



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
TRIBUNAL FISCAL

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN DEL MAR DE GRAU"

ACTA DE REUNIÓN DE SALA PLENA N° 2016-20

TEMA : DETERMINAR SI EL TRIBUNAL FISCAL ES COMPETENTE PARA RESOLVER PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON EL COBRO QUE EFECTUA LA EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA S.A. - SEDAPAL S.A. AL AMPARO DE LA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1185.

FECHA : 12 de octubre de 2016
HORA : 12:30 p.m.
LUGAR : Calle Diez Canseco N° 258, Miraflores
Javier Prado Oeste N° 1115, San Isidro

ASISTENTES :

Sergio Ezeta C.	Luis Ramírez M.	Juana Pinto de A.
Victor Castañeda A.	Pedro Velásquez L.R.	Raúl Queuña D.
Jorge Sarmiento D.	Ada Flores T.	Gabriela Márquez P.
Carmen Terry R.	Marco Huamán S.	Elizabeth Winstanley P.
Doris Muñoz G.	Patricia Meléndez K.	Gary Falconí S.
Caridad Guarníz C.	Zoraida Olano S.	

NO ASISTENTES :

Licette Zúñiga D.:	Vacaciones a la fecha de la suscripción.
Mariella Casalino M.:	Vacaciones a la fecha de la suscripción.
Jesús Fuentes B.:	Vacaciones a la fecha de la suscripción.
Lorena Amico D.:	Vacaciones a la fecha de la votación.
Rosa Barrantes T.:	Vacaciones a la fecha de la suscripción.
José Martel S.:	Vacaciones a la fecha de la votación.
Roxana Ruiz A.:	Vacaciones a la fecha de la suscripción.
Cristina Huertas L.:	Vacaciones a la fecha de la suscripción.
Rossana Izaguirre Ll.:	Vacaciones a la fecha de la votación.
Lily Villanueva A.:	Vacaciones a la fecha de la suscripción.

I. ANTECEDENTES:

- Memorando N° 0785-2016-EF/40.01, mediante el que la Presidenta del Tribunal Fiscal convoca a los vocales a sesión de Sala Plena.
- Informe que sustenta el acuerdo adoptado.
- Correo electrónico remitido por la Presidenta del Tribunal Fiscal el día 7 de octubre de 2016 mediante el que se remitió el voto singular del vocal Velásquez López Raygada.
- Voto singular emitido por el vocal Velásquez López Raygada.

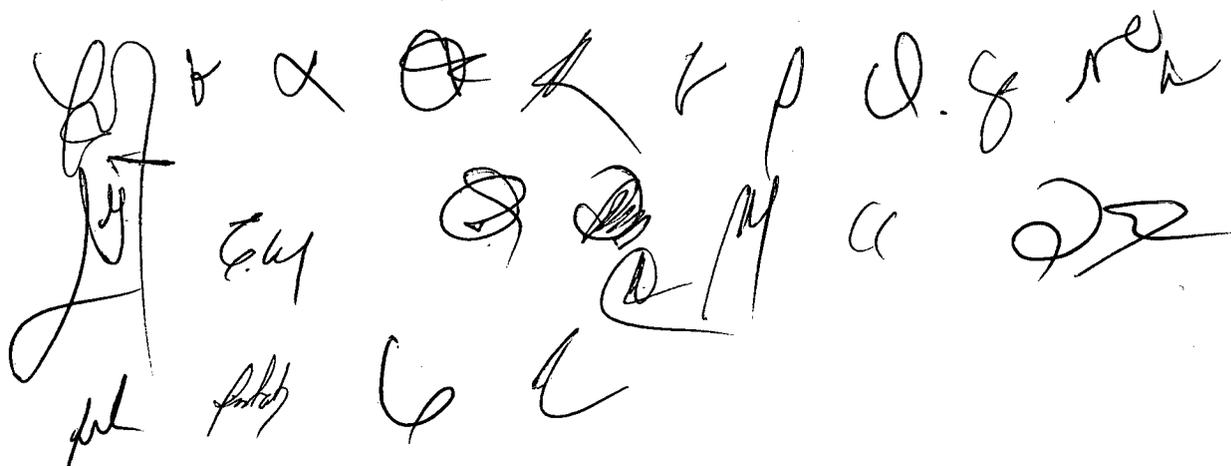
[Handwritten signatures and initials]

001

II. AGENDA:

Suscripción de la presente Acta de Sesión de Sala Plena, que contiene los puntos de deliberación, los votos emitidos y el acuerdo adoptado, tal como se detalla en el reporte del "Sistema de Votación vía Web" que se adjunta a continuación, así como su fundamento, siendo la decisión adoptada la siguiente:

"El Tribunal Fiscal no es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. - SEDAPAL S.A. por la tarifa que se devenga a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185".



A collection of approximately 18 handwritten signatures in black ink, arranged in three rows. The signatures are highly stylized and vary in complexity, representing the members of the Tribunal Fiscal who signed the act.

Reporte de Elecciones de Sala Plena

DETERMINAR SI EL TRIBUNAL FISCAL ES COMPETENTE PARA RESOLVER PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON EL COBRO QUE EFECTUA LA EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA S.A. - SEDAPAL S.A. AL AMPARO DE LA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1185.

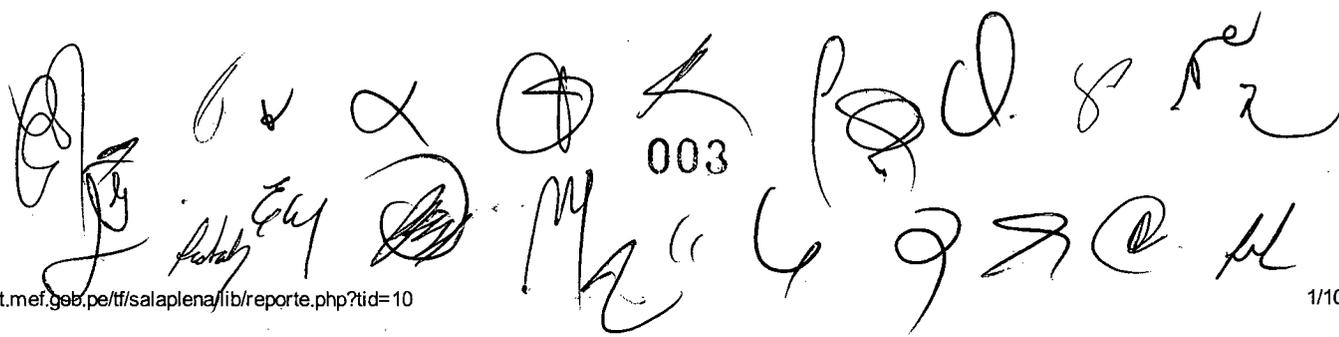
Emisión de reporte: 2016-10-13 11:06:01

Electores: 24 Vocales

- Barrantes Takata, Rosa
- Casalino Mannarelli, Fausta
- Castañeda Altamirano, Victor Eduardo
- Ezeta Carpio, Sergio Pio Victor
- Falconi Sinche, Gary Roberto
- Flores Talavera, Ada Maria Tarcila
- Fuentes Borda, Jesús Edwin
- Guamiz Cabell, Caridad Del Rocio
- Huaman Sialer, Marco Antonio
- Huertas Lizarzaburu, Cristina
- Marquez Pacheco, Gabriela Patricia
- Melendez Kohatsu, Patricia Jaquelin
- Muñoz Garcia, Doris
- Olano Silva, Zoraida Alicia
- Pinto Valega, Juana Estrella
- Queuña Diaz, Raul Nicolas
- Ramirez Mio, Luis
- Ruiz Abarca, Roxana Zulema
- Samiento Diaz, Jorge Orlando
- Terry Ramos, Carmen Ines
- Velasquez Lopez Raygada, Pedro Enrique
- Villanueva Aznaran, Lily Ana
- Winstanley Patio, Elizabeth Teresa
- Zuñiga Dulanto, Licette Isabel

Inicio de votación: 2016-10-07 09:45:11

Fin de votación: 2016-10-07 17:54:45



Handwritten signatures and marks, including a stamp with the number 003.

TEMA:	DETERMINAR SI EL TRIBUNAL FISCAL ES COMPETENTE PARA RESOLVER PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON EL COBRO QUE EFECTUA LA EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA S.A. - SEDAPAL S.A. AL AMPARO DE LA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1185.		
	PROPUESTAS A VOTAR		
	PROPUESTA 1	PROPUESTA 2	OPCIÓN DISCREPANTE A TODAS LAS PROPUESTAS
	El Tribunal Fiscal es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A., al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria y la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185	El Tribunal Fiscal no es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A. por la tarifa que se devenga a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185.	
Vocales			
Barrantes Takata	X**		
Casalino Mannarelli		X	
Castañeda Altamirano		X*****	
Ezeta Carpio	X		
Falconi Sinche		X	
Flores Talavera		X	
Fuentes Borda		X	
Guarniz Cabell		X*****	
Huaman Sialer		X	
Huertas Lizarzaburu		X	
Marquez Pacheco	X***		
Melendez Kohatsu		X	
Muñoz García		X	
Olano Silva	X		
Pinto Valega		X*	
Queuña Diaz		X	
Ramirez Mio	X		
Ruiz Abarca		X	
Sarmiento Diaz		X	
Terry Ramos	X****		

004

" "

Velasquez Lopez Raygada		X*****	
Villanueva Aznarán		X	
Winstanley Patio		X	
Zuñiga Dulanto	X		
TOTAL	4 / 1(**) / 1(***) / 1(****)	13 / 1(*) / 1(*****) / 2(*****)	

Voto Singular	
(*)	Se debe agregar al marco normativo y jurisprudencial de ambas propuestas, a fin de complementar la definición de aplicación ultractiva de las normas, lo siguiente: "Adicionalmente, a fin de complementar la definición jurisprudencial antes glosada, cabe citar a Marcial Rubio Correa, según el cual, aplicación ultractiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata."
(**)	"Mi voto es por la Propuesta 1 pero considerándose como fundamento únicamente los párrafos 1 al 7 y el último de dicha propuesta, esto es, eliminándose los párrafos 8 al 12 de la misma. Ello por cuanto, la materia de Sala Plena se encuentra referida estrictamente a determinar la competencia de este Tribunal para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa SEDAPAL al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1185, y no a precisar el alcance de lo consignado en dicha disposición transitoria cuando señala que la continuidad de tales pagos será "hasta que SUNASS apruebe la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea", adoptándose en el informe una posición jurídica al respecto señalándose que ello será cuando se emita y publique la resolución que apruebe la anotada Tarifa y concluyendo que a partir de ello SEDAPAL ya no podrá cobrar, lo cual (interpretación de qué se entiende por aprobar y fecha hasta la cual SEDAPAL puede o no cobrar) además no resulta ser un tema de naturaleza tributaria sino administrativa, correspondiéndole, por tanto, su interpretación y demás relacionados con su aplicación a las mencionadas administraciones involucradas, y no a este Tribunal. Adicionalmente a lo expresado, se considera necesario incluir como primer párrafo de la página 7 del Informe el texto siguiente: "Asimismo, se debe tener en consideración que de acuerdo a lo señalado por Marcial Rubio Correa[1], la aplicación ultractiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata." (1) El título Preliminar del Código Civil, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Novena Edición, enero de 2008, página 49.
(***)	"Mi voto es por la Propuesta 1 pero considerándose como fundamento únicamente los párrafos 1 al 7 y el último de dicha propuesta, esto es, eliminándose los párrafos 8 al 12 de la misma. Ello por cuanto, la materia de Sala Plena se encuentra referida estrictamente a determinar la competencia de este Tribunal para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa SEDAPAL al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1185, y no a precisar el alcance de lo consignado en dicha disposición transitoria cuando señala que la continuidad de tales pagos será "hasta que SUNASS apruebe la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea", adoptándose en el informe una posición jurídica al respecto señalándose que ello será cuando se emita y publique la resolución que apruebe la anotada Tarifa y concluyendo que a partir de ello SEDAPAL ya no podrá cobrar, lo cual (interpretación de qué se entiende por aprobar y fecha hasta la cual SEDAPAL puede o no cobrar) además no resulta ser un tema de naturaleza tributaria sino administrativa, correspondiéndole, por tanto, su interpretación y demás relacionados con su aplicación a las mencionadas administraciones involucradas, y no a este Tribunal. Adicionalmente a lo expresado, se considera necesario incluir como primer párrafo de la página 7 del Informe el texto siguiente: "Asimismo, se debe tener en consideración que de acuerdo a lo señalado por Marcial Rubio Correa[1], la aplicación ultractiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata." (1) El título Preliminar del Código Civil, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Novena Edición, enero de 2008, página 49.
	"Mi voto es por la Propuesta 1 pero considerándose como fundamento únicamente los párrafos 1 al 7 y el último de dicha propuesta, esto es, eliminándose los párrafos 8 al 12 de la misma. Ello por cuanto, la materia de Sala Plena se encuentra referida estrictamente a determinar la competencia de este Tribunal para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa SEDAPAL al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1185, y no a precisar el alcance de lo consignado en dicha disposición transitoria cuando señala que la continuidad de tales pagos será "hasta que

(****)

SUNASS apruebe la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea”, adoptándose en el informe una posición jurídica al respecto señalándose que ello será cuando se emita y publique la resolución que apruebe la anotada Tarifa y concluyendo que a partir de ello SEDAPAL ya no podrá cobrar, lo cual (interpretación de qué se entiende por aprobar y fecha hasta la cual SEDAPAL puede o no cobrar) además no resulta ser un tema de naturaleza tributaria sino administrativa, correspondiéndole, por tanto, su interpretación y demás relacionados con su aplicación a las mencionadas administraciones involucradas, y no a este Tribunal. Adicionalmente a lo expresado, se considera necesario incluir como primer párrafo de la página 7 del Informe el texto siguiente: “Asimismo, se debe tener en consideración que de acuerdo a lo señalado por Marcial Rubio Correa[1], la aplicación ultractiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata.” (1) El Título Preliminar del Código Civil, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Novena Edición, enero de 2008, página 49.

VOTO SINGULAR EN PARTE DEL VOCAL VELÁSQUEZ LÓPEZ RAYGADA: En relación a la aplicación ultractiva de las normas creo conveniente agregar, a fin de complementar la definición presentada en el Marco Normativo y Jurisprudencial, que según Marcial Rubio Correa , la aplicación ultractiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata. Asimismo, en relación a la tarifa de agua subterránea creo conveniente manifestar que: El inciso c) de la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, señala que la tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. Que la misma Norma II señala que las tasas, entre otras, pueden ser: 1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público. 2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos. 3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización. De acuerdo con la clasificación de los tributos propuesta por Geraldo Ataliba , la que se centra en la vinculación del tributo con una actividad estatal, en los tributos vinculados la obligación depende de que ocurra un hecho generador, que es siempre el desempeño de una actuación estatal referida al obligado. Conforme a esta clasificación, serían tributos vinculados, entre otros, la tasa; en tanto que en los tributos no vinculados, en cambio, el hecho generador está totalmente desvinculado de cualquier tipo de actuación estatal, el impuesto será, por lo tanto, un tributo no vinculado. En efecto, según Geraldo Ataliba: "En la tasa, la hipótesis es la prestación de un servicio por el Estado, la realización de una obra, la expedición de un certificado, el otorgamiento de una licencia, autorizaciones, etc., que se vinculan a alguien, que es puesto por la ley en la situación de sujeto pasivo del tributo (...) para que se configure una tasa, basta con que la actuación estatal tenga referibilidad... (se refiera concretamente a alguien)". En nuestro país, el Código Tributario vigente, parece haber recogido el citado fundamento conceptual que subyace al establecimiento de una tasa, dado que la define, en la citada Norma II de su Título Preliminar, como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente, implica que toda tasa siempre tendrá que fundamentarse en la realización de alguna actividad estatal. Por otro lado, cuando la citada norma define a los derechos, sub especies de las tasas, como las que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos, consideramos que no aludía a los recursos naturales a que se refería el artículo 118° de la Constitución Política del Perú de 1979, constitución con la que se aprobó el texto original de la Norma II del Título Preliminar antes citado, ni alude a los que se refiere el artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993, habida cuenta que los bienes públicos a que se refería la primera de las mencionadas constituciones y los bienes de dominio y uso público a que hace referencia la segunda , se contemplaban en capítulos distintos al de los recursos naturales en ambas constituciones, otorgándoles reglamentaciones claramente diferenciadas a ambos. En efecto, con relación a los recursos naturales –como es el agua–, debe indicarse que según el artículo 66° de la Constitución: "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal". Por su parte, el artículo 67° señala que: "El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales". Por su parte, el artículo 73° de la Constitución Política de 1993 señala que: "Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico, apreciándose que la norma constitucional distingue entre bienes de dominio público que son susceptibles de uso público y los que no lo son. Al comentar el artículo 73° de la citada Constitución de 1993, Marcial Rubio Correa , señala que los bienes de uso público son una especie de los bienes de dominio público (que son bienes del Estado y que no pueden salir jurídicamente de su dominio) y que son aquellos destinados a que los use cualquier persona dentro del territorio porque esa es su finalidad; ese es el caso de las calles, las veredas, las carreteras, los parques, entre otros, debiendo indicarse que respecto de tales bienes el Estado realiza una actividad (sea de construcción, mantenimiento, entre otros) a efecto que

Handwritten signatures and stamps at the bottom of the page. A circular stamp with the number '006' is visible in the center. The signatures are in black ink and appear to be of various officials.

sean puestos a disposición de toda la comunidad para su uso u aprovechamiento. En virtud a lo expuesto, podemos concluir que cuando el Código Tributario hace referencia en la citada Norma II al aprovechamiento de bienes públicos, aludiría a los bienes de dominio público que son además de uso público (al poder concederse a particulares conforme a ley para su aprovechamiento económico), siendo además que en consonancia con la propia naturaleza de las tasas sólo podría justificarse el cobro de un derecho por el aprovechamiento especial o utilización privativa de un bien público respecto del cual se hubiera realizado una actividad estatal y que por ende implicara la realización de algún tipo de actividad a favor del beneficiario, excluyendo claramente a los recursos naturales, que como señala la Constitución no son de dominio público, sino Patrimonio de la Nación. En ese sentido, cabe precisar que cuando la Constitución establece que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación debemos entender, por un lado, que hace referencia a estos en su fuente y, por otro, que los excluye claramente del dominio público, determinado que el Estado, quien representan política y jurídicamente a la Nación, ejerce sobre ellos un dominio eminential, entendido este como la potestad soberana de decidir la mejor forma en que estos van a ser aprovechados económicamente. En ese contexto, si bien nuestra Constitución declararía implícitamente que respecto de los recursos naturales en su fuente el Estado tiene dominio, este debe ser entendido no como un dominio público, sino como uno eminential, soberano, lo que le permite decidir cómo se pueden aprovechar, incluyendo su concesión a particulares, permitiendo a estos extraer sus frutos, apropiárselos, usarlos y disfrutarlos, es decir les concede el derecho a beneficiarse económicamente con los frutos que se obtenga de su explotación, a cambio de una contraprestación. De esta manera, cuando el Estado decide sujetar a los recursos naturales a este tipo de aprovechamiento económico, los sujeta, por lo general, a disposiciones similares a las de los bienes privados, obteniendo de ellos beneficios económicos análogos a los que obtendría un particular, por ejemplo, al conceder en usufructo oneroso un bien a terceros, sin perder sobre los recursos naturales, en su fuente, un dominio latente. En concordancia con las anotadas normas constitucionales el 26 de junio de 1997 se publicó la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, cuyo artículo 1° precisa el ámbito de su aplicación: "La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66° y 67° del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales suscritos por el Perú". Por su parte, el artículo 3° de la mencionada Ley N° 26821 indica que: "Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado tales como: Las aguas: superficiales y subterráneas; a) El suelo, el subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; b) La diversidad biológica: como la diversidad de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; c) Los recursos hidrocarboníferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; d) La atmósfera y el espectro radioeléctrico; e) Los minerales; f) Los demás considerados como tales. El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente ley" (el énfasis es nuestro). A su turno, el artículo 4° de la misma Ley N° 26821, precisa el ámbito del dominio sobre los recursos naturales, e indica que: "Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos", por lo que la propiedad de los frutos y productos obtenidos conforme a la referida ley orgánica, corresponde a los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. El artículo 19° de la citada norma, establece que los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural, y que en cualquiera de los casos el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares. El artículo 23° de la anotada ley, menciona que la concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Por su parte, el artículo 24° de la aludida norma, señala que las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales, tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable y el artículo 26° precisa que el derecho de aprovechamiento sostenible sobre un recurso natural no confiere derecho alguno sobre recursos naturales distintos al concedido que se encuentren en el entorno. De lo expuesto, se aprecia claramente que en el Perú, los recursos naturales, en su fuente, forman parte del Patrimonio del Nación, no siendo parte de su política ni de las normas que regulan su estatus jurídico, calificarlos como bienes de dominio público. Además se aprecia que para su aprovechamiento, se requiere del otorgamiento a los particulares, por el Estado –titular del dominio de los recursos naturales– mediante alguna de las modalidades de concesión,

Handwritten signatures and initials, including a large signature on the left, several smaller ones in the middle, and a signature on the right. There is also a circular stamp with the number '007' in the center.

(****)

licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades establecidas en la ley especial, el derecho a aprovecharlos, normas que además establecerán las condiciones, términos, criterios y plazos para su otorgamiento, considerando la particular naturaleza de cada recurso. En efecto, en línea con lo expuesto, en el inciso a) del numeral 2.2 del artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, actualmente vigente, se señala que se entiende como: "Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley". Por su parte, la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, dispone en el artículo I de su Título Preliminar que dicha norma regula el uso y gestión de los recursos hídricos. Comprende el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a esta. Se extiende al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable y en su artículo 2º señala que el agua constituye Patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua, con lo que ratifica el hecho que el agua, como recurso natural, no es un bien de dominio público. Si bien el artículo 7º de la citada ley señala que constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la ley, el agua enunciada en el artículo 5º y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6º, al parecer en contradicción con lo dispuesto en el artículo 2º, que señala que el agua es Patrimonio de la Nación, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338, que declara de preferente interés nacional la seguridad de los bienes del dominio público, indica que estos están integrados por las fuentes naturales de agua, los bienes asociados a éstas y la infraestructura hidráulica mayor pública y el numeral 3.1 del artículo 3º de la reglamento de la citada ley, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG, señala que son las fuentes naturales de agua y los bienes naturales asociados al agua los que califican como bienes de dominio público hidráulico, precisando que son ellos los que no pueden ser transferidos bajo ninguna modalidad, ni tampoco se pueden adquirir derechos sobre ellos, con lo que queda claro que el agua, en sí misma, como recurso natural, no es catalogada como un bien de dominio público. Por otro lado, en forma específica, el artículo 44º de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, señala que para usar el recurso agua, salvo el uso primario, se requiere contar con un derecho de uso otorgado por la Autoridad Administrativa del Agua con participación del Consejo de Cuenca Regional o Interregional, según corresponda. Los derechos de uso de agua se otorgan, suspenden, modifican o extinguen por resolución administrativa de la Autoridad Nacional, conforme a ley, precando su artículo 45º que los derechos de uso de agua son los siguientes: 1) Licencia de uso, 2) Permiso de uso y 3) Autorización de uso de agua. Ahora bien, el artículo 20º de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, indica que todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales, y que la retribución económica incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales. Dicha norma agrega que el canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por sus leyes especiales. A su vez el artículo 21º de la anotada norma, dispone que la ley especial dictada para el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural precisa las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, incluyendo los mecanismos de retribución económica al Estado por su otorgamiento, el mantenimiento del derecho de vigencia, las condiciones para su inscripción en el registro correspondiente, así como su posibilidad de cesión entre particulares. Como se puede advertir una de las condiciones del otorgamiento a particulares del derecho a aprovechar económicamente los recursos naturales es el pago al Estado de una retribución económica. En ese orden de ideas, el artículo 90º de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, señala que los titulares de los derechos de uso de agua están obligados a contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de lo siguiente: 1) Retribución económica por el uso del agua; 2) Retribución económica por el vertimiento de uso de agua residual; 3) Tarifa por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales; 4) Tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor; y, 5) Tarifa por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas, precando que el reglamento establece la oportunidad y periodicidad de las retribuciones económicas, las cuales constituyen recursos económicos de la Autoridad Nacional y que los ingresos por los diferentes usos del agua se administran por la Autoridad Nacional de Aguas y se distribuyen de acuerdo con el reglamento, respetando los porcentajes y derechos señalados en esta ley. Además, el artículo 91º señala que la retribución económica por el uso del agua es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen. Se fija por

Handwritten signatures and stamps at the bottom of the page. A central stamp contains the number '008'. The signatures are in various styles, including cursive and block letters.

metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos. Por su parte, el artículo 175° del Reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recurso Hídricos, establece que todos los usuarios del agua están obligados a contribuir económicamente para lograr el uso sostenible y eficiente del recurso hídrico, mediante el pago de las retribuciones económicas y las tarifas que les correspondan conforme a la Ley, al presente Título y a las normas especiales aplicables. El artículo 176° de la citada norma reglamentaria, en consonancia con lo hasta ahora expuesto, dispone expresamente que:

176.1) La retribución económica por el uso del agua, es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. No constituye tributo; 176.2) La Autoridad Nacional del Agua establece la metodología para determinar el valor de las retribuciones económicas por el uso del agua superficial y subterránea. La metodología se aprueba por Resolución Jefatural de la Autoridad Nacional del Agua y se publica en el portal electrónico de dicha Autoridad; 176.3) Los estudios técnico económicos establecerán el valor de las retribuciones económicas aplicables durante un periodo determinado. Dicho valor se aplicará progresivamente por etapas y 176.4) El valor de la retribución económica es aportado por los usuarios de agua en forma diferenciada según el tipo de uso de agua, tomando en cuenta criterios sociales, económicos y ambientales. De esta manera, habida cuenta que en el Perú, los recursos naturales, claramente forman parte del patrimonio del Estado, quien representa a la Nación, la retribución otorgada por su aprovechamiento, sea cual fuere la modalidad por la que se otorgó, calificaría dentro de lo que se conoce en doctrina como ingresos originarios del Estado –y que son los que provienen de sus bienes patrimoniales o de diversos tipos de actividades productivas realizadas por aquél– clasificación que no corresponde a la de los tributos que están comprendidos en los denominados ingresos derivados. En ese sentido, mediante sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC, cuando se refiere al artículo 20° de la Ley N° 26821, se ha indicado que "De conformidad con dicho dispositivo: a) todo aprovechamiento particular de recursos naturales debe retribuirse económicamente; b) la retribución que establezca el Estado debe fundamentarse en criterios económicos, sociales y ambientales; c) la categoría retribución económica puede incluir todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural; d) dentro de los conceptos entendidos como retribución económica, pueden considerarse, por un lado, a las contraprestaciones y, por otro, al derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho; y e) dichas retribuciones económicas son establecidas por leyes especiales." En virtud a lo expuesto y dado que el agua, incluida el agua subterránea, como recurso natural, no es un bien de dominio público sobre el que quepa el cobro de tributos por su aprovechamiento privativo, resulta claro que por ello el Estado obtiene una contraprestación que claramente no califica como un recurso tributario. En este punto creo conveniente señalar, con relación a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 021-81-VC, que con la dación de la Ley N° 29338 y lo dispuesto en su Única Disposición Complementaria Derogatoria, que señala que se derogan el Decreto Ley N° 17752, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Legislativo N° 1007, el Decreto Legislativo N° 1081 y el Decreto Legislativo N° 1083, así como todas las demás disposiciones que se le opongan; además de lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria Final de la misma ley, que señala que las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente, queda claro que aun cuando la Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A., sobre la base de lo dispuesto en el citado Decreto Legislativo N° 148, aún queda encargada de la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, ello no implica que la tarifa que pudiera cobrar tenga naturaleza tributaria, sino que responde a la de una contraprestación por el aprovechamiento de un recurso natural, específicamente una retribución económica por el uso del agua que tuvo su origen en lo dispuesto en la Ley N° 17752, Ley General de Aguas, hoy Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338. En ese orden de ideas, comparto plenamente el criterio expuesto por el Magistrado Landa Arroyo en torno a este tema, en la sentencia recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional, en el sentido que la potestad que tiene SEDAPAL S.A. para cobrar la tarifa bajo estudio, no emana del Decreto Legislativo N° 148 o el Decreto Supremo N° 008-82-VI, sino que la norma que genera o que impone la obligación de pago era la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, hoy Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338. Finalmente, si bien con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185, se deroga expresamente el Decreto Legislativo N° 148 y se indica que SEDAPAL S.A., entre otras Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento - EPS, cobrará la denominada Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas, por el servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas en su ámbito de responsabilidad y se establece además que la retribución económica para el uso de agua subterránea es un recurso de la Autoridad Nacional de Agua - ANA, que será recaudado por SEDAPAL S.A. y entregado a aquella, extendiendo el cobro que venía realizando la citada EPS hasta que la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - SUNASS apruebe la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas, dicha norma no hace más que ratificar el hecho que desde la dación de Ley N° 29338, esta es la norma que en nuestro país regula en forma integral el uso y gestión de los recursos hídricos y determina la naturaleza del cobro de las retribuciones que se pagan

Handwritten signatures and stamps at the bottom of the page. A central stamp contains the number "009".

	<p>por el uso del agua como recurso natural. Por lo expuesto, si bien soy de opinión que este Tribunal carece de competencia para resolver procedimientos relacionados con el cobro que se efectúan por las tarifa por uso de agua subterránea (tarifa de agua subterránea), ello no es solo por lo dispuesto en la propuesta dos. en el sentido que el Decreto Legislativo N° 1185 no le otorga competencias al Tribunal Fiscal para conocer dichos procedimientos, sino porque el cobro en cuestión no tiene naturaleza de tributo desde antes de su entrada en vigencia.</p>
(*****)	<p>Se debe agregar al marco normativo y jurisprudencial de la propuesta 2, a fin de complementar la definición de aplicación ultractiva de las normas, lo siguiente: "Adicionalmente, a fin de complementar la definición jurisprudencial antes glosada, cabe citar a Marcial Rubio Correa(*), según el cual, aplicación ultractiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata." (*)El Título Preliminar del Código Civil, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Novena Edición, enero de 2008, página 49.</p>

Historial del sistema	
<p>mhuaman - 2016-10-07 10:09:18 - 10.6.1.38 ewinstanley - 2016-10-07 10:11:44 - 10.6.1.39 jfuentes - 2016-10-07 10:24:43 - 10.0.14.201 rqueuna - 2016-10-07 10:38:24 - 10.0.14.156 mhiertas - 2016-10-07 10:39:12 - 10.0.14.31 fcasalino - 2016-10-07 10:41:48 - 10.0.14.208 pmelendez - 2016-10-07 10:53:23 - 10.6.1.55 jsarmiento - 2016-10-07 11:06:10 - 10.0.14.72 jpinto - 2016-10-07 12:00:51 - 10.0.14.78 dmunoz - 2016-10-07 12:02:18 - 10.6.1.53 lramirez - 2016-10-07 12:11:50 - 10.0.14.128 lzuniga - 2016-10-07 12:12:01 - 10.0.14.6 sezeta - 2016-10-07 12:12:09 - 10.0.14.70 rbarrantes - 2016-10-07 12:53:15 - 10.6.1.85 gmarquez - 2016-10-07 12:53:41 - 10.6.1.24 rruiz - 2016-10-07 12:55:02 - 10.6.1.84 cterry - 2016-10-07 12:57:04 - 10.6.1.54 villanueva - 2016-10-07 13:12:19 - 10.6.1.70 pvelasquez - 2016-10-07 14:17:23 - 10.0.14.139 zolano - 2016-10-07 14:27:06 - 10.0.14.17 vcastaneda - 2016-10-07 14:37:09 - 10.0.14.26 amflores - 2016-10-07 14:51:18 - 10.0.14.52 cguarniz - 2016-10-07 16:11:32 - 10.6.1.68 gfalconi - 2016-10-07 16:12:26 - 10.0.14.225 </p>	

TEMA:	DETERMINAR SI EL TRIBUNAL FISCAL ES COMPETENTE PARA RESOLVER PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON EL COBRO QUE EFECTUA LA EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA S.A. - SEDAPAL S.A. AL AMPARO DE LA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1185.	
	PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO	
	PROPUESTA 1	PROPUESTA 2
	El acuerdo que se adopta en la presente sesión se ajusta a lo establecido por el artículo 154° del Código Tributario, y en consecuencia, la resolución que se emita debe ser publicada en el diario oficial El Peruano.	El acuerdo que se adopta en la presente sesión no se ajusta a lo establecido por el artículo 154° del Código Tributario.
Vocales		
Barrantes Takata	X	
Casalino Mannarelli	X	
Castañeda Altamirano	X	
Ezeta Carpio	X	
Falconi Sinche	X	
Flores Talavera	X	
Fuentes Borda	X	
Guarniz Cabell	X	
Huaman Sialer	X	
Huertas Lizarzaburu	X	
Marquez Pacheco	X	
Melendez Kohatsu	X	
Muñoz Garcia	X	
Olano Silva	X	
Pinto Valega	X	
Queuña Diaz	X	
Ramirez Mio	X	
Ruiz Abarca	X	
Sarmiento Diaz	X	
Terry Ramos	X	
Velasquez Lopez Raygada	X	
Villanueva Aznaran	X	
Winstanley Patio	X	

Zuñiga Dulanto	X	
TOTAL	24	
Historial del sistema		
rqueuna - 2016-10-07 10:38:44 - 10.0.14.156 jfuentes - 2016-10-07 10:39:05 - 10.0.14.201 mhuertas - 2016-10-07 10:39:17 - 10.0.14.31 fcasalino - 2016-10-07 10:42:04 - 10.0.14.208 mhuaman - 2016-10-07 10:51:10 - 10.6.1.38 ewinstanley - 2016-10-07 10:52:09 - 10.6.1.39 pmelendez - 2016-10-07 10:53:40 - 10.6.1.55 jsarmiento - 2016-10-07 11:06:18 - 10.0.14.72 pvelasquez - 2016-10-07 11:16:47 - 10.0.14.139 gfalconi - 2016-10-07 11:26:01 - 10.0.14.225 dmunoz - 2016-10-07 12:02:32 - 10.6.1.53 vcastaneda - 2016-10-07 12:06:56 - 10.0.14.26 jpinto - 2016-10-07 12:09:57 - 10.0.14.78 lramirez - 2016-10-07 12:12:04 - 10.0.14.128 lzuniga - 2016-10-07 12:12:19 - 10.0.14.6 sezeta - 2016-10-07 12:12:19 - 10.0.14.70 rbarrantes - 2016-10-07 12:54:18 - 10.6.1.85 gmarquez - 2016-10-07 12:54:26 - 10.6.1.24 rruiz - 2016-10-07 12:55:14 - 10.6.1.84 cterry - 2016-10-07 12:57:12 - 10.6.1.54 villanueva - 2016-10-07 13:12:26 - 10.6.1.70 zolano - 2016-10-07 14:27:13 - 10.0.14.17 cguarniz - 2016-10-07 14:42:54 - 10.6.1.68 amflores - 2016-10-07 14:51:34 - 10.0.14.52		

012

Castro Arana, Gina

De: Olano Silva, Zoraida Alicia
Enviado el: viernes, 07 de octubre de 2016 03:59 p.m.
Para: Villanueva Arias, Úrsula; Castro Arana, Gina
Asunto: RV: Voto singular
Datos adjuntos: VOTO SINGULAR SEDAPAL.docx

De: Olano Silva, Zoraida Alicia

Enviado el: viernes, 07 de octubre de 2016 03:58 p.m.

Para: Amico de las Casas, Lorena Maria de los Angeles <lamico@mef.gob.pe>; Barrantes Takata, Rosa <rbarrantes@mef.gob.pe>; Casalino Mannarelli, Fausta <fcasalino@mef.gob.pe>; Castañeda Altamirano, Victor Eduardo <vcastaneda@mef.gob.pe>; Ezeta Carpio, Sergio Pio Victor <sezeta@mef.gob.pe>; Falconi Sinche, Gary Roberto <gfalconi@mef.gob.pe>; Flores Talavera, Ada Maria Tarcila <amflores@mef.gob.pe>; Fuentes Borda, Jesús Edwin <jfuentes@mef.gob.pe>; Guarniz Cabell, Caridad Del Rocio <cguarniz@mef.gob.pe>; Huaman Sialer, Marco Antonio <mhuaman@mef.gob.pe>; Huertas Lizarzaburu, Cristina <mhuertas@mef.gob.pe>; Izaguirre Llampasi, Rossana <rizaguirre@mef.gob.pe>; Licette Zuñiga Dulanto <lzuniga@mef.gob.pe>; Marquez Pacheco, Gabriela Patricia <gmarquez@mef.gob.pe>; Martel Sanchez, Jose Antonio <jmartel@mef.gob.pe>; Melendez Kohatsu, Patricia Jaquelin <pmelendez@mef.gob.pe>; Muñoz Garcia, Doris <dmunoz@mef.gob.pe>; Pinto Valega, Juana Estrella <jpinto@mef.gob.pe>; Queuña Diaz, Raul Nicolas <rqueuna@mef.gob.pe>; Ramirez Mio, Luis <lramirez@mef.gob.pe>; Ruiz Abarca, Roxana Zulema <r Ruiz@mef.gob.pe>; Sarmiento Diaz, Jorge Orlando <jsarmiento@mef.gob.pe>; Sergio Pio Victor Ezeta Carpio <sezeta@mef.gob.pe>; Terry Ramos, Carmen Ines <cterry@mef.gob.pe>; Velasquez Lopez Raygada, Pedro Enrique <pvelasquez@mef.gob.pe>; Villanueva Aznaran, Lily Ana <lvillanueva@mef.gob.pe>; Winstanley Patio, Elizabeth Teresa <ewinstanley@mef.gob.pe>; Zuñiga Dulanto, Licette Isabel <lzuniga@mef.gob.pe>

Asunto: RV: Voto singular

Estimados Vocales:

Adjunto el voto singular del Vocal Velásquez pues según indica en el sistema de votación web no salen sus notas a pie de página

Gracias

Zoraida

De: Velasquez Lopez Raygada, Pedro Enrique

Enviado el: viernes, 07 de octubre de 2016 02:23 p.m.

Para: Olano Silva, Zoraida Alicia <zolano@mef.gob.pe>

Asunto: Voto singular

Zoraida:

Este es mi voto singular con los cambios hechos

A collection of handwritten signatures and initials in black ink, arranged in two rows. The top row contains approximately 12 distinct marks, including some that look like 'A', 'X', 'K', 'V', 'P', 'Q', 'S', and 'Z'. The bottom row contains more signatures, some of which are more elaborate and cursive. A small number '013' is written in the middle of the second row.

VOTO SINGULAR EN PARTE DEL VOCAL VELÁSQUEZ LÓPEZ RAYGADA:

En relación a la aplicación ultractiva de las normas creo conveniente agregar, a fin de complementar la definición presentada en el Marco Normativo y Jurisprudencial, que según Marcial Rubio Correa¹, la aplicación ultractiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata.

Asimismo, en relación a la tarifa de agua subterránea creo conveniente manifestar que:

El inciso c) de la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, señala que la tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

Que la misma Norma II señala que las tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
2. **Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.**
3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

De acuerdo con la clasificación de los tributos propuesta por Geraldo Ataliba², la que se centra en la vinculación del tributo con una actividad estatal, en los tributos vinculados la obligación depende de que ocurra un hecho generador, que es siempre el desempeño de una actuación estatal referida al obligado. Conforme a esta clasificación, serían tributos vinculados, entre otros, la tasa; en tanto que en los tributos no vinculados, en cambio, el hecho generador está totalmente desvinculado de cualquier tipo de actuación estatal, el impuesto será, por lo tanto, un tributo no vinculado.

En efecto, según Geraldo Ataliba: "*En la tasa, la hipótesis es la prestación de un servicio por el Estado, la realización de una obra, la expedición de un certificado, el otorgamiento de una licencia, autorizaciones, etc., que se vinculan a alguien, que es puesto por la ley en la situación de sujeto pasivo del tributo (...) para que se configure una tasa, basta con que la actuación estatal tenga referibilidad... (se refiera concretamente a alguien)*"³.

En nuestro país, el Código Tributario vigente, parece haber recogido el citado fundamento conceptual que subyace al establecimiento de una tasa, dado que la define, en la citada Norma II de su Título Preliminar, como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente, implica que toda tasa siempre tendrá que fundamentarse en la realización de alguna actividad estatal.

Por otro lado, cuando la citada norma define a los derechos, sub especies de las tasas, como las que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos, consideramos que no aludía a los recursos naturales a que se refería el artículo 118° de la Constitución Política del Perú de 1979, constitución con la que se aprobó el texto original de la Norma II del Título Preliminar antes citado, ni alude a los que se refiere el artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993, habida cuenta que los bienes públicos a que se refería la primera de las mencionadas constituciones⁴ y los bienes de dominio y uso público a que hace referencia la segunda⁵, se contemplaban en capítulos distintos al

¹ El Título Preliminar del Código Civil, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Novena Edición, enero de 2008, página 49.

² ATALIBA, Geraldo. "La Hipótesis de incidencia tributaria". Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, 1985. Pág. 37.

³ ATALIBA, Geraldo, op. cit., Págs. 177, 178 y 181.

⁴ El texto vigente que define a las tasas se viene recogiendo desde la vigencia de la Constitución Política del Perú 1979, que hizo referencia a la denominación de "bienes públicos" en su artículo 128° cuando señalaba que "Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados".

⁵ Bienes de dominio y uso público

014

de los recursos naturales en ambas constituciones, otorgándoles reglamentaciones claramente diferenciadas a ambos.

En efecto, con relación a los recursos naturales —como es el agua—, debe indicarse que según el artículo 66° de la Constitución: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”. Por su parte, el artículo 67° señala que: “El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”.

Por su parte, el artículo 73° de la Constitución Política de 1993 señala que: “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico, apreciándose que la norma constitucional distingue entre bienes de dominio público que son susceptibles de uso público y los que no lo son.

Al comentar el artículo 73° de la citada Constitución de 1993, Marcial Rubio Correa⁶, señala que los bienes de uso público son una especie de los bienes de dominio público (que son bienes del Estado y que no pueden salir jurídicamente de su dominio) y que son aquellos destinados a que los use cualquier persona dentro del territorio porque esa es su finalidad; ese es el caso de las calles, las veredas, las carreteras, los parques, entre otros, debiendo indicarse que respecto de tales bienes el Estado realiza una actividad (sea de construcción, mantenimiento, entre otros) a efecto que sean puestos a disposición de toda la comunidad para su uso u aprovechamiento.

En virtud a lo expuesto, podemos concluir que cuando el Código Tributario hace referencia en la citada Norma II al aprovechamiento de bienes públicos, aludiría a los bienes de dominio público que son además de uso público (al poder concederse a particulares conforme a ley para su aprovechamiento económico), siendo además que en consonancia con la propia naturaleza de las tasas sólo podría justificarse el cobro de un derecho por el aprovechamiento especial o utilización privativa de un **bien público** respecto del cual se hubiera realizado una **actividad estatal y que por ende implicara la realización de algún tipo de actividad a favor del beneficiario**, excluyendo claramente a los recursos naturales, que como señala la Constitución no son de dominio público, sino Patrimonio de la Nación.

En ese sentido, cabe precisar que cuando la Constitución establece que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación debemos entender, por un lado, que hace referencia a estos en su fuente y, por otro, que los excluye claramente del dominio público⁷, determinado que el Estado, quien representa política y jurídicamente a la Nación, ejerce sobre ellos un dominio eminential, entendido este como la potestad soberana de decidir la mejor forma en que estos van a ser aprovechados económicamente.

En ese contexto, si bien nuestra Constitución declararí­a implícitamente que respecto de los recursos naturales en su fuente el Estado tiene dominio, este debe ser entendido no como un dominio público, sino como uno eminential, soberano, lo que le permite decidir cómo se pueden aprovechar, incluyendo su concesión a particulares, permitiendo a estos extraer sus frutos, apropiárselos, usarlos y disfrutarlos, es decir les concede el derecho a beneficiarse económicamente con los frutos que se obtenga de su explotación, a cambio de una contraprestación⁸.

Artículo 73°.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

⁶ RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Lima – Perú, Tomo 3, Pág. 388.

⁷ Aun cuando decidiera darle uso público a algunos de ellos en virtud a leyes específicas, como la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, ya que el uso público no es una característica privativa de los bienes de dominio público.

⁸ Situación que no puede presentarse con los bienes de dominio público, habida cuenta que estos no pueden ser apropiados y consumidos exclusivamente por un tercero, excluyendo permanentemente de su uso a los demás, sin antes desafectarse de aquel. Esta característica, es decir, la posibilidad de excluir permanentemente de su uso y/o consumo a otros, es una que comparten muchos recursos naturales, en donde su aprovechamiento económico implica su destrucción y la imposibilidad de ser aprovechados por terceros.

The image shows a collection of handwritten signatures in black ink, arranged in two rows. In the center of the second row, there is a circular stamp containing the number '015'. The signatures are stylized and vary in length and complexity.

De esta manera, cuando el Estado decide sujetar a los recursos naturales a este tipo de aprovechamiento económico, los sujeta, por lo general, a disposiciones similares a las de los bienes privados, obteniendo de ellos beneficios económicos análogos a los que obtendría un particular, por ejemplo, al conceder en usufructo oneroso un bien a terceros, sin perder sobre los recursos naturales, en su fuente, un dominio latente.

En concordancia con las anotadas normas constitucionales el 26 de junio de 1997 se publicó la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, cuyo artículo 1° precisa el ámbito de su aplicación: "La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66° y 67° del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales suscritos por el Perú".

Por su parte, el artículo 3° de la mencionada Ley N° 26821 indica que:

"Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado tales como:

Las aguas: superficiales y subterráneas;

- a) El suelo, el subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- b) La diversidad biológica: como la diversidad de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- c) Los recursos hidrocarboníferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- d) La atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- e) Los minerales;
- f) Los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente ley" (el énfasis es nuestro).

A su turno, el artículo 4° de la misma Ley N° 26821, precisa el ámbito del dominio sobre los recursos naturales, e indica que: "Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos", por lo que la propiedad de los frutos y productos obtenidos conforme a la referida ley orgánica, corresponde a los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

El artículo 19° de la citada norma, establece que los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural, y que en cualquiera de los casos el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

El artículo 23° de la anotada ley, menciona que la concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

Por su parte, el artículo 24° de la aludida norma, señala que las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales, tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable y el artículo 26° precisa que el derecho de aprovechamiento sostenible sobre un recurso natural no confiere derecho alguno sobre recursos naturales distintos al concedido que se encuentren en el entorno.

The bottom of the page contains several handwritten signatures and initials in black ink. On the left, there is a large, stylized signature. To its right are several smaller initials and signatures, including one that appears to be 'A', another 'A', and a circled 'A'. In the center, there is a circled '3' followed by the number '016'. To the right of '016' are more initials, including 'M', 'a', and a large, complex signature that looks like 'P. D. S. R.'. On the far right, there are more initials, including 'H'.

De lo expuesto, se aprecia claramente que en el Perú, los recursos naturales, en su fuente, forman parte del Patrimonio del Nación, no siendo parte de su política ni de las normas que regulan su estatus jurídico, calificarlos como bienes de dominio público. Además se aprecia que para su aprovechamiento, se requiere del otorgamiento a los particulares, por el Estado –titular del dominio de los recursos naturales– mediante alguna de las modalidades de concesión, licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades establecidas en la ley especial, el derecho a aprovecharlos, normas que además establecerán las condiciones, términos, criterios y plazos para su otorgamiento, considerando la particular naturaleza de cada recurso⁹.

En efecto, en línea con lo expuesto, en el inciso a) del numeral 2.2 del artículo 2º del Reglamento de la Ley Nº 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo Nº 007-2008-VIVIENDA, actualmente vigente, se señala que se entiende como: *"Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley"*.

Por su parte, la Ley de Recursos Hídricos, Ley Nº 29338, dispone en el artículo I de su Título Preliminar que dicha norma regula el uso y gestión de los recursos hídricos. Comprende el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a esta. Se extiende al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable y en su artículo 2º señala que el agua constituye Patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua, con lo que ratifica el hecho que el agua, como recurso natural, no es un bien de dominio público.

Si bien el artículo 7º de la citada ley señala que constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la ley, el agua enunciada en el artículo 5º¹⁰ y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6º, al parecer en contradicción con lo dispuesto en el artículo 2º, que señala que el agua es Patrimonio de la Nación, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29338, que declara de preferente interés nacional la seguridad de los bienes del dominio público, indica que estos están integrados por las fuentes naturales de agua, los bienes asociados a éstas y la infraestructura hidráulica mayor pública y el numeral 3.1 del artículo 3º de la reglamento de la citada ley, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2010-AG, señala que son las fuentes naturales de agua y los bienes naturales asociados al agua los que califican como bienes de dominio público

⁹ En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC, se ha señalado que: "(...) resulta obvio que la regulación legal para la concesión a particulares de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales, renovables y no renovables, tiene que ser diversa, según la naturaleza de dichos recursos."

¹⁰ Artículo 5º.- El agua comprendida en la Ley
El agua cuya regulación es materia de la presente Ley comprende lo siguiente:

1. La de los ríos y sus afluentes, desde su origen natural;
2. La que discurre por cauces artificiales;
3. La acumulada en forma natural o artificial;
4. La que se encuentra en las ensenadas y esteros;
5. La que se encuentra en los humedales y manglares;
6. La que se encuentra en los manantiales;
7. La de los nevados y glaciares;
8. La residual;
9. La subterránea;
10. La de origen minero medicinal;
11. La geotermal;
12. La atmosférica; y
13. La proveniente de la desalación.

The bottom of the page contains several handwritten signatures in black ink. In the center, there is a circular stamp with the number '017' inside. To the right of the stamp, there are more handwritten marks and signatures, including what appears to be a large 'M' and some illegible scribbles.

hidráulico, precisando que son ellos los que no pueden ser transferidos bajo ninguna modalidad, ni tampoco se pueden adquirir derechos sobre ellos, con lo que queda claro que el agua, en sí misma, como recurso natural, no es catalogada como un bien de dominio público.

Por otro lado, en forma específica, el artículo 44º de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, señala que para usar el recurso agua, salvo el uso primario¹¹, se requiere contar con un derecho de uso otorgado por la Autoridad Administrativa del Agua con participación del Consejo de Cuenca Regional o Interregional, según corresponda. Los derechos de uso de agua se otorgan, suspenden, modifican o extinguen por resolución administrativa de la Autoridad Nacional, conforme a ley, precizando su artículo 45º que los derechos de uso de agua son los siguientes: 1) Licencia de uso, 2) Permiso de uso y 3) Autorización de uso de agua.

Ahora bien, el artículo 20º de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, indica que todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales, y que la retribución económica incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.

Dicha norma agrega que el canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por sus leyes especiales.

A su vez el artículo 21º de la anotada norma, dispone que la ley especial dictada para el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural precisa las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, **incluyendo los mecanismos de retribución económica al Estado por su otorgamiento**, el mantenimiento del derecho de vigencia, las condiciones para su inscripción en el registro correspondiente, así como su posibilidad de cesión entre particulares.

Como se puede advertir una de las condiciones del otorgamiento a particulares del derecho a aprovechar económicamente los recursos naturales es el pago al Estado de una **retribución económica**.

En ese orden de ideas, el artículo 90º de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, señala que los titulares de los derechos de uso de agua están obligados a contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de lo siguiente: 1) Retribución económica por el uso del agua; 2) Retribución económica por el vertimiento de uso de agua residual; 3) Tarifa por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales; 4) Tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor; y, 5) Tarifa por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas, precizando que el reglamento establece la oportunidad y periodicidad de las retribuciones económicas, las cuales constituyen recursos económicos de la Autoridad Nacional y que los ingresos por los diferentes usos del agua se administran por la Autoridad Nacional de Aguas y se distribuyen de acuerdo con el reglamento, respetando los porcentajes y derechos señalados en esta ley.

Además, el artículo 91º señala que la retribución económica por el uso del agua es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen. Se fija por metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos.

¹¹ Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338

Artículo 36º de.- Uso primario del agua

El uso primario consiste en la utilización directa y efectiva de la misma, en las fuentes naturales y cauces públicos de agua, con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias. Comprende el uso de agua para la preparación de alimentos, el consumo directo y el aseo personal; así como su uso en ceremonias culturales, religiosas y rituales.

Artículo 37º.- Características del uso primario

El uso primario del agua no requiere autorización administrativa y se ejerce por la sola disposición de la Ley. Es inocuo al ambiente y a terceros, no tiene fin lucrativo y se ejerce en forma gratuita por las personas, bajo su propia responsabilidad, restringido solo a medios manuales y condicionado a que:

1. No altere las fuentes de agua en su cantidad y calidad, y
2. No afecte los bienes asociados al agua.

The bottom of the page contains several handwritten signatures in various styles, some appearing to be initials or names. In the center, there is a circular stamp with the number '018' inside. To the right of the stamp, there are more handwritten marks and signatures, including what looks like a date '2.8.2' and other illegible scribbles.

Por su parte, el artículo 175° del Reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recurso Hídricos, establece que todos los usuarios del agua están obligados a contribuir económicamente para lograr el uso sostenible y eficiente del recurso hídrico, mediante el pago de las retribuciones económicas y las tarifas que les correspondan conforme a la Ley, al presente Título y a las normas especiales aplicables.

El artículo 176° de la citada norma reglamentaria, en consonancia con lo hasta ahora expuesto, dispone expresamente que: 176.1) La retribución económica por el uso del agua, es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. **No constituye tributo**; 176.2) La Autoridad Nacional del Agua establece la metodología para determinar el valor de las retribuciones económicas por el uso del agua superficial y subterránea. La metodología se aprueba por Resolución Jefatural de la Autoridad Nacional del Agua y se publica en el portal electrónico de dicha Autoridad; 176.3) Los estudios técnico económicos establecerán el valor de las retribuciones económicas aplicables durante un periodo determinado. Dicho valor se aplicará progresivamente por etapas y 176.4) El valor de la retribución económica es aportado por los usuarios de agua en forma diferenciada según el tipo de uso de agua, tomando en cuenta criterios sociales, económicos y ambientales¹².

De esta manera, habida cuenta que en el Perú, los recursos naturales, claramente forman parte del patrimonio del Estado, quien representa a la Nación, la retribución otorgada por su aprovechamiento, sea cual fuere la modalidad por la que se otorgó, calificaría dentro de lo que se conoce en doctrina como ingresos originarios del Estado –y que son los que provienen de sus bienes patrimoniales o de diversos tipos de actividades productivas realizadas por aquél– clasificación que no corresponde a la de los tributos que están comprendidos en los denominados ingresos derivados.

En ese sentido, mediante sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC, cuando se refiere al artículo 20° de la Ley N° 26821, se ha indicado que *“De conformidad con dicho dispositivo: a) todo aprovechamiento particular de recursos naturales debe retribuirse económicamente; b) la retribución que establezca el Estado debe fundamentarse en criterios económicos, sociales y ambientales; c) la categoría retribución económica puede incluir todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural; d) dentro de los conceptos entendidos como retribución económica, pueden considerarse, por un lado, a las contraprestaciones y, por otro, al derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho; y e) dichas retribuciones económicas son establecidas por leyes especiales.”*

En virtud a lo expuesto y dado que el agua, incluida el agua subterránea, como recurso natural, no es un bien de dominio público sobre el que quepa el cobro de tributos por su aprovechamiento privativo, resulta claro que por ello el Estado obtiene una contraprestación que claramente no califica como un recurso tributario.

En este punto creo conveniente señalar, con relación a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 021-81-VC, que con la dación de la Ley N° 29338 y lo dispuesto en su Única Disposición Complementaria Derogatoria, que señala que se derogan el Decreto Ley N° 17752, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Legislativo N° 1007, el Decreto Legislativo N° 1081 y el Decreto Legislativo N° 1083, así como todas las demás disposiciones que se le opongan; además de lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria Final de la misma ley, que señala que las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente, queda claro que aun cuando la Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A., sobre la base de lo dispuesto en el citado Decreto Legislativo N° 148, aún queda encargada de la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, ello no implica que la tarifa que pudiera cobrar tenga naturaleza tributaria, sino que responde a la de una contraprestación por el aprovechamiento de un

¹² Contra el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, Decreto Supremo N° 001-2010-AG, que señala que la “Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea” no constituye tributo, se planteó una Acción Popular al considerarse que se desconocía el carácter tributario, la cual fue desestimada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Sentencia A.P. N° 141-2014 LIMA, publicada el 19 de junio de 2016), quien consideró que el cobro por el uso del agua constituye una retribución económica, sin que alguna norma legal le haya conferido la calidad de tributo.

The bottom of the page contains several handwritten signatures in black ink. In the center, there is a circular stamp with the number '019' inside. To the right of the stamp, there are more signatures and some faint markings, including what appears to be a date '9' and some illegible characters.

recurso natural, específicamente una retribución económica por el uso del agua que tuvo su origen en lo dispuesto en la Ley N° 17752, Ley General de Aguas, hoy Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338.

En ese orden de ideas, comparto plenamente el criterio expuesto por el Magistrado Landa Arroyo en torno a este tema, en la sentencia recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional, en el sentido que la potestad que tiene SEDAPAL S.A. para cobrar la tarifa bajo estudio, no emana del Decreto Legislativo N° 148 o el Decreto Supremo N° 008-82-VI, sino que la norma que genera o que impone la obligación de pago era la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, hoy Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338.

Finalmente, si bien con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185, se deroga expresamente el Decreto Legislativo N° 148 y se indica que SEDAPAL S.A., entre otras Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento - EPS, cobrará la denominada Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas¹³, por el servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas en su ámbito de responsabilidad¹⁴ y se establece además que la retribución económica para el uso de agua subterránea es un recurso de la Autoridad Nacional de Agua - ANA, que será recaudado por SEDAPAL S.A. y entregado a aquella, extendiendo el cobro que venía realizando la citada EPS¹⁵ hasta que la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - SUNASS apruebe la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas¹⁶, dicha norma no hace más que ratificar el hecho que desde la dación de Ley N° 29338, esta es la norma que en nuestro país regula en forma integral el uso y gestión de los recursos hídricos y determina la naturaleza del cobro de las retribuciones que se pagan por el uso del agua como recurso natural.

Por lo expuesto, si bien soy de opinión que este Tribunal carece de competencia para resolver procedimientos relacionados con el cobro que se efectúan por las tarifa por uso de agua subterránea (tarifa de agua subterránea), ello no es solo por lo dispuesto en la propuesta dos, en el sentido que el Decreto Legislativo N° 1185 no le otorga competencias al Tribunal Fiscal para conocer dichos procedimientos, sino porque el cobro en cuestión no tiene naturaleza de tributo desde antes de su entrada en vigencia.

¹³ El artículo 94° de la Ley N° 29338, señala que la tarifa por el servicio de monitoreo y gestión de las aguas subterráneas es el pago que hacen los usuarios de aguas subterráneas con fines productivos y cuyos fondos se destinan a monitorear el uso de esta agua y el nivel freático, así como para gestionar el uso de esta agua para hacer sostenible su disponibilidad.

¹⁴ La cual será aprobada por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS.

¹⁵ En virtud a la reserva de aguas subterráneas otorgadas en virtud del Decreto Supremo N° 021-81-VC, sin perjuicio de efectuarse el pago de la retribución económica que corresponde a la ANA.

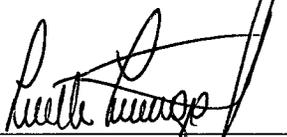
¹⁶ Segunda Disposición Complementaria y Transitoria.

A collection of handwritten signatures and initials in black ink, arranged in two rows. The top row contains several distinct signatures, including one that appears to be '020' and another that looks like 'M'. The bottom row contains more signatures, some of which are more stylized or abbreviated, including one that looks like 'L' and another that looks like 'R'.

III. DISPOSICIONES FINALES:

Se deja constancia que forma parte integrante del Acta el informe que se indica en el punto I de la presente (Antecedentes) y que la presente acta consta de veintidós folios, lo que incluye al reporte del "Sistema de Votación vía Web" así como el correo electrónico y el voto singular mencionados en el referido punto I.

No habiendo otro asunto que tratar, se levantó la sesión iniciándose el trámite de firmas de la presente acta, en señal de conformidad.


Licette Zúñiga Dulanto
17/10/2016

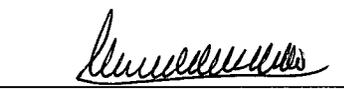

Sergio Ezeta Carpio

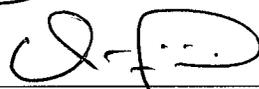

Luis Ramírez Mío


Juana Pinto de Aliaga


Víctor Castañeda Altamirano


Pedro Velásquez López Raygada


Mariella Casalino Mannarelli
17/10/2016


Raúl Queuña Díaz

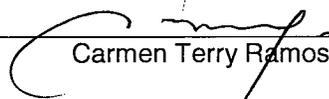

Jorge Sarmiento Díaz


Ada Flores Talavera

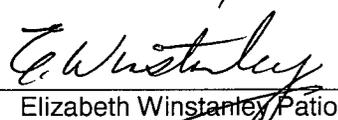

Jesús Fuentes Borda
17/10/2016


Gabriela Márquez Pacheco

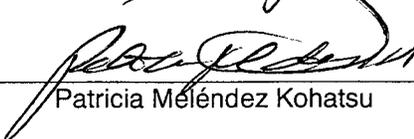

Rosa Barrantes Takata
17/10/2016


Carmen Terry Ramos


Marco Huamán Sialer

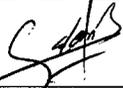

Elizabeth Winstanley Patio


Doris Muñoz García


Patricia Meléndez Kohatsu



Roxana Ruiz Abarca
2/11/2016



Gary Falconí Sinche



Lily Villanueva Azarán
17/10/2016



Cristina Huertas Lizarzaburu
17/10/2016



Caridad Guarníz Cabell



Zoraida Olano Silva

ACTA DE REUNIÓN DE SALA PLENA Nº 2016-20

INFORME DE SALA PLENA

TEMA: DETERMINAR SI EL TRIBUNAL FISCAL ES COMPETENTE PARA RESOLVER PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON EL COBRO QUE EFECTUA LA EMPRESA DE SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA S.A. - SEDAPAL S.A. AL AMPARO DE LA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1185.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 1° del Decreto Legislativo N° 148¹ señaló que las tarifas de agua subterránea, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias, de Lima y Constitucional del Callao, serían aprobadas por decreto supremo y que “*el recurso tributario será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima², constituyendo ingresos propios de ésta*”, y el artículo 3° indicó que las apelaciones a las resoluciones que expida en primera instancia el Gerente de la Empresa de Saneamiento de Lima, serían resueltas en segunda instancia por el directorio de dicha empresa, y en última instancia, por el Tribunal Fiscal, con arreglo al Código Tributario.

Es conforme con las citadas normas que el Tribunal Fiscal ha venido resolviendo los procedimientos relacionados con la “Tarifa de Agua Subterránea”.

Por otro lado, el 16 de agosto de 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1185, cuyo objeto es establecer y regular el “Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas”, y conforme con su artículo 2°, es de aplicación a las EPS que prestan el servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas a mérito de reservas de agua subterránea aprobadas con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 29338³, Ley de Recursos Hídricos, esto es, reservas de agua subterráneas otorgadas, entre otros, a SEDAPAL S.A. (en adelante SEDAPAL) en atención al Decreto Supremo N° 021-81-VC⁴.

El artículo 3° del anotado Decreto Legislativo N° 1185 indica que el mencionado servicio tiene como finalidad cautelar el aprovechamiento eficiente y sostenible del recurso hídrico subterráneo y asegurar la prestación de los servicios de saneamiento, siendo que en tal virtud, las EPS comprendidas en dicha norma se encuentran facultadas, entre otros, para recaudar la “Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea” y efectuar el cobro de la “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas”.

¹ Publicado el 15 de junio de 1981.

² Hoy “Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A.”- SEDAPAL S.A.

³ Publicada el 31 de marzo de 2009.

⁴ Publicado el 23 de junio de 1981. Esta norma dispuso que a fin de asegurar el agua para Lima Metropolitana, se requería la mejor utilización y racional explotación de los recursos de agua subterráneas de los acuíferos de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, y que para tal efecto, se reservaban las aguas subterráneas de los referidos acuíferos en favor de la Empresa de Saneamiento de Lima.



En cuanto a la "Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea", el artículo 91° de la Ley N° 29338⁵ señala que es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen, y es establecida por la Autoridad Nacional del Agua - ANA, y en lo que respecta a la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", el artículo 4° del citado Decreto Legislativo N° 1185 ha dispuesto que es el pago que deben efectuar a favor de las EPS, las personas naturales y jurídicas comprendidas en la citada norma, por la prestación del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas en su ámbito de responsabilidad.

Conforme con la Tercera Disposición Complementaria y Final del anotado Decreto Legislativo N° 1185, los reclamos vinculados a la "Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea" serán resueltos por la ANA, y los referidos a la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea" serán resueltos en primera instancia por la EPS y en última instancia por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos (TRASS) de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

Finalmente, mediante la Única Disposición Complementaria Derogatoria del referido Decreto Legislativo N° 1185, se derogó, entre otros, el Decreto Legislativo N° 148, no obstante, esta disposición en su párrafo final a su vez señaló que: *"La derogatoria a que se refiere la presente disposición no se contrapone con lo previsto por la citada segunda disposición complementaria transitoria"*, la cual estableció que hasta que la SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea"⁶, las personas comprendidas en el Decreto Legislativo N° 1185 continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB S.A. y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor, sin perjuicio de efectuar el pago de la Retribución Económica que corresponde a la ANA.

En este contexto, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185 se han suscitado distintas interpretaciones sobre la competencia del Tribunal Fiscal para resolver los casos referidos con los cobros efectuados por SEDAPAL, pues en atención a lo dispuesto por la referida Segunda Disposición Complementaria Transitoria, SEDAPAL continuará cobrando el concepto que le correspondía en virtud de las reservas de agua subterránea otorgadas a su favor mediante Decreto Supremo N° 021-81-VC, esto es, la "Tarifa de Agua Subterránea" regulada por el Decreto Legislativo N° 148.

En efecto, según una de ellas, conforme con la citada Segunda Disposición Complementaria Transitoria, el Decreto Legislativo N° 148 se aplicará en forma ultraactiva hasta que la SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", por lo que al continuar SEDAPAL cobrando la "Tarifa de Agua Subterránea", el Tribunal Fiscal continúa siendo competente para resolver en última instancia administrativa lo relacionado a dichos cobros. Mientras que según una segunda interpretación, únicamente se habría otorgado ultraactividad a la forma de cálculo de la "Tarifa de Agua Subterránea", lo que no impide al TRASS resolver en última instancia los casos

⁵ De conformidad con la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1185, en los supuestos no previstos por esta norma, serán de aplicación las disposiciones de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

⁶ El artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1185 autoriza a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) para que establezca y apruebe la metodología, los criterios técnicos - económicos y el procedimiento aplicable para determinar la referida "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas".



referidos a los cobros realizados por SEDAPAL, razón por la cual, el Tribunal Fiscal no es competente para ello.

Cabe mencionar que en la actualidad, SEDAPAL viene emitiendo documentos denominados "Resoluciones de Determinación", sustentados en el Decreto Legislativo N° 148 y/o en la Segunda Disposición Transitoria N° 1185 por los periodos agosto de 2015 en adelante, e incluso inicia procedimientos de cobranza coactiva por la deuda contenida en dichos documentos.

Amerita llevar el tema a Sala Plena de conformidad con el artículo 154° del citado código, modificado por Ley N° 30264, según el cual, las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del artículo 102°, las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por ley, siendo que en este caso, en la resolución correspondiente, el Tribunal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el diario oficial "El Peruano".

II. ANTECEDENTES

Los antecedentes normativos y jurisprudenciales pueden ser revisados en los Anexos I y II.

III. PROPUESTAS

3.1 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Según lo previsto por el Decreto Legislativo N° 148⁷, con el objeto de asegurar el suministro de agua para Lima Metropolitana, se reservaron las aguas subterráneas de los acuíferos de las provincias de Lima y Constitucional del Callao en favor de la Empresa de Saneamiento de Lima - ESAL (hoy "Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A." - SEDAPAL S.A., en adelante "SEDAPAL")⁸, y se le encargó a ésta la distribución, manejo y control de dichas aguas, y para tales efectos se le asignó financiamiento a través de la percepción de la "Tarifa de Agua Subterránea".

En efecto, el artículo 1° de dicho decreto legislativo señaló que las tarifas de agua subterránea, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias, de Lima y Constitucional del Callao, serían aprobadas por decreto supremo y que "*el recurso tributario será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima, constituyendo ingresos propios de ésta*"; y el artículo 2° previó que esta empresa quedaba encargada de la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas con fines poblacionales e industriales ya otorgados y

⁷ Publicado el 15 de junio de 1981.

⁸ Reserva que se dio mediante el Decreto Supremo N° 021-81-VC, publicado el 23 de junio de 1981. Esta norma dispuso que a fin de asegurar el agua para Lima Metropolitana, se requería la mejor utilización y racional explotación de los recursos de agua subterráneas de los acuíferos de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, y que para tal efecto, se reservaban las aguas subterráneas de los referidos acuíferos en favor de la Empresa de Saneamiento de Lima.



las que se otorguen en el futuro y de imponer las sanciones que prevé la legislación de aguas por transgresiones de la misma.

Por su parte el artículo 3° del citado decreto legislativo indicó que las apelaciones a las resoluciones que expida en primera instancia el Gerente de la Empresa de Saneamiento de Lima, serían resueltas en segunda instancia por el directorio de dicha empresa, y en última instancia, por el Tribunal Fiscal, con arreglo al Código Tributario.

Es conforme con las citadas normas que el Tribunal Fiscal ha venido resolviendo los procedimientos relacionados con la mencionada "Tarifa de Agua Subterránea".

Por otro lado, el 16 de agosto de 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1185, cuyo objeto es establecer y regular el "Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas" a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha norma.

En el artículo 2° del citado Decreto Legislativo N° 1185 se señala que es de aplicación, entre otras, a las EPS que prestan el servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas a mérito de reservas de agua subterránea aprobadas con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 29338⁹, Ley de Recursos Hídricos, esto es, reservas de agua subterráneas aprobadas a través de: i) Ley N° 23521¹⁰ (Ley por la que se reservan las aguas subterráneas de la cuenca del Río Moche (Trujillo) a favor de SEDAPAT S.A.¹¹), ii) Ley N° 24516¹² (Ley por la que se reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT S.A.¹³), iii) Ley N° 29004¹⁴ (Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516), y iv) Decreto Supremo N° 021-81-VC¹⁵, por el que se reservan las aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de "ESAL". Cabe precisar que con este decreto legislativo se reconoce como operadores del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas tanto a SEDAPAL como a SEDALIB S.A. (en adelante, SEDALIB), quienes tienen la calidad de EPS.

El artículo 3° del anotado Decreto Legislativo N° 1185 indica que el servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las EPS tiene como finalidad cautelar el aprovechamiento eficiente y sostenible del recurso hídrico subterráneo y asegurar la prestación de los servicios de saneamiento, siendo que en tal virtud, las EPS comprendidas en dicha norma se encuentran facultadas, entre otros, para: 1. Recaudar la "Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea" de las personas naturales y jurídicas comprendidas en la citada norma y transferirla a la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y 2. Efectuar el cobro de la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas" a las personas naturales y jurídicas comprendidas en la mencionada norma.

⁹ Publicada el 31 de marzo de 2009.

¹⁰ Publicada el 22 de diciembre de 1982.

¹¹ Hoy "Empresa de Servicio de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de La Libertad S.A." – SEDALIB S.A.

¹² Publicada el 6 de junio de 1986.

¹³ En adelante, "SEDAPAT".

¹⁴ Publicada el 20 de abril de 2007.

¹⁵ Ver Nota 8.



Las personas naturales y jurídicas comprendidas en el Decreto Legislativo N° 1185, tal como lo dispone su artículo 2°, son aquéllas que utilizan las aguas subterráneas con fines distintos a los agrarios dentro del ámbito de responsabilidad de las EPS, cuenten o no con sistemas propios de monitoreo y gestión de dichas aguas.

En cuanto a la “Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea”, el artículo 91° de la Ley N° 29338¹⁶ señala que es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen, y es establecida por la ANA.

En lo que respecta a la “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas”, el artículo 4° del citado Decreto Legislativo N° 1185 ha dispuesto que es el pago que deben efectuar a favor de las EPS, las personas naturales y jurídicas comprendidas en la citada norma, por la prestación del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas en su ámbito de responsabilidad. Asimismo, mediante dicho artículo 4° se autoriza a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) para que establezca y apruebe la metodología, los criterios técnicos - económicos y el procedimiento aplicable para determinar la referida “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas”, los cuales deberán incluir el costo de oportunidad por el uso del recurso, precisándose que dicha tarifa será aprobada por la SUNASS a propuesta de la EPS y será destinada para financiar la ejecución de las medidas y acciones indicadas en el artículo 3° de la mencionada norma.

En atención a lo dispuesto en el citado artículo 4°, la SUNASS emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2016-SUNASS-CD¹⁷, y en su artículo 2° señala que la “Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea” es la contraprestación por el uso del recurso hídrico subterráneo y es determinado por la ANA, y la “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas” es el instrumento económico que permite a la EPS cubrir los costos del servicio y generar los incentivos a los usuarios orientados a cumplir el objetivo del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas.

De otro lado, el artículo 5° del aludido Decreto Legislativo N° 1185 señala que las EPS, a través de un recibo único, recaudarán la “Retribución Económica por el Uso del Agua” y la “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas”, siendo que el primer concepto será transferido por la EPS a la ANA. Agrega este artículo que el recibo único impago genera intereses compensatorios y moratorios, y tiene mérito ejecutivo para su cobranza de acuerdo con el Código Procesal Civil.

Conforme con la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1185, los reclamos vinculados a la “Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea” serán resueltos por la ANA, y los referidos a la “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea” serán resueltos en primera instancia por la EPS y en última instancia por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos (TRASS) de la SUNASS.

¹⁶ De conformidad con la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1185, en los supuestos no previstos por esta norma, serán de aplicación las disposiciones de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

¹⁷ Publicada el 24 de marzo de 2016. Esta resolución aprueba la metodología, criterios técnico-económicos y el procedimiento para determinar la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas a cargo de las EPS habilitadas como operador del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas.



Finalmente, mediante la Única Disposición Complementaria Derogatoria del referido Decreto Legislativo N° 1185¹⁸, se derogó, entre otros, el Decreto Legislativo N° 148, y conforme con lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Final del citado Decreto Legislativo N° 1185, las reservas de agua subterránea aprobadas con anterioridad a la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, señaladas en su artículo 2°, en adelante se rigen por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1185.

Como se aprecia, con el Decreto Legislativo N° 1185 se derogó el Decreto Legislativo N° 148 que establecía la "Tarifa de Agua Subterránea" a favor de SEDAPAL, y se dispuso que las personas naturales y jurídicas que utilicen aguas subterráneas con fines distintos al agrario debían pagar a la EPS que corresponda (que podría ser SEDAPAL) la "Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea" y la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea", debiendo la EPS transferir el primer concepto a la ANA.

Si bien en el Decreto Legislativo N° 148 se señala de manera expresa que la "Tarifa de Agua Subterránea" es un recurso tributario¹⁹, no ocurre lo mismo en el Decreto Legislativo N° 1185 al regularse el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las EPS. No obstante, y respecto de la "Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea", la Corte Suprema, en una Acción Popular, ha señalado que no constituye tributo²⁰.

Ahora bien, no obstante que la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185 derogó el Decreto Legislativo N° 148, el párrafo final de dicha disposición señaló que "La derogatoria a que se refiere la presente disposición no se contrapone con lo previsto por la citada segunda disposición complementaria transitoria".

Al respecto, la referida Segunda Disposición Complementaria Transitoria (titulada "Continuidad de pagos a favor de SEDALIB y SEDAPAL"), prevé que hasta que la SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea", las personas comprendidas en el Decreto Legislativo N° 1185 continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor mediante

¹⁸ A través de esta norma se derogaron las siguientes:

- a) Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de "ESAL", así como el Decreto Legislativo N° 148, Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima.
- b) Los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo), a favor de SEDAPAT.
- c) Los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT.
- d) Los artículos 1 y 3 de la Ley N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516.

¹⁹ De igual manera, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC de fecha 17 de agosto de 2010, señaló que es indiscutible que la "Tarifa de Agua Subterránea" es de naturaleza tributaria, y que se trata de una Tasa-Derecho, puesto que el hecho generador se origina en la utilización de bienes públicos.

²⁰ El artículo 176° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, Decreto Supremo N° 001-2010-AG, aplicable supletoriamente según lo previsto en la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1185, señala que la "Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea" no constituye tributo.

Contra dicha norma se planteó una Acción Popular al considerarse que se desconocía el carácter tributario, la cual fue desestimada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Sentencia A.P. N° 141-2014 LIMA, publicada el 19 de junio de 2016), quien consideró que el cobro por el uso del agua constituye una retribución económica, sin que alguna norma legal le haya conferido la calidad de tributo.



las citadas leyes N° 23521, N° 24516, N° 29004 y el Decreto Supremo N° 021-81-VC, sin perjuicio de efectuar el pago de la Retribución Económica que corresponde a la ANA.

En este contexto, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185 se han suscitado distintas interpretaciones sobre la competencia del Tribunal Fiscal para resolver los casos referidos con los cobros efectuados por SEDAPAL, pues en atención a lo dispuesto por la referida Segunda Disposición Complementaria Transitoria, SEDAPAL continuará cobrando el concepto que le correspondía en virtud de las reservas de agua subterránea otorgadas a su favor mediante Decreto Supremo N° 021-81-VC, esto es, la "Tarifa de Agua Subterránea" regulada por el Decreto Legislativo N° 148²¹.

Al respecto, como se indicó, el citado Decreto Legislativo N° 148 estableció que la "Tarifa de Agua Subterránea" es un recurso tributario y que las apelaciones referidas a esta tarifa serían resueltas en última instancia por el Tribunal Fiscal, y si bien este decreto legislativo fue derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185, esta disposición a su vez estableció que la derogatoria no se contraponía a lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del referido Decreto Legislativo N° 1185.

En ese sentido, es necesario determinar si la citada Segunda Disposición Complementaria Transitoria, al disponer que SEDAPAL puede continuar cobrando la citada tarifa, ha establecido la aplicación ultraactiva del referido Decreto Legislativo N° 148 en todos sus términos hasta que la SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", o si sólo se encuentra referida a la modalidad de cálculo de dicha tarifa pues de concluirse lo segundo, el ente competente para resolver en última instancia administrativa no sería el Tribunal Fiscal sino el TRASS.

De conformidad con el artículo 103° de la Constitución Política del Perú²² la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

Asimismo, según el artículo 109° de la aludida norma constitucional, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Por su parte, la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario prescribe que las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Al respecto, debe indicarse que de acuerdo con el criterio recogido por este Tribunal en las Resoluciones N° 14906-9-2011 y N° 14306-4-2008, entre otras, conforme con lo establecido por los artículos 103° y 109° de la Constitución Política de 1993, la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil²³, las normas rigen a partir del momento

²¹ Similar situación se ha previsto respecto de los cobros realizados por SEDALIB (antes SEDAPAT) respecto de los conceptos que le corresponden en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor mediante las citadas leyes N° 23521, N° 24516, N° 29004, por lo que la conclusión a la que se arribe respecto del cobro del concepto regulado por el Decreto Legislativo N° 148 es aplicable a los cobros que realice SEDALIB.

²² Modificado por la Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004.

²³ Según la cual, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.



en que empieza su vigencia y carecen de efectos retroactivos (antes de dicho momento) y ultraactivos (después de su derogación), adoptándose así el criterio de aplicación inmediata de la norma, según el cual, ésta es aplicable a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia.

En cuanto a la aplicación de la norma en el tiempo, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 0002-2006-PI/TC ha señalado que si bien como regla general las normas rigen a partir de su entrada en vigencia, es innegable que al momento de su aplicación podrían generarse ciertos conflictos, como por ejemplo, cuando una nueva norma empieza a regular una relación o situación jurídica, derogando la anterior, siendo que en algunos casos puede ocurrir que durante cierto período se produzca una superposición parcial entre ambas, produciéndose ciertos efectos ultraactivos de la norma derogada. A fin de resolver este problema, explica el citado tribunal, la doctrina plantea dos posibles soluciones: la teoría de los hechos cumplidos y la teoría de los derechos adquiridos, agregando que nuestro ordenamiento adopta la primera excepto en materia penal cuando favorece al reo, de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes.

Así, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 0008-2008-AI ha indicado que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, siendo que *"la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente –a un grupo determinado de personas– que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente –permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida–; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial"*.

Sobre el particular, en diversas resoluciones del Tribunal Fiscal²⁴, se ha señalado que el artículo 109° de la Constitución, admite excepciones en las que se produce la supervivencia de la ley antigua, siendo que pese a su derogatoria, continúa aplicándose a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su derogación. Asimismo se ha precisado que, de acuerdo al principio de aplicación inmediata de las normas previsto en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, la ley debe ser aplicada a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes no aceptándose en general la ultraactividad de las normas, salvo que sea expresamente contemplada como un régimen transitorio.

De lo expuesto se tiene que, según lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas, éstas se aplican a los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que ocurran mientras aquéllas se encuentran vigentes, debiéndose considerar además que también son aplicables a las consecuencias de los hechos, relaciones o situaciones jurídicas nacidas al amparo de la norma anterior pero que aún se encuentran en proceso de desarrollo al momento de la entrada en vigencia la nueva norma y siempre que no se encuentren consumados; siendo que excepcionalmente, puede admitirse la prevalencia de una norma anterior, a situaciones no consumadas o, que se encontraban en proceso antes de su derogación, siempre que la norma que dispone el nuevo régimen, lo señale taxativamente como un régimen transitorio.

²⁴ Véase, entre otras, a las N° 11368-A-2014, 19516-5-2012, 21261-1-2011 y 5905-7-2013.



3.2 PROPUESTA 1

DESCRIPCIÓN

El Tribunal Fiscal es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A., al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria y la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185.

FUNDAMENTO²⁵

En el supuesto materia de análisis, como se ha señalado, a través de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185, se derogó, entre otras normas, el Decreto Legislativo N° 148 que sustentaba el cobro de la “Tarifa de Agua Subterránea” por parte de SEDAPAL, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, respecto de aguas subterráneas con fines poblacionales e industriales, no obstante, la misma Disposición Complementaria Derogatoria estableció que la derogatoria a que ella se refiere no se contrapone con lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria.

En efecto, como se mencionó, en virtud de lo señalado por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del señalado Decreto Legislativo N° 1185, hasta que SUNASS apruebe la “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas”, las personas comprendidas en el ámbito de esta norma, continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor, esto es, en el caso de SEDAPAL, la tarifa regulada por el Decreto Legislativo N° 148, el cual consideraba a dicho concepto como un recurso tributario y como competente para resolver las apelaciones en última instancia administrativa al Tribunal Fiscal.

Aplicando los criterios planteados y considerando la función que deben cumplir las Disposiciones Complementarias Transitorias en la estructura de las normas jurídicas, se puede concluir que el tratamiento específico a las relaciones o situaciones jurídicas regulado por el Decreto Legislativo N°148 continuará siendo aplicable conforme con la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1185, hasta que SUNASS apruebe la “Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas”, por lo que, todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, como es la competencia del Tribunal Fiscal para resolver apelaciones, deben mantenerse como en el régimen anterior.

Lo señalado se ratifica a partir de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del citado Decreto Legislativo N° 1185, dado que si bien derogó el Decreto Legislativo N° 148, precisó que ello no se contrapone con lo previsto por la citada Segunda Disposición Complementaria Transitoria, esto es, con la aplicación ultraactiva de las normas derogadas.

En efecto, de lo establecido por la Única Disposición Complementaria Derogatoria y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1185, se desprende que su

²⁵ Forma parte del fundamento el punto precedente: Marco Normativo y Jurisprudencial.



objetivo es mantener transitoriamente el régimen legal de los cobros que efectuaba SEDAPAL por las aguas subterráneas otorgadas a su favor, esto es, el cobro de la "Tarifa de Agua Subterránea" establecida por el Decreto Legislativo N° 148, hasta que la SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas". En ese sentido, al mantenerse el derecho de SEDAPAL de cobrar la "Tarifa de Agua Subterránea", se advierte que la precisión hecha en la citada Única Disposición Complementaria Derogatoria alcanza a todas las normas relacionadas con dicho cobro, lo que incluye todos los aspectos del referido Decreto Legislativo N° 148.

Por consiguiente, se considera que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1185 tiene por finalidad mantener la situación jurídica existente en tanto SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", puesto que prevé la continuidad de los pagos a favor de SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor; por lo que durante el período de transitoriedad, la competencia del Tribunal Fiscal se mantiene.

Conforme con lo expuesto, no podría interpretarse que la aplicación ultraactiva a la que se ha hecho referencia está referida únicamente a la manera de calcular la tarifa y su monto, pues ello no ha sido señalado por ningún artículo ni disposición del Decreto Legislativo N° 1185. Además, al titularse la Segunda Disposición Complementaria Transitoria "*Continuidad de pagos a favor de SEDALIB y SEDAPAL*" se desprende que la finalidad de la misma es mantener la situación jurídica existente, tal como se ha señalado.

Ahora bien, en cuanto al período transitorio, según lo señalado por la citada Segunda Disposición Complementaria Transitoria, éste se mantendrá hasta que la SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas" conforme con lo previsto por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1185, el cual establece, entre otras disposiciones, que dicha tarifa será aprobada por la SUNASS a propuesta de la EPS.

Conforme con lo previsto por la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2016-SUNASS-CD, a fin que el Consejo Directivo de la SUNASS emita la resolución aprobando la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas" a favor de la EPS, ésta debe presentar una solicitud de aprobación tarifaria, cumpliendo los requisitos y plazos previstos en dicha resolución de consejo directivo. Luego de declararse admisible la solicitud, y de aprobarse el proyecto de estudio tarifario de la SUNASS que contiene la evaluación técnica de la propuesta tarifaria de la EPS²⁶, el Consejo Directivo de la SUNASS emite la resolución aprobando la citada tarifa, en donde se precisa la fecha a partir de la cual entrará en vigencia. Esta resolución tarifaria es publicada en el diario oficial "El Peruano".

Según lo estipulado por los artículos 8° y 9° de la mencionada resolución de consejo directivo, la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas" tiene una vigencia de 5 años y se aprueba al inicio de cada quinquenio regulatorio, debiendo la EPS depositar mensualmente, en cada uno de los años del período de vigencia, los porcentajes de los ingresos facturados por el servicio

²⁶ Conforme con el Título IV de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2016-SUNASS-CD, la Gerencia de Regulación Tarifaria, luego de declarar la admisibilidad de la solicitud, prepara el proyecto de estudio tarifario. Este proyecto así como el proyecto de resolución tarifaria son publicados en el diario oficial El Peruano y en la página web de la SUNASS. La SUNASS debe convocar a una Audiencia Pública a fin de hacer de conocimiento público el sustento técnico del proyecto de tarifa, pudiendo los interesados además de asistir, presentar comentarios, los cuales son evaluados por la citada Gerencia.



de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas que se establezcan en la respectiva resolución tarifaria.

En atención a las citadas normas, se aprecia que una vez que se emita y publique la resolución que apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas" a cargo de SEDAPAL, finalizará el período transitorio, por lo que a partir de la entrada en vigencia de dicha tarifa ya no se podrá cobrar la "Tarifa de Agua Subterránea" regulada por el Decreto Legislativo N° 148, sin perjuicio que SEDAPAL pueda exigir el pago de la deuda pendiente generada durante la vigencia de esta última norma.

En ese sentido, y teniendo en consideración que la "Tarifa de Agua Subterránea" se determina por metro cúbico de agua consumida y medida cada mes, conforme con lo previsto por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 008-82-VI²⁷, una vez que entre en vigencia la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", SEDAPAL solo podrá exigir el pago de la "Tarifa de Agua Subterránea" por el agua consumida y medida hasta el mes anterior a dicha vigencia.

Por lo expuesto, se concluye que el Tribunal Fiscal es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria y la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185.

3.3. PROPUESTA 2

DESCRIPCIÓN

El Tribunal Fiscal no es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A. por la tarifa que se devenga a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185.

FUNDAMENTO²⁸

En el supuesto materia de análisis, se observa que mediante la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185, se derogó, entre otras normas, el Decreto Legislativo N° 148, que sustentaba el cobro de la "Tarifa de Agua Subterránea", con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao por parte de SEDAPAL. No obstante, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del señalado Decreto Legislativo N° 1185 prevé que hasta que SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", las personas comprendidas en el ámbito de la última norma citada, continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor, esto es, en el caso de SEDAPAL, la tarifa regulada por el Decreto Legislativo N° 148.

Conforme con lo señalado, cuando se deroga una norma, la regla general adoptada por nuestro ordenamiento es que ésta no siga surtiendo efectos a futuro mientras que lo excepcional es que su eficacia continúe en el tiempo, esto es, en forma ultraactiva, lo que debe ser previsto de forma expresa.

²⁷ Publicado el 4 de marzo de 1982. Esta norma reglamenta la "Tarifa de Agua Subterránea" creada por el Decreto Legislativo N° 148.

²⁸ Forma parte del fundamento el punto precedente: Marco Normativo y Jurisprudencial.



En tal sentido, tomando en cuenta dicho carácter excepcional, se considera que en relación con la ultraactividad de una norma, corresponde realizar una interpretación restrictiva.

Por tanto, el Decreto Legislativo N° 1185 tiene por propósito regular un régimen especial de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las EPS (como SEDAPAL) y los cobros relacionados con éstas ("Retribución Económica por el Uso de Agua Subterránea" y "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas"), esto es, un régimen distinto al previsto por el Decreto Legislativo N° 148, motivo por el cual se dispone su derogación.

Como se indicó anteriormente, si bien en el Decreto Legislativo N° 148 se señala de manera expresa que la "Tarifa de Agua Subterránea" es un recurso tributario, no ocurre lo mismo en el Decreto Legislativo N° 1185 al regularse el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las EPS, siendo que respecto de la "Retribución Económica por el Uso de Agua Subterránea" la Corte Suprema, en una Acción Popular, ha señalado que no constituye tributo, y dado que en el Decreto Legislativo N° 1185 no se ha previsto ninguna remisión a las normas del Código Tributario, no corresponde que el Tribunal Fiscal se pronuncie sobre los mencionados cobros.

Al respecto, cabe señalar que si bien el objetivo del Decreto Legislativo N° 1185 es establecer un régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas e implementar los conceptos a ser cobrados, no obstante, a fin de no privar a SEDAPAL de recursos, se dispone que durante un tiempo determinado, esto es, mientras la SUNASS no apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", se continuarán pagando los conceptos a favor de SEDAPAL que le corresponden en virtud de las reservas de aguas subterráneas previstas por el Decreto Supremo N° 021-81-VC.

En tal sentido, conforme con una interpretación restrictiva de la norma que prevé la ultraactividad referida al cobro que realiza SEDAPAL en virtud del Decreto Legislativo N° 148, esto es, en tanto SUNASS no apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", se entiende que dicha transitoriedad únicamente está referida a la forma de cálculo de la tarifa y a su monto mas no a lo previsto por el Decreto Legislativo N° 148 en su integridad, lo que incluye a la competencia del Tribunal Fiscal para emitir pronunciamiento en la vía administrativa.

Es pertinente agregar que si bien la referida Única Disposición Complementaria Derogatoria señala que lo previsto por ésta no se contraponen con lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del mismo decreto legislativo, se advierte que dicha disposición derogatoria hace referencia al Decreto Legislativo N° 148 y al Decreto Supremo N° 021-81-VC, en tanto normas "sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima", lo que reafirma que la ultraactividad está referida a las normas relacionadas con dichos conceptos, esto es, a la aprobación y cobro de las tarifas, y no a lo que preveía el Decreto Legislativo N° 148° en cuanto a la competencia de este Tribunal.

Lo anterior se corrobora además con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1185, que modifica el artículo 1° del Decreto Supremo N° 021-81-VC. Si bien esta modificatoria mantiene la reserva de aguas subterráneas de los acuíferos de las Provincias de Lima y Constitucional del Callao a favor de SEDAPAL, tal como lo establecía el texto original, no obstante, le asigna a SEDAPAL el rol de operador del servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas.



En ese sentido, al señalar la citada Segunda Disposición Complementaria Transitoria que SEDAPAL continuará cobrando los conceptos que le corresponden en virtud de las reservas de aguas subterráneas otorgadas en virtud del Decreto Supremo N° 021-81-VC, debe entenderse que dicho cobro se realiza en virtud de que ahora tiene el rol de operador del servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas, rol para el cual necesita de recursos, y en tanto la SUNASS no apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas", es que se le faculta a seguir efectuando tales cobros. Por tal motivo, no puede interpretarse que estos cobros se realizan al amparo del Decreto Legislativo N° 148.

Es necesario añadir que el Decreto Legislativo N° 1185 ha previsto en forma expresa que el ente competente para resolver en última instancia administrativa es el TRASS, no habiéndose previsto que durante la aplicación de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, el competente para resolver es el Tribunal Fiscal.

En relación con la competencia, MORÓN URBINA explica que a diferencia del derecho privado, en el que la capacidad es la regla general, las competencias públicas mantienen una situación inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, siempre deben contar con una norma que señale su campo atributivo. Así, agrega el citado autor, mientras los sujetos de derecho privado pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que les sea expresamente facultado²⁹.

Complementando lo anotado, al comentar la competencia como requisito de validez del acto administrativo³⁰, el referido autor indica que una de las notas características que inciden en la validez del acto, es el carácter expreso, por el cual debe derivarse de una norma expresa³¹.

Siendo ello así, de la norma bajo análisis no debe inferirse que el Tribunal Fiscal seguirá siendo competente hasta que SUNASS apruebe la "Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas" pues en materia de competencia, en aplicación del citado principio de legalidad, ello debió ser previsto de forma expresa siendo que, como ya se ha señalado, lo regulado por la citada disposición complementaria transitoria está referido exclusivamente a la metodología de aprobación y a la regulación del monto de la indicada tarifa.

En tal sentido, dado que el Decreto Legislativo N° 1185 no confiere en forma expresa competencia al Tribunal Fiscal para resolver durante dicho período, éste no podrá emitir pronunciamiento sobre los procedimientos que se presenten en relación con los conceptos que cobre SEDAPAL durante la aplicación de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del señalado Decreto Legislativo N° 1185.

Por tal motivo, desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185 el Tribunal Fiscal carece de competencia para emitir pronunciamiento sobre los cobros que efectúa SEDAPAL. No obstante, la competencia del Tribunal Fiscal se mantiene respecto de la "Tarifa de Agua Subterránea" generada durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 148.

²⁹ Al respecto, véase: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 2001, Lima, p. 26.

³⁰ Véase el artículo 3° de la Ley N° 27444.

³¹ En este sentido, véase: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Op. Cit.*, p. 69.



Teniendo en consideración que la "Tarifa de Agua Subterránea" se determina por metro cúbico de agua consumida y medida cada mes, conforme con lo previsto por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 008-82-VI³², y dado que el Decreto Legislativo N° 1185 entró en vigencia el 17 de agosto de 2015, se tiene que la competencia del Tribunal Fiscal se mantiene respecto de la "Tarifa de Agua Subterránea" aplicable al agua consumida y medida hasta el mes anterior a dicha vigencia, esto es, por el agua subterránea consumida en el mes de julio de 2015.

Por consiguiente, se concluye que el Tribunal Fiscal no es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL S.A. por la tarifa que se devenga a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185.

IV. CRITERIOS A VOTAR

PROPUESTA 1

El Tribunal Fiscal es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A., al amparo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria y la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185.

PROPUESTA 2

El Tribunal Fiscal no es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL S.A., por la tarifa que se devenga a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185.

³² Publicado el 4 de marzo de 1982. Esta norma reglamenta la "Tarifa de Agua Subterránea" creada por el Decreto Legislativo N° 148.



ANEXO I

ANTECEDENTES NORMATIVOS

CONSTITUCION POLITICA DE 1993

Artículo 103°.- *“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.*

Artículo 109°.- *“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.*

CODIGO CIVIL

Aplicación de la ley en el tiempo

Artículo III.- *“La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”.*

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, DECRETO SUPREMO N° 133-2013-EF.

NORMA X: VIGENCIA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS

“Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

DECRETO LEGISLATIVO 148, NORMAS SOBRE APROBACIÓN Y COBRO DE TARIFAS POR LA EMPRESA DE SANEAMIENTO DE LIMA.

Artículo 1°.- *“Las tarifas de agua subterránea, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, serán aprobadas por Decreto Supremo. El recurso tributario será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima, constituyendo ingresos propios de ésta”.*

Artículo 2°.- *“La Empresa de Saneamiento de Lima, dentro del área citada, queda encargada de la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas con fines poblacionales e industriales ya otorgados y las que se otorguen en el futuro y de imponer las sanciones que prevé la Legislación de Aguas por transgresiones de la misma”.*

Artículo 3°.- *“Las apelaciones a las Resoluciones que expida en primera instancia el Gerente de la Empresa de Saneamiento de Lima, en aplicación del Artículo precedente, serán resueltas en segunda instancia por el Directorio de dicha Empresa, y en última instancia por el Tribunal Fiscal, con arreglo al Código Tributario.”*



Artículo 4.- “Deróguense o modifíquense en su caso las disposiciones que se opongan al presente Decreto Legislativo, que entrará en vigencia a partir del día siguiente a su publicación”.

DECRETO LEGISLATIVO 1185, DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN ESPECIAL DE MONITOREO Y GESTIÓN DE USO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS A CARGO DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO.

Artículo 1°.- Objeto

“El presente Decreto Legislativo tiene por objeto establecer y regular el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente norma”.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación

“El presente Decreto Legislativo es de aplicación a:

a) Las EPS que prestan el servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas a mérito de reservas de agua subterránea aprobadas con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, a través de las Leyes N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo), a favor de la “SEDAPAT”, N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT y N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516, y el Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de “ESAL”.

(...)

c) Las personas naturales y jurídicas que utilizan las aguas subterráneas con fines distintos a los agrarios dentro del ámbito de responsabilidad de las EPS señaladas en los literales precedentes, indistintamente cuenten o no con sistemas propios de monitoreo y gestión de dichas aguas...”.

Artículo 3°.- Servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las EPS

“El servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las EPS tiene como finalidad cautelar el aprovechamiento eficiente y sostenible del recurso hídrico subterráneo y asegurar la prestación de los servicios de saneamiento. En tal virtud las EPS comprendidas en la presente norma se encuentran facultadas para realizar en sus respectivos ámbitos de responsabilidad, las medidas y acciones siguientes: (...)

f) Recaudar la Retribución Económica por el Uso del Agua Subterránea de las personas naturales y jurídicas comprendidas en la presente norma y transferirla a la ANA.

g) Efectuar el cobro de la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas a las personas naturales y jurídicas comprendidas en la presente norma...”.



Artículo 4.- Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas

“4.1 La Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas es el pago que deben efectuar a favor de las EPS, las personas naturales y jurídicas comprendidas en la presente norma, por la prestación del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas en su ámbito de responsabilidad.

4.2 En el marco del presente Decreto Legislativo, autorizase a la SUNASS para que establezca y apruebe la metodología, los criterios técnicos - económicos y el procedimiento aplicable para determinar la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas, los cuales deberán incluir el costo de oportunidad por el uso del recurso.

4.3 La Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas será aprobada por la SUNASS a propuesta de la EPS y será destinada para financiar la ejecución de las medidas y acciones indicadas en el artículo 3 de la presente norma...”.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Reservas de agua subterránea aprobadas con anterioridad a la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos

“Precisase que las reservas de agua subterránea aprobadas con anterioridad a la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, señaladas en el literal a) del artículo 2 de la presente norma, en adelante se rigen por las disposiciones del presente Decreto Legislativo”.

Segunda.- Reconocimiento como Operadores del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas y adecuación

“Reconózcase como Operadores del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a:

a) Empresa de Servicio de Agua Potable Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) en los acuíferos de la provincia de Lima y Constitucional del Callao.

b) Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad Sociedad Anónima (SEDALIB S.A.) en los acuíferos de las provincias de Chepén, Ascope y Trujillo del departamento de La Libertad.

c) La(s) EPS que asuma(n) competencia en la provincia de Pacasmayo del departamento de La Libertad, de conformidad con las disposiciones de la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento y sus normas complementarias.

Las EPS mencionadas en el párrafo anterior deberán adecuar sus respectivos procedimientos a la presente norma y a las disposiciones que emitan la ANA y la SUNASS.

El reconocimiento efectuado mediante la presente disposición no exime a las EPS del pago de la Retribución Económica por uso de agua superficial, subterránea y por vertimiento de agua residual tratada. Tampoco exime a las EPS o personas comprendidas en el ámbito del presente decreto



legislativo de tramitar los correspondientes derechos de uso de agua cuando corresponda en el marco de lo establecido en la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

Tercera.- Facultades de la ANA y la SUNASS en la aplicación del presente Decreto Legislativo

"...Los reclamos vinculados al cobro de la Retribución Económica por el Uso del Agua serán resueltos por la ANA y los referidos a la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Agua Subterránea serán resueltos en primera instancia por la EPS y en última instancia por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos (TRASS) de la SUNASS..."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Segunda.- Continuidad de pagos a favor de SEDALIB y SEDAPAL

"Hasta que la SUNASS apruebe la Tarifa por Gestión y Monitoreo de Uso de Aguas Subterráneas señalada en el artículo 4 de la presente norma, las personas comprendidas en el presente decreto legislativo continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor mediante las leyes N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo) a favor de SEDAPAT, N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo a favor de SEDAPAT y N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516 y el Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan las aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de "ESAL" sin perjuicio de efectuar el pago de la Retribución Económica que corresponde a la ANA".

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Derogación expresa

"Deróganse expresamente los dispositivos siguientes:

- a) Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de "ESAL", así como el Decreto Legislativo N° 148, Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima.*
- b) Los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo), a favor de la "SEDAPAT".*
- c) Los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT.*
- d) Los artículos 1 y 3 de la Ley N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516.*

La derogatoria a que se refiere la presente disposición no se contrapone con lo dispuesto en la segunda disposición complementaria transitoria.



DECRETO SUPREMO N° 021-81-VC, Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de "ESAL"

Artículo 1°.- "Reservar las aguas subterráneas de los acuíferos de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, en favor de la Empresa de Saneamiento de Lima, con excepción de los usos ya otorgados y en vía de regularización".

Artículo 1°.- "Resérvese, con excepción de las dedicadas o por dedicarse a fines agrarios, las aguas subterráneas de los acuíferos de la provincia de Lima y Constitucional del Callao, a favor de la Empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima- SEDAPAL S.A. en mérito de lo cual ejercerá el rol de operador del servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas de dichas aguas"³³.

DECRETO SUPREMO N° 008-82-VI, Aprueban como tarifa inicial el porcentaje mínimo propuesto por "SEDAPAL"

Artículo 1.- "Las personas naturales o jurídicas que con fines de consumo doméstico, comercial o industrial utilicen agua extraída mediante pozos tubulares, en la jurisdicción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, abonarán por este concepto un monto equivalente al 20% de las tarifas de agua que, para estos fines, SEDAPAL tenga establecidas para los servicios de agua conectados al sistema que administra"³⁴.

Artículo 2.- "El monto señalado en el artículo 1 se calculará por metro cúbico de agua consumida y medida cada mes, para lo cual SEDAPAL instalará medidores en los pozos tubulares que se exploten".

Artículo 4.- "SEDAPAL emitirá los correspondientes recibos conjuntamente con la facturación ordinaria por tarifas de los servicios que presta, pero los contabilizará y registrará en forma diferenciada, en los cuales consignará el concepto "Tarifa Agua Subterránea - Decreto Legislativo N° 148". La presente tarifa tiene vigencia a partir del 1 de febrero de 1982 y será administrada por la Empresa SEDAPAL".

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 007-2016-SUNASS-CD, Aprueban Metodología, Criterios Técnico-Económicos y Procedimiento para determinar la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas a cargo de las EPS habilitadas como operador del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas

Artículo 5.- Metodología para la determinación de la Tarifa

"La Tarifa se determinará en base a la información de demanda de las aguas subterráneas y de los costos económicos de largo plazo en los que incurre la EPS para la prestación del Servicio. El concepto de largo plazo implica un horizonte de 30 años.

³³ Texto según modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1185.

³⁴ De conformidad con el Decreto Supremo N° 060-83-VI, publicado el 27 agosto 1983, se aclara el presente artículo, en el sentido que el 20% de las tarifas de agua a que alude, está referido al total de la tarifa de agua y alcantarillado vigente para los usuarios conectados a la red pública de abastecimiento de agua potable, en el ámbito jurisdiccional de SEDAPAL S.A., en el rango, clase y categoría tarifaria aplicable en cada caso según se trate de uso doméstico, industrial o comercial, sin perjuicio del cobro del íntegro de la parte que corresponda por concepto de alcantarillado.



Se considerarán los costos de inversión, operación y mantenimiento del Componente de Monitoreo de Aguas Subterráneas y del Componente de Gestión de Aguas Subterráneas, debiéndose identificar los costos directamente atribuibles a cada uno de estos componentes, los costos compartidos entre ambos Componentes y la porción de los costos comunes de la EPS asignada al Servicio. En caso el regulador no cuente con información que le permita determinar los Costos del Servicio podrá recurrir a otras metodologías tarifarias, como el benchmarking.

De ser el caso, como parte de los Costos del Servicio se reconocerá la porción del valor de reposición de los activos existentes que sirven para prestar el Servicio y que han sido contemplados en el estudio tarifario vigente de la EPS que corresponde a los servicios de saneamiento, así como sus respectivos costos de operación y mantenimiento.

Los ingresos que obtenga la EPS como consecuencia de dicho reconocimiento en la Tarifa se depositarán en un fideicomiso u otro mecanismo financiero, conforme a lo que establezca la resolución tarifaria correspondiente. Dichos recursos se destinarán al financiamiento de futuras inversiones en infraestructura o para financiar mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos vinculados a la prestación de los servicios de saneamiento, no incluidos en el plan de inversiones referencial vigente y que serán presentados por la EPS a la SUNASS previo a su ejecución”.

Artículo 8.- Vigencia y reajuste por inflación de la Tarifa

“La Tarifa tendrá una vigencia de 5 años y se aprobará al inicio de cada quinquenio regulatorio, conjuntamente con la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión de los servicios de saneamiento de aquellas EPS que cuenten con título habilitante de Operador del Servicio.

La EPS debe reajustar la Tarifa por efecto de la inflación de acuerdo a lo establecido en el Título 5 “Ajuste por Inflación de las tarifas por servicios de saneamiento y de los precios de los servicios colaterales” del Reglamento General de Tarifas, en lo que resulte aplicable al Servicio...”

Artículo 20.- Resolución que aprueba la Tarifa

“En el plazo de 40 días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo señalado en el artículo anterior, el Consejo Directivo deberá emitir la resolución que aprueba la Tarifa, precisando la fecha a partir de la cual entrará en vigencia. La referida resolución se publicará en el diario oficial El Peruano”.



ANEXO II

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC)

STC recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC

“Naturaleza de la denominada tarifa de agua subterránea

7. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la “tarifa de agua subterránea”. Por ello, consideramos apropiado hacer algunas reflexiones sobre dicho tema. La entidad demandante inicialmente ha alegado que lo estipulado en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 148 era un impuesto ya que no implicaba contraprestación estatal alguna. De otro lado, la parte demandada argumentaba que se trataba de una Tasa-Derecho, por cuanto el hecho generador es el uso o el aprovechamiento de un bien público, como lo es el agua subterránea. Por su parte, el ad quem sostiene que se trata de un recurso financiero del Estado.

8. A nuestro juicio, es indiscutible que la “tarifa de agua subterránea” es de naturaleza tributaria y, en virtud de ello, de acuerdo a lo establecido por el artículo 74° de la Constitución, dicho cobro está sometido a la observancia de los principios constitucionales que regulan el régimen tributario, como lo son los de reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y respeto a los derechos fundamentales.

9. Lo anteriormente se sustenta en la propia definición de lo que técnicamente se entiende por tributo, que aun cuando de modo expreso no haya sido recogida en nuestra legislación, no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina. Así, en la STC 3303-2003-AA/TC (fundamento 4), este Tribunal ha recogido la definición en la que se establece que el tributo es la “obligación jurídica pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley” [ATALIBA, Geraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987, p. 37]. En efecto, la denominada tarifa se configura como un mandato legal impuesto a quienes incurran en el hecho generador del tributo.

La tarifa de agua subterránea en la clasificación de tributos

10. Debe ahora dilucidarse qué tipo de tributo es la referida tarifa de agua subterránea, lo que no responde a un prurito teórico, sino más bien a especificaciones y consecuencias prácticas que se desprenden de cada una de estas especies de tributos. Así, la Norma II del Código Tributario establece que los Tributos comprenden los Impuestos, Contribuciones y Tasas. El Impuesto es el “tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa a favor del contribuyente por parte del Estado”. De otro lado, la Tasa es aquel tributo “cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente”. Dentro de las Tasas se distingue a los Arbitrios, Derechos y Licencias. Los Derechos “son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos”.

11. Si bien la demandante ha alegado que se trata de un impuesto, Sedapal alega que se trata de una Tasa-Derecho. En nuestra opinión se trata de una Tasa-Derecho, puesto que el hecho generador se origina en la utilización de bienes públicos. En efecto, tal como se estableció en el artículo 1 del Decreto



Ley 17752, Ley General de Aguas, "Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible". Se trata, pues, de un recurso natural, tal como se ha establecido en el artículo 3, literal a), de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N.º 26821), que considera recursos naturales a todo componente de la naturaleza que puede ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, como lo son las aguas superficiales y subterráneas. Y es que ello, en realidad, no es más que la concretización del artículo 66º de la Constitución, que establece: "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento". En ese sentido, los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce."

STC recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC

"§ Aplicación de las normas en el tiempo (principio de irretroactividad de las normas)

10. En nuestro ordenamiento jurídico existen límites, tanto constitucionales como legales, para la aplicación de las normas. Respecto de los límites constitucionales, los artículos 103 y 109 de la Ley Fundamental señalan, respectivamente:

(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo[3].

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

La vigencia de las normas tributarias también se regula por el artículo X del Título Preliminar del Código Tributario, en los siguientes términos:

Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

11. Conforme a la normativa expuesta, es posible inferir que, como regla, las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigencia y carecen de efectos retroactivos. Si bien esta regla resulta bastante clara, es innegable que al momento de su aplicación podrían generarse ciertos conflictos; por ejemplo, cuando una nueva norma entra a regular una relación o situación jurídica, derogando la norma reguladora anterior, suele suceder que durante cierto período se produce una superposición parcial entre la antigua y la nueva norma. Es decir, la nueva norma podría desplegar cierto grado de efectos retroactivos y, a su vez, la norma derogada podría surtir efectos ultraactivos. A fin de resolver este problema, la doctrina plantea dos posibles soluciones radicalmente diferentes: la teoría de los hechos cumplidos y la teoría de los derechos adquiridos (denominadas también teoría del efecto inmediato y teoría de la ultraactividad o de la supervivencia de la ley antigua[4], respectivamente).

Diez-Picazo, refiriéndose a la primera teoría, sostiene que "en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad. Ello no entraría en colisión con la norma de



conflicto de no presunción de retroactividad, porque la aplicación de una ley a situaciones aún vivas y con efectos *ex nunc* no implicaría, en puridad de conceptos retroactividad alguna". Y, respecto a la segunda teoría, explica: "(...) la eficacia normal de la ley se despliega únicamente pro futuro, es decir, con respecto a las situaciones que nazcan con posterioridad a su entrada en vigor. La ley nueva, por consiguiente, no es de aplicación –salvo que se prevea su propia retroactividad– a las situaciones todavía no extinguidas nacidas al amparo de la ley antigua"[5].

12. En relación con lo anterior, este Tribunal ha dicho que "(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes" (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma tributaria en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas".

STC recaída en el Expediente N° 0008-2008-PI/TC

71. En primer lugar es necesario señalar que el demandante parte de la proposición errónea de considerar que nuestro ordenamiento jurídico se rige bajo la teoría de los derechos adquiridos, cuando nuestra propia Carta Magna en su artículo 103° dispone que "(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)".

72. En ese sentido, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que "(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes" (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas"[22]. (subrayado agregado)

73. Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando determinó que "(...) la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente –a un grupo determinado de personas– que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente –permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial (...) "[23]. (subrayado agregado)

74. Por ende, sólo es de aplicación la teoría de los derechos adquiridos a los casos expresamente señalados en la Constitución. En nuestra Carta Magna no se encuentra disposición alguna que ordene la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos a los casos referidos a la sucesión normativa en materia laboral, por lo que no existe sustento constitucional alguno que ampare lo alegado por el demandante respecto a la supuesta vulneración de sus derechos adquiridos, resultando inconsistentes sus alegatos".



RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL (RTF)

RTF N° 14906-9-2011 (06-09-2011)

"Al respecto, debe indicarse que de acuerdo con el criterio recogido por este Tribunal en Resoluciones tales como las N° 09050-5-2004 y 14306-4-2008, conforme con lo establecido por los artículos 103° y 109° de la Constitución Política de 1993, la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, las normas rigen a partir del momento en que empieza su vigencia y carecen de efectos tanto retroactivos (antes de dicho momento) como ultractivos (con posterioridad a su derogación), adoptándose así el criterio de aplicación inmediata de la norma, es decir, ésta es aplicable a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia.

Al respecto, Marcial Rubio³⁵ señala que "(...) cuando los hechos, situaciones o relaciones hayan ocurrido o tenido inicio antes de "Q"³⁶ para tener consecuencias luego de dicho momento, regirá el principio de aplicación inmediata, es decir, las consecuencias previstas para momentos posteriores a "Q" se rigen por las nuevas normas", "cuando se iniciaron durante la vigencia de la normatividad anterior y siguen existiendo o produciendo efectos durante la nueva, rige la teoría de los hechos cumplidos lo que equivale a decir: lo ocurrido con anterioridad a "Q" se ha regido por la normatividad anterior y no procede aplicación retroactiva de la nueva; lo que ocurre de "Q" en adelante, se rige por el principio de la aplicación inmediata de la nueva normatividad (...), y "cuando se tuvo acceso a una facultad de acuerdo a la normatividad anterior, y la nueva la recorta, retira o prohíbe, a partir de "Q" rige la aplicación inmediata de la nueva normatividad, es decir, que la facultad queda recortada, retirada o prohibida".

Así se tiene que, tal como se establece en nuestro ordenamiento jurídico y en doctrina, de acuerdo con el principio de aplicación inmediata de las normas, los requisitos establecidos por el artículo 74° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, según texto modificado mediante Decreto Supremo N° 194-99-EF, a efectos de la imputación de las pérdidas tributarias provenientes de un proceso de reorganización de sociedades o empresas, deben aplicarse a los hechos ocurridos, así como a las consecuencias de hechos anteriores que se produzcan a partir de la vigencia de la referida norma, esto es, desde el 1 de enero de 2000. Siendo así, los referidos requisitos resultan aplicables a la imputación del saldo de las pérdidas transferidas para la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio 2000".

RTF N° 11368-A-2014 (18-09-2014)

"Que en cuanto a la Ultractividad de la Ley, se debe tener en cuenta que el artículo 109° de la Constitución, admite excepciones en los que se produce la supervivencia de la ley antigua en razón a la existencia de una relación jurídica (administrativa – sancionatoria) constituida durante su vigencia, y cuyos procedimientos y efectos corresponden al régimen anterior, y que es totalmente incompatible con el entrante, por lo que las normas que sostienen el nuevo régimen no resultan aplicables al procedimiento iniciado conforme al régimen antiguo, dado que regulan un vínculo jurídico distinto, lo que provoca la ultractividad de la ley antigua, el Decreto Supremo N° 005-96-EF;

³⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Biblioteca "Para Leer el Código Civil III". Volumen III, Título Preliminar. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima2001. Pág. 77.

³⁶ Entendido como el punto de quiebre en que la nueva disposición entra en vigencia y deroga la anterior.



por tanto pese a la derogatoria de la referida norma, continúa aplicándose a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su derogación;"

RTF N° 19516-5-2012 (23-11-2012)

"Que por su parte, la Norma X del Título Preliminar del Texto Único Ordenado Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, establece que los reglamentos rigen desde la entrada en vigencia de la ley reglamentada, y cuando se promulguen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, rigen desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria del propio reglamento, lo cual recoge también el principio de aplicación inmediata de las normas.

Que tal como se ha señalado en diversas resoluciones de este Tribunal tales como la N° 0977-2-2001 y 01224-5-2002, entre otras, de acuerdo al principio de aplicación inmediata de las normas previsto en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, la ley debe ser aplicada a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes no aceptándose en general la ultractividad de las normas, salvo que sea expresamente contemplada como un régimen transitorio".

