresa:

First, many FET tribunals examine the relationship between the state’s measure and its objective, i.e. suitability test. In doing so, they assess the ‘existence of meaningful relations’ between the state’s objective and its measure. By

buscada y los medios que el Estado implementó para lograrla⁸³.

El análisis de razonabilidad, por su parte, es mucho más difuso. Su aplicación tiene como objetivo verificar si la medida estatal es realmente justificada y razonable, tomando en cuenta la estructura política y el ordenamiento jurídico del Estado receptor y lo que, en función de ellos, razonablemente esperaríamos el inversionista⁸⁴. Una medida será irrazonable si fue adoptada, por ejemplo, por una entidad no facultada para hacerlo, sin seguir el procedimiento establecido o buscando satisfacer un interés distinto al de la colectividad.

Si bien ambos métodos se aplican para analizar el principio de no arbitrariedad, conforme al derecho interno y al derecho internacional, ello no implica que su incumplimiento en uno determine su violación en el otro. Tal como estableció el tribunal del Asunto ELSI, “[a]n act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise” (Estados Unidos c. Italia, 1989)⁸⁵.

No obstante, ello no significa que el derecho interno no será tomado en cuenta al momento de analizar el incumplimiento del estándar internacional de no arbitrariedad. Los tribunales arbitrales, los inversionistas extranjeros y los propios Estados reconocen la importancia de su evaluación:

It is clear that consideration of domestic law plays an important contributory role for tribunals attempting to give content to the often-nebulous FET standard. States themselves have similarly paid attention to domestic legality: rather than (or as well as) pleading that domestic legality is not a relevant factor for the tribunal to consider, states have in some cases argued that their conduct was domestically lawful (Hepburn, 2017, p. 40)⁸⁶.

La discusión radica, en realidad, en cómo se relacionan ambos ordenamientos jurídicos.

Sobre este punto, los criterios establecidos por la jurisprudencia son muy variados. De hecho, algunos tribunales arbitrales señalan que bastará la violación del derecho interno para determinar el incumplimiento del estándar internacional de no arbitrariedad, mientras otros exigen que la afectación vaya mucho más allá de la inobservancia de las normas internas. Para amplificar este punto, consideremos algunos ejemplos.

En el caso *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, la compañía reclamó la violación del estándar de no arbitrariedad debido a que, a partir del año 2001, el Servicio de Rentas Internas (en adelante, SRI) se negó a reembolsarle el Impuesto al Valor Agregado (en adelante, IVA) por sus compras y le exigió la devolución de los montos que ya le habían sido reembolsados en los años

conducting this assessment, tribunals have made a reference to reasonableness and proportionality and the prohibition of arbitrariness. Second, several tribunals have performed the necessity test by examining the possibility of employing alternative measure in order to achieve a certain objective. Third, some tribunals have also analysed the impact of the loss suffered by an investor as a consequence of a state's measure. This latter assessment relies on the third stage of the reasonableness and proportionality test, i.e. the proportionality *stricto sensu* test (2019, p. 207).

⁸³ Levashova continúa:

In an attempt to strike a balance in FET cases, the proportionality test has made a frequent appearance in tribunal's decisions. The function of proportionality in this context is to address the 'relationship between the ends pursued by a specific government action and the means employed to achieve this end' (2019, p. 101).

⁸⁴ Levashova indica:

Arbitrariness of State action is decided based upon various criteria. The first relates to the motives and purposes of the State's action. These are issues not exclusively within the municipal sphere, and an international tribunal will have to decide the motive and purpose that justifies the State action. Unreasonableness is the method and procedure followed by the State authorities. This criterion too is within the domain of international law. If a measure fails on these tests, it is not a measure with genuine public interest in mind and it would be evident that it is arbitrary in nature” (Rajput, 2018, p. 174). “In addition to the proportionality test, the test of reasonableness has also been applied in the context of the FET standard. Similar to proportionality, reasonableness is 'deliberative methodology [...] that is based on a 'culture of justification' which requires that governments should provide substantive justification for all their actions'. In international investment law, the test of reasonableness is usually undertaken with regard to the assessment of the reasonableness of a state's conduct and/or the reasonableness of an investor's expectations (2019, pp. 99-101).

⁸⁵ Una actuación de una autoridad pública que pudo haber sido ilegal bajo la ley nacional no necesariamente implica que dicho acto también fue ilegal bajo el derecho internacional, como una violación del tratado o de cualquier otra forma [...] [Traducción libre].

⁸⁶ Es claro que la consideración del derecho interno juega un importante rol para los tribunales a fin de darle contenido al estándar del trato justo y equitativo, el cual usualmente resulta un concepto nebuloso. Los mismos Estados le han prestado similar atención a la legalidad interna: antes que, o junto con, afirmar que la legalidad doméstica no es un factor relevante para los tribunales, en algunos casos, los Estados han sostenido que su conducta era acorde al derecho interno [Traducción libre].

anteriores. Al respecto, el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

[E]n el contexto de la presente disputa, las decisiones adoptadas por el SRI al parecer no se han fundamentado en el perjuicio o la preferencia antes que en la razón o el hecho. Conforme explicó en forma convincente en la audiencia la directora del SRI, señora de Mena, el SRI estuvo confrontado con una variedad de prácticas, reglamentos y reglas que tenían que ver con la cuestión del IVA. Se ha explicado anteriormente que esto dio como resultado una situación confusa en la cual el SRI tuvo la tarea de introducir cierta clase de orden. Sin embargo, es la confusión misma y la falta de claridad lo que dieron como resultado cierta forma de arbitrariedad, incluso sin que esta fuera la intención del SRI (*Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, 2004).

Como podemos ver, en este caso el tribunal entendió que la confusión del marco normativo en torno al Impuesto al Valor Agregado era suficiente para constituir un trato arbitrario en contra de la compañía Occidental. De hecho, el cumplimiento o incumplimiento del derecho interno no fue determinante para esta decisión.

Por otro lado, en el caso *Convia Callao y Compañía de Concesiones de Infraestructura c. Perú*, el inversionista alegó que el Estado peruano actuó arbitrariamente al declarar la caducidad del Contrato de Concesión de la Vía Expresa del Callao.

Al respecto, el tribunal correspondiente determinó que “la arbitrariedad de un acto de derecho interno, para que alcance el nivel de violación internacional, debe afectar tanto las razones que motivaron el acto como los procedimientos que fueron llevados a cabo para tomarlo” (*Convia y Compañía de Concesiones de Infraestructura c. Perú*, 2013).

En esa línea, concluyó que los actos del Estado peruano no fueron arbitrarios, dado que “sus motivaciones, como la manera como fue tomada (la decisión) no refleja rastros de incoherencia, de falta de transparencia, de caprichos o de contrariedad-

des al derecho o a lo pactado por las partes en el Contrato” (*Convia y Compañía de Concesiones de Infraestructura c. Perú*, 2013).

Otro caso paradigmático es *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. Argentina*. En este, el inversionista cuestionó las medidas adoptadas por el Estado argentino en el marco de la crisis económica que atravesaba el país. El tribunal arbitral rechazó la supuesta violación del estándar de no arbitrariedad señalando lo siguiente:

The measures adopted might have been good or bad, a matter which is not for the Tribunal to judge, and as concluded they were not consistent with the domestic and the Treaty legal framework, but they were not arbitrary in that they were what the Government believed and understood was the best response to the unfolding crisis. Irrespective of the question of intention, a finding of arbitrariness requires that some important measure of impropriety is manifest, and this is not found in a process which although far from desirable is nonetheless not entirely surprising in the context it took place⁸⁷ (*Enron Corporation y Ponderosa Assets c. Argentina c. Argentina*, 2007).

Como en los casos *Convia Callao y Compañía de Concesiones de Infraestructura c. Perú* o, en su defecto, *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. Argentina*, los tribunales arbitrales suelen exigir que para considerar una medida violatoria del estándar de no arbitrariedad la falta de razonabilidad o proporcionalidad vaya más allá de la mera ilegalidad bajo el derecho interno.

Como se afirma:

The tribunal’s evaluation of the fairness of a state’s conduct often intersects with the review of a state’s decisions by state bodies under national law. [...] [N]ot all violations of national law translate into a breach of the FET standard, but only a ‘qualified violation of domestic law constitutes a violation of FET standard’. A qualified violation is the mistreatment of an investor that goes beyond ‘simple’ illegality under domestic law⁸⁸ (*Levashova*, 2019, p. 230).

⁸⁷ Las medidas tomadas pueden haber resultado buenas o malas, calificación que no compete a este Tribunal, y como se ha concluido, si bien no fueron consistentes con el marco legal nacional ni el del tratado, no fueron arbitrarias pues se dieron conforme a lo que el Gobierno entendía como la mejor reacción ante la crisis. Sin considerar la intencionalidad, la calificación de la arbitrariedad requiere alguna medida impuesta de manifiesta falta de razonabilidad; esto no se encuentra en un proceso en que, si bien no es deseable, no se trata de una medida radicalmente inesperada tomando en cuenta el contexto en que se dio [Traducción libre].

⁸⁸ La evaluación del tribunal acerca de la conducta de un Estado suele vincularse a la revisión de las decisiones tomadas por las entidades de aquel Estado bajo su marco legal nacional. [...] No toda vulneración del derecho interno implica una vulneración del estándar de trato justo y equitativo, sino solo la “vulneración calificada del aquel”. Una vulneración calificada es aquel trato arbitrario al inversionista que supere la mera ilegalidad conforme al derecho interno [Traducción libre].

Como vimos en secciones anteriores, el APR al OEFA no cumple con los requisitos de validez formal ni de validez material, configurándose en una medida arbitraria bajo derecho peruano. Independientemente de si lo consideramos una contribución o un impuesto, lo cierto es que el APR al OEFA fue establecido sin respetar el procedimiento previsto para la creación de un tributo. Asimismo, el APR al OEFA no guarda correspondencia con los principios constitucionales de reserva de ley, no confiscatoriedad, igualdad ni generalidad. Ello determina que su imposición a nivel de derecho nacional sea irrazonable y desproporcionada.

La arbitrariedad del APR al OEFA se agrava si tomamos en cuenta que, pese a no cumplir con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, los tribunales administrativos, judiciales y constitucionales peruanos lo han avalado. Las vías para cuestionar su cobro a nivel interno se han cerrado con decisiones que omiten analizar una serie de cuestiones indispensables para resolver la controversia. En otras palabras, los inversionistas no tienen otra salida más que pagarlo o asumir las consecuencias de no hacerlo.

Ante un reclamo en un arbitraje de inversiones, el Estado peruano podría alegar que su cobro se justifica en un interés público: garantizar la protección del medio ambiente. Si bien los tribunales arbitrales suelen tomar en cuenta los fines que motivaron los actos de los Estados, ello no implica que toda medida con este objetivo esté exenta de violar el estándar de no arbitrariedad. Sobre este punto, el tribunal arbitral del caso *Gold Reserve c. Venezuela* determinó que los Estados deben garantizar un equilibrio entre la obtención de sus fines y la protección de los inversionistas extranjeros: *The Tribunal acknowledges that a State has a responsibility to preserve the environment and protect local populations living in the area where mining activities are conducted. However, this responsibility does not exempt a State from complying with its commitments to international investors by searching ways and means to satisfy in a balanced way both conditions* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Gold Reserve c. Venezuela*, 2014).

Por lo tanto, aun cuando el Estado peruano invoque la protección del medio ambiente como la razón del cobro del APR, lo cierto es que ello no lo habilita a incumplir el estándar de no arbitrariedad en el trato a los inversionistas extranjeros.

Teniendo en cuenta lo desarrollado hasta este punto, consideramos que sería posible cuestionar el cobro del APR al OEFA ante un tribunal arbitral de inversiones alegando una actuación arbitraria

por parte del Estado peruano. No obstante, esta vía solo estará habilitada para aquellos inversionistas extranjeros protegidos por un tratado de inversión.

VI. CONCLUSIONES

- La naturaleza jurídica de APR al OEFA se aproxima más a la de un impuesto que a la de una contribución debido a varias razones. Son las siguientes: no reporta un beneficio diferencial, su alícuota no es calculada en función al mismo y sus deudores, en vez de beneficiarse, son obligados a internalizar sus costos.
- Independientemente de si consideramos al APR al OEFA como un impuesto o una contribución, su creación y su cobro vulneran los principios de reserva de ley, de no confiscatoriedad, de igualdad y de generalidad.
- El APR al OEFA no cumple con los requisitos de validez formal ni material exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, configurándose como una medida arbitraria bajo el derecho peruano.
- Con la decisión del TC de agosto del 2019, se otorgó una habilitación en blanco al Poder Ejecutivo para que bajo su discrecionalidad y mediante una norma infralegal establezca nuevos APR a favor de entidades que no son organismos reguladores.
- Coyunturalmente, la vía constitucional no se muestra como idónea para revertir esta situación. La arbitrariedad del tributo y la existencia de tratados de protección de inversiones suscritos por el Estado peruano, permitirían cuestionar su cobro en un arbitraje de inversiones. 🗣️

REFERENCIAS

- Ataliba Nogueira, G. (1987). *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario.
- Belén Olmos, M. (2018). *Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America*. Fráncfort: Kluwer Law International.
- Bullard González, A. y F. Zumaeta Castro (2015). Contrabando tributario: El aporte de regulación de cómo hacer pasar un impuesto como si fuera una contribución. *Themis-Revista de Derecho*, (67), pp. 239-254.

- Danós Ordoñez, J. (1994). El régimen tributario en la Constitución. Estudio preliminar. *Themis-Revista de Derecho*, (29), pp. 131-145.
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (2017). *Informe especializado sobre la legalidad del aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (APR OEFA) en el caso de Perubar, Amicus Curiae entregado al Tribunal Constitucional del Perú en el marco del Expediente N° 02168-2016-AA el 4 de agosto de 2017*. Recuperado de https://www.dar.org.pe/archivos/docs/amicus_carta.pdf
- Diehl, A. (2012). *The Core Standard of International Investment Protection*. International Arbitration Law Library. Francoforte: Kluwer Law International.
- Dion S. y A. Blais (1991). Conclusion : Are bureaucrates budget maximiser? En Dion, S y A. Blais (ed[s].). *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*, pp. 366. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/s000842390000353x>
- Dolzer, R. y C. Schreuer (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Estache, A.; Guasch, J.; y L. Trujillo (agosto, 2003). *Price Caps, Efficiency Payoffs, and Infrastructure Contract Renegotiation in Latin America* (Policy Research Working Paper 3129). Recuperado de la página web de World Bank Policy https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=412941 DOI: <https://doi.org/10.1596/1813-9450-3129>
- Gómez Apac, H.; Albareda del Castillo, G.; y E. Sotelo (2014). El Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) sobre el tapete. *Advocatus*, (30), pp. 139-158.
- Guzmán Napurí, C. (2015). La viabilidad del pago del aporte por regulación al OEFA. En Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz. Reconocimiento normativo de su condición de acreedor tributario* (pp. 69-102). Lima: T-COPIA S.A.C.
- Hepburn, J. (2017). *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/s000842390000353x>
- Levashova, Y. (2019). *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, International Arbitration Law Library. Fráncfort: Kluwer Law International.
- Marciani Burgos, B. (2015). La legalidad del denominado aporte por regulación del OEFA: Una lectura desde el constitucionalismo actual. En Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz. Reconocimiento normativo de su condición de acreedor tributario* (pp. 11-50). Lima: T-COPIA S.A.C.
- Martin Tirado, R. (2015). El retorno del leviatán: mitos y verdades sobre la naturaleza del aporte regulatorio del OEFA. *Círculo de Derecho Administrativo*, (15), pp. 235-251.
- Olson, M. (2004). Regulatory Reform and Bureaucratic Responsiveness to Firms: The Impact of User Fees in the FDA. *Journal of Economics and Management Strategy*, (9), pp. 835-852.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (2014). *Aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental* (2da ed.). Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Recuperado de https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=14011.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2017). *The Governance of Regulators: Creating a Culture of Independence. Practical guidance against undue influence*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264274198-en>
- (2014). *The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264209015-en>
- Paredes Molina, R. y J. M. Sánchez Callejas (1998). *Teoría y práctica de la regulación en Latinoamérica*. Santiago: CEPAL.
- Peltzman, S. (1976). Toward a More General Theory of Regulation. *The Journal of Law and Economics*, (19), pp. 211-240. <https://doi.org/10.1086/466865>
- ProInversión (2019a). *Informe del número de contratos de inversión según sector (2007-2019)*. Recuperado de <https://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=7097&JERR=5973>
- (2019b). *Informe del saldo de inversión extranjera directa por sector destino (1980 – diciembre 2019)*. Recuperado de <https://www.pro>

yectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=7097&JERR=5973

Rajput, A. (2018). *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*. Fráncfort: Kluwer Law International.

Rubio Correa, M. (1999). *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sotelo, E. (2007). Notas Sobre El Principio de No Confiscatoriedad en Materia Tributaria. *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, (29), pp. 182-216.

(2008). La Sentencia N° 01078-2007-PA/TC (Referéndum sobre la contribución al Fonavi): Algunas Reflexiones en Materia Tributaria. En Carpio Marcos, E. y Grández Castro, P. (coord[s.]) *En debate: Caso Fonavi*, (pp. 9-30). Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Omar_Sar/publication/259503261_Las_sentencias_del_FONAVI_y_el_conflicto_entre_el_TC_y_el_JNE/links/00b4952c581ec1d4e800000/Las-sentencias-del-FONAVI-y-el-conflicto-entre-el-TC-y-el-JNE.pdf

(2013). Poder tributario y principios constitucionales tributarios. En Gutierrez, W. (coord.). *La Constitución Comentada, Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.

Sevillano Chávez, S. (2017). *Lecciones de derecho tributario: principios generales y código tributario*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Thorne León, J. (2015). El estado y el costo de la economía verde para un desarrollo sostenible. La dimensión real de las barreras burocráticas. En Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. *El Aporte por Regulación que percibe el OEFA como garantía para una protección ambiental eficaz. Reconocimiento normativo de su condición de acreedor tributario* (pp. 51-68). Lima: T-COPIA S.A.C.

Unión internacional de las Telecomunicaciones (2006). *Aspecto Jurídico e Institucionales de la Reglamentación de las TIC. Módulo 6. Conjunto de Herramientas de Reglamentación de las TIC*. Recuperado de [file:///C:/Users/pc/Downloads/Module_6_Spanish%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pc/Downloads/Module_6_Spanish%20(1).pdf)

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el

Reino de España, del 17 de febrero de 1996. Recuperado de <https://apps.reee.gob.pe/portal/webtratados.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/VICUS/MREPERU!!portal/tratados.nsf/59D2D0B5CF1B328E05257AFA005846AF/TRAAdjunto/B-2206-a.pdf>

Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, del 1 de marzo de 2009. Recuperado de <https://apps.reee.gob.pe/portal/webtratados.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/VICUS/MREPERU!!portal/tratados.nsf/F4F8DBA5949DC24A052571DB-0053D0EE/TRAAdjunto/B-3274.pdf>

Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de América, del 1 de febrero de 2009. Recuperado de <https://apps.reee.gob.pe/portal/webtratados.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/VICUS/MREPERU!!portal/tratados.nsf/A5B16286E76EBDA4052571960054C2D9/TRAAdjunto/B-3243-1.pdf>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Laudo recaído sobre el caso Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela (ICSID ARB(AF)/09/1), del 22 de septiembre de 2014. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/2727>

Laudo recaído sobre el caso Convia Callao SA. y Compañía de Concesiones de Infraestructura SA. c. República del Perú (ICSID ARB/10/2), del 21 de mayo de 2013. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/2078>

Laudo recaído sobre el caso Joseph Charles Lemire c. Ucrania (ICSID ARB/06/18), del 14 de enero de 2010. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/614>

Laudo recaído sobre el caso Enron Corporation y Ponderosa Assets, LP c. República Argentina (ICSID ARB/01/3), del 22 de mayo de 2007. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/401>

Laudo recaído sobre el caso LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc c. República Argentina (CIADI ARB/02/1), del 3 de octubre de 2006. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/621>

Laudo recaído sobre el caso CMS Gas Transmission Company c. Argentina (CIADI ARB/01/8), del 12 de mayo de 2005. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/288>

- Laudo recaído sobre el caso Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, (ICSID ARB/(AF)/00/03), del 30 de abril de 2004. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/1158>
- Laudo recaído sobre el caso Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador (Caso Administrado 3467), del 1 de julio de 2004. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/761>
- Corte Internacional de Justicia de La Haya. Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia), fallo del 20 de julio de 1989. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/case/76/judgments>
- Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República. Dictamen del Proyecto de Ley 1465/2012-PE que propone la ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2013, de 22 de noviembre de 2012.
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993). Recuperado de [https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_del_Per%C3%BA_\(1993\)](https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_del_Per%C3%BA_(1993))
- Corte Suprema [Perú]. Sentencia de acción popular 16216-2014, del 3 de setiembre de 2015. Recuperado de <https://alanemiliomatosbarzola.files.wordpress.com/2017/01/sentencia-corte-suprema-oefa.pdf>
- Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre Promoción y Protección de Inversiones, del 21 de abril de 1994. Recuperado de <https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratos.nsf/xsp/.ibmmodes/domino/OpenAttachment/VICUS/MREPERU!!portal/tratados.nsf/4A452DF53E35CFFA05256E8300678070/TRAAdjunto/B-2124-A.pdf>
- Decreto Legislativo 1013. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. Diario Oficial *El Peruano*, 13 de mayo de 2008.
- Decreto Legislativo 1336. Decreto Legislativo que establece disposiciones para el proceso de formalización minera integral. Diario Oficial *El Peruano*, 5 de enero de 2017.
- Decreto Ley 25844. Ley de Concesiones Eléctricas. Diario Oficial *El Peruano*, 6 de noviembre de 1992.
- Decreto Ley 25965. Ley que crea la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento. Diario Oficial *El Peruano*, 7 de diciembre de 1992.
- Decreto Supremo 008-2001-PCM. Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de febrero de 2001.
- Decreto Supremo 001-2010-MINAM. Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinegmin al OEFA. Diario Oficial *El Peruano*, 20 de enero de 2010.
- Decreto Supremo 133-2013-EF. Texto Único Ordenado del Código Tributario. Diario Oficial *El Peruano*, 22 de junio de 2013.
- Decreto Supremo 130-2013-PCM. 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. Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 2013.
- Decreto Supremo 096-2016-PCM. Establecen disposiciones sobre el aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental–OEFA, a cargo de las empresas y entidades del sector energía para el periodo 2017-2019. Diario Oficial *El Peruano*, 29 de diciembre de 2016.
- Decreto Supremo 097-2016-PCM. Establecen disposiciones sobre el aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental–OEFA, a cargo de las empresas del sector minería para el periodo 2017-2019. Diario Oficial *El Peruano*, 29 de diciembre de 2016.
- Exposición de Motivos del Decreto Supremo 130-2013-PCM, de 10 de enero de 2014.
- Exposición de Motivos del Decreto Supremo 096-2016-PCM, de 23 de febrero de 2017.
- Exposición de Motivos del Decreto Supremo 097-2016-PCM, de 23 de febrero de 2017.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 0423-2014/CEB-INDECOPI recaída en el Expediente 000124-2014/CEB, del 14 de octubre de 2014.
- Resolución 0424-2014/CEB-INDECOPI recaída en el Expediente 000143-2014/CEB, del 14 de octubre de 2014.
- Resolución 0426-2014/CEB-INDECOPI recaída en el Expediente 000162-2014/CEB, del 14 de octubre de 2014.
- Resolución 0149-2015/SDC-INDECOPI recaída en el expediente 000148-2014/CEB, del 9 de marzo de 2015.

- Ley 26734. Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía-Osinerg. Diario Oficial *El Peruano*, 27 de diciembre de 1996.
- Ley 26917. Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo. Diario Oficial *El Peruano*, 20 de enero de 1998.
- Ley 27332. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Diario Oficial *El Peruano*, 13 de julio de 2000.
- Ley 27699. Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg). Diario Oficial *El Peruano*, 15 de abril de 2002.
- Ley 28301. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de julio de 2004.
- Ley 28964. Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg. Diario Oficial *El Peruano*, 20 de enero de 2007.
- Ley 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 2007.
- Ley 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de marzo de 2009.
- Ley 29901. Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin). Diario Oficial *El Peruano*, 21 de junio de 2012.
- Ley 29951. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Diario Oficial *El Peruano*, 30 de noviembre de 2012.
- Ley 30011. Ley que modifica la Ley 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 2013.
- Ley 30115. Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de diciembre de 2013.
- Ley 30282. Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015. Diario Oficial *El Peruano*, 2 de diciembre de 2014.
- Ley 30373. Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016. Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 2015.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [Perú]. Presidencia del Consejo Directivo. Resolución 009-2014-OEFA/CD, del 29 de enero de 2014.
- Resolución 173-2014-OEFA/PCD, del 31 de diciembre de 2014.
- Resolución 135-2015-OEFA/PCD, del 23 de diciembre de 2015.
- Resolución 192-2016-OEFA/PCD, del 26 de diciembre de 2016.
- Resolución 124-2017-OEFA/PCD, del 27 de diciembre de 2017.
- Resolución 142-2018-OEFA/PCD, del 28 de diciembre de 2018.
- Proyecto de Ley 1465/2012-PE. Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, de 9 de agosto de 2012. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99e-bf305256f2e006d1cf0/f11486a5a46d59d005257a6a001fc356/\\$FILE/PL01465290812-.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99e-bf305256f2e006d1cf0/f11486a5a46d59d005257a6a001fc356/$FILE/PL01465290812-.pdf)
- Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia recaída en el expediente 2762-2002-AA/TC, del 30 de enero de 2003.
- Sentencia recaída en el expediente 2727-2002-AA/TC, del 19 de diciembre de 2003.
- Sentencia recaída en el expediente 004-2004-AI/TC, del 21 de setiembre de 2004.
- Sentencia recaída en el expediente 0041-2004-AI/TC, del 11 de noviembre de 2004.
- Sentencia recaída en el expediente 303-2003-AA/TC, del 27 de enero de 2005.
- Sentencia recaída en el expediente 2302-2003-AA/TC, del 13 de abril de 2005.
- Sentencia recaída en el expediente 0042-2004-AI/TC, del 13 de abril de 2005.
- Sentencia en el expediente 014-2003-AI/TC, del 10 de diciembre de 2003.
- Sentencia recaída en el expediente 2058-2003-AA/TC, del 19 de abril de 2004.

Sentencia recaída en el expediente 3303-2003-AA/TC, del 28 de junio de 2004.

Sentencia recaída en el expediente 1520-2004-AA/TC, del 9 de diciembre de 2005.

Sentencia en el expediente 0017-2005-PI/TC, del 22 de enero de 2007.

Sentencia recaída en el expediente 06089-2006-PA/TC, del 17 de abril de 2007.

Sentencia recaída en el expediente 00002-2006-AI/TC, del 16 de mayo de 2007.

Sentencia recaída en el expediente 00018-2007-PI/TC, del 24 de octubre de 2007.

Sentencia recaída en el expediente 5970-2006-PA/TC, del 12 de noviembre de 2007.

Sentencia en el expediente 0009-2008-PI/TC, del 7 de diciembre de 2009.

Sentencia recaída en el expediente 987-201-PA/TC, del 6 de agosto de 2014.

Sentencia recaída en el expediente 5410-2015-PA/TC, del 15 de agosto de 2019.

Sentencia Interlocutoria en el expediente 04303-2018-PA/TC, del 24 de septiembre de 2019.

Sentencia recaída en el expediente 04399-2018-PA/TC, del 24 de septiembre del 2019.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular de China, del 1 de marzo de 2010. Recuperado de <https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/VICUS/MREPERU!!portal/tratados.nsf/5B76DDC0C03B9D88052575D900618A28/TRAAadjunto/B-3504-0.pdf>