



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Pleno. Sentencia 115/2024

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de febrero de 2024, en sesión de Pleno Jurisdiccional, los magistrados Morales Saravia (presidente), Pacheco Zerga (vicepresidenta), con fundamento de voto que se agrega, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez, Ochoa Cardich y Hernández Chávez, con fundamento de voto que se agrega, han emitido la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Sociedad Minera El Brocal S.A.A. contra la Resolución 5<sup>1</sup>, de fecha 19 de abril de 2022, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

#### Demanda

Con fecha 12 de mayo de 2014, Sociedad Minera El Brocal S.A.A., interpone demanda de amparo<sup>2</sup> contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Ministerio de Energía y Minas (Minem) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin). Solicita la inaplicación del Decreto Supremo 128-2013-PCM, mediante el cual se aprueba el Aporte Por Regulación (APR) del sector minero a Osinergmin, que se deje sin efecto la Declaración Jurada del APR, correspondiente a los periodos 1-2014 y 2-2014 y que se ordene la devolución de dichos aportes, con sus respectivos intereses. Asimismo, solicitó la inaplicación de cualquier acto, resolución oficio, etc., que, en ejecución del cuestionado decreto supremo, se hubiera emitido o practicado, más el pago de costas y costos. Denuncia la vulneración del derecho fundamental a la propiedad y de los principios de reserva de ley y de no confiscatoriedad, preceptuado en el artículo 74 de la Constitución.

---

<sup>1</sup> Cfr. Fojas 593.

<sup>2</sup> Cfr. Fojas 148.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

La demandante manifiesta que el Decreto Supremo 128-2013-PCM vulnera el referido principio, en su aspecto cualitativo<sup>3</sup>, debido a que está desnaturalizando lo dispuesto en la Ley 29901, que precisa competencias del Osinergmin, ya que se ha determinado una cuantía de aporte por regulación minera, sin considerar que dicha ley incluye únicamente actividades de supervisión y fiscalización, mas no el presupuesto para el sostenimiento institucional de dicho organismo<sup>4</sup>, con lo cual, también se estarían incrementando ingresos del tesoro público en perjuicio de la Sociedad Minera El Brocal S.A.A.

Alega que el costo de las acciones por fiscalización en el ámbito minero debe ser acorde con lo que históricamente se venía pagando por concepto del arancel de fiscalización minero (AFM), que era cobrado en función del costo real de la actividad financiada (supervisión y fiscalización de las actividades mineras bajo su ámbito); sin embargo, a través de APR se pretende cubrir otros gastos propios del sostenimiento institucional de Osinergmin, lo cual desnaturaliza y distorsiona los alcances del APR, y excede lo requerido efectivamente por la emplazada, pues recauda el doble de lo que necesita para el cumplimiento de sus fines, lo cual contraviene los principios invocados.

### **Auto de admisión a trámite**

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 1, de fecha 9 de junio de 2014<sup>5</sup>, admite a trámite la demanda de amparo.

### **Contestaciones de la demanda**

La Presidencia del Consejo de Ministros, a través de su procurador público, con fecha 27 de agosto de 2014, formula excepciones y contesta la demanda<sup>6</sup>. Propone la excepción de incompetencia por razón de materia, debido a que la controversia debe ser analizada en un proceso de acción popular; y la excepción de falta de agotamiento de la vía previa,

---

<sup>3</sup> Cfr. Fojas 104.

<sup>4</sup> Cfr. Fojas 165.

<sup>5</sup> Cfr. Fojas 176.

<sup>6</sup> Cfr. Fojas 182.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

porque la demandante debió acudir a un procedimiento administrativo. Asimismo, solicita que la demanda sea declarada improcedente o, en su defecto, infundada, aduciendo que el decreto supremo cuestionado no es de carácter autoaplicativo; es decir, no es de eficacia inmediata.

Por su parte, el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de su procurador público, con fecha 1 de setiembre de 2014 formula excepciones y contesta la demanda<sup>7</sup>. Duce la excepción de falta de legitimidad pasiva del demandado, ya que la norma cuestionada no ha sido aprobada por el Ministerio que representa; y la excepción de prescripción, pues la norma se publicó el 19 de diciembre de 2013 y la demanda se interpuso el 12 de mayo de 2014, excediendo el plazo de 60 días conforme al artículo 44 del Código Procesal Constitucional (vigente en su momento). También solicita que la demanda sea declarada improcedente, en aplicación de los incisos 1 y 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional del 2004, por considerar que lo que en realidad pretende la parte demandante es que se deje sin efecto el APR bajo la pretensión de que se inaplique el Decreto Supremo 128-2013-PCM, pretensión que no está referida en forma directa al contenido constitucional del derecho y los principios invocados; existe para ello, además, una vía igualmente satisfactoria.

Por su parte, el Ministerio de Energía y Minas, por intermedio de su procuradora pública, con fecha 12 de setiembre de 2014 contesta la demanda<sup>8</sup>. Solicita que sea declarada infundada o, en su defecto, improcedente. Afirma que el decreto supremo cuestionado no es de carácter autoaplicativo y, además, que existe una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado como es la acción popular.

El Osinergmin, a través de su apoderado judicial, con fecha 11 de setiembre de 2014, contesta la demanda de amparo<sup>9</sup>, solicitando que sea declarada infundada. Duce la nulidad del auto de calificación, pues considera que la demanda de amparo no es la vía para cuestionar una norma autoaplicativa; propone las excepciones de incompetencia en razón

---

<sup>7</sup> Cfr. Fojas 226.

<sup>8</sup> Cfr. Fojas 255.

<sup>9</sup> Cfr. Fojas 266.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

de materia, porque la controversia no es una que se deba dilucidar en la vía del amparo, sino en un proceso de acción popular, de conformidad con el artículo 200, inciso 5 de la Constitución, ya que lo que se pretende es una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma de manera abstracta; de falta de legitimidad para obrar activa, ya que la empresa demandante es un sociedad comercial que realiza actividades lucrativas propias de la industria minera, de tal forma que la pretensión que está haciendo valer es de índole patrimonial; y de prescripción, pues considera que el plazo para interponer el amparo ya venció. Asimismo, asevera que lo que realmente persigue la parte demandante es eludir el pago de la aportación ordenada<sup>10</sup> por mandato de las Leyes 27332, 27699 y 29901, utilizando para ello el sofisma de la “no confiscatoriedad”, lo que es un dislate jurídico, por cuanto conllevaría el menoscabo de la supervisión y fiscalización de las actividades mineras que, por mandato constitucional y legal las realiza el Estado peruano, por medio del organismo regulador.

### **Resolución de primera instancia**

Con Resolución 4, de fecha 6 de julio de 2015<sup>11</sup>, el Noveno Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara infundadas las excepciones y saneado el proceso. Asimismo, mediante Resolución 11, de fecha 22 de enero de 2019<sup>12</sup>, declara infundada la demanda de amparo, por estimar que el decreto supremo cuestionado no crea un nuevo tributo, sino que determina la alícuota del aporte de regulación bajo los parámetros establecidos en la Ley 27331. Aduce que los alegatos que hace la parte demandante, de que se pretende financiar el sostenimiento institucional, no tienen sustento legal, ya que la normativa es clara al señalar cuál será la aplicación de dicha contribución. Agregó que la Sociedad de Minería, Petróleo y Energía (sociedad distinta a la demandante) acudió al proceso de acción popular y demandó la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 128-2013-PCM, por supuesta infracción de los principios constitucionales de reserva de ley y no confiscatoriedad; sin embargo, mediante sentencia emitida en el Expediente 5260-2015, publicada en el diario *El Peruano* el 10 de marzo de 2017, dicha demanda fue declarada infundada, decisión

---

<sup>10</sup> Cfr. Fojas 280.

<sup>11</sup> Cfr. Fojas 335.

<sup>12</sup> Cfr. Fojas 506.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

que fue confirmada por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

### **Resolución de segunda instancia**

A su turno, la Sala superior revisora, mediante Resolución 5<sup>13</sup>, de fecha 19 de abril de 2022, confirma la apelada basándose en que los decretos supremos que regulan el APR tienen sustento legal, por lo que no se vulnera el principio de legalidad. Sostiene que se ha cumplido con respetar el tope máximo fijado en 1.00 % (uno por ciento), tal como se precisó en la Sentencia 02168-2016-PA/TC, y que el APR se calcula sobre la base de la facturación mensual de la empresa minera, deduciendo a ello el impuesto general a las ventas y el impuesto de promoción municipal, por lo cual no se ha vulnerado el principio de no confiscatoriedad ni el derecho a la propiedad. Finalmente, arguye que el APR se restringe solo a labores de supervisión y fiscalización de la actividad minera.

### **FUNDAMENTOS**

#### **Cuestión previa**

1. Tomando en cuenta la naturaleza autoaplicativa de la norma en cuestión, pues a través de ella se ha regulado el porcentaje de una contribución que afectaría directamente a los intereses de la parte recurrente, corresponde efectuar un análisis de fondo de la cuestión controvertida, no sólo porque los hechos y el petitorio inciden en el contenido constitucionalmente protegido del principio constitucional invocado en autos —principio de no confiscatoriedad—, sino además porque, pese a que se exige un control de la constitucionalidad de una norma a efectos de lograr su inaplicación en un caso concreto, el análisis sobre dicha norma es principalmente jurídico y no requiere de estación probatoria para determinar aquello.
2. Así también, es necesario recordar que en realidad no existe una vía igualmente satisfactoria, y menos aún específica, en la cual pueda analizarse la constitucionalidad de una norma legal autoejecutiva o autoaplicativa y, por ello, no puede declararse la improcedencia de

---

<sup>13</sup> Cfr. Fojas 593, II tomo.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

una demanda contra norma autoaplicativa, con el pretexto de que existe una vía igualmente idónea en la que pueda obtenerse tutela *iusfundamental*. Como tiene decidido el Tribunal Constitucional: “(...) es evidente que, tratándose de la impugnación de una norma autoaplicativa, para este Tribunal queda claro que no existe otra vía procedimental específica igualmente satisfactoria” (resolución recaída en el Expediente 08310-2005-PA/TC, numeral 6).

### **Delimitación del petitorio**

3. La demanda tiene por objeto que se declare la inaplicación del Decreto Supremo 128-2013-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013, que establece disposiciones referidas al Aporte por Regulación (APR) del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), a cargo de las empresas del sector minería. Siendo el citado decreto una norma de naturaleza tributaria, corresponde verificar si dicha normativa vulnera el principio constitucional de no confiscatoriedad y, subsecuentemente, si con ello se afecta el patrimonio de la empresa demandante, o no.

### **Análisis del caso concreto**

4. El segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución Política del Perú establece que “(...) Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio (...)”. Al respecto, este Tribunal ha precisado en la sentencia emitida en el Expediente 00041-2004-PI/TC que el “principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas” (fundamento 56).
5. Ahora bien, ya que la imposición tributaria siempre incide de alguna forma en la esfera patrimonial de los contribuyentes, el principio de no confiscatoriedad no puede estar referido a cualquier afectación del patrimonio. Como ha explicado este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 02727-2002-PA/TC, “se transgrede el principio de no confiscatoriedad (...) cada vez que un tributo excede del límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

a la propiedad y, además, ha considerado a esta institución como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica”. Asimismo, como es de esperar, tal afectación no solo debe ser alegada, sino que también, para que merezca tutela constitucional, “es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada”. (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 04227-2005-PA/TC, fundamento 26).

6. La parte demandante expone que el Decreto Supremo 128-2013-PCM vulnera el principio de no confiscatoriedad, pues conforme a la Ley 29901, que precisa competencias del Osinergmin, corresponde financiar únicamente las funciones de supervisión y fiscalización de la actividad minera en materia de seguridad de la infraestructura a través del APR, y no el presupuesto que cubre el sostenimiento institucional de dicho organismo.
7. un mejor análisis de lo que aquí se discute resulta pertinente detallar las normas vinculadas al APR, así como en lo referente a las competencias del Osinergmin. Así, la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del año 2000, es la norma que crea y da origen a la figura del APR. Esta norma establece en su artículo 10, lo siguiente:

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

8. Con relación a Osinergmin como organismo regulador, la precitada norma estableció cuáles serían los organismos reguladores en el país: el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran)



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass).

9. Así, en principio, correspondió a Osinerg ser el organismo regulador encargado de la supervisión y fiscalización de la inversión en energía. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 28964, publicada el 24 febrero 2007, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), se inició el proceso de transferencia de las competencias en fiscalización minera (artículo 2) y se estableció que en adelante toda mención que se haga al Osinerg en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al Osinergmin (artículo 18), con lo cual quedó claro que este último es un organismo regulador.
10. En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 29901, que precisa las competencias del Osinergmin, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2012, se ampliaron los alcances de sus competencias a los titulares de las actividades mineras que se encontrasen bajo supervisión y fiscalización de Osinergmin, para efectos del recaudo del tributo APR:

Artículo 4. Financiamiento de las funciones del Osinergmin en actividades mineras

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

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

11. Ahora bien, las funciones correspondientes a los organismos reguladores se encuentran previstas en el artículo 3 de la Ley 27332, siendo estas las siguientes:



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas; b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito; c) Función Normativa 1 : comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador. d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y, f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan. (Sic).

12. Ahora bien, del análisis de las referidas normas se advierte que la fijación del APR ha sido establecido considerando algunos parámetros; entre otros, sobre qué entidades recaerá su cobro (organismos reguladores), y el tope máximo permitido (1 % de la facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal), mas no ha determinado específicamente qué funciones de las establecidas en su artículo 3 serán las financiadas por dicho aporte. En el mismo sentido, tampoco puede soslayarse que resulta lógico que el APR se haya creado con el



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

propósito de financiar las funciones asignadas a los organismos reguladores; vale decir, su sostenimiento institucional, tanto más si la norma que crea el APR no establece alguna limitación dirigida a financiar únicamente las funciones de supervisión y fiscalización.

13. Resulta importante destacar que si bien la Ley 29901 hace referencia a las funciones de supervisión y fiscalización de la actividad minera bajo el ámbito del Osinergmin; no obstante, es la Ley 27699, Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, la que precisa claramente los alcances de la Ley 27332, cuando establece en su artículo 7 que “el aporte a que hace mención el Artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tienen la naturaleza de contribución destinada al sostenimiento institucional del Osinergmin”. Con lo cual, no cabe duda que el financiamiento del APR no solo se restringe a las funciones de supervisión y fiscalización del subsector minería -y solo en el rubro de seguridad de la infraestructura-, tal y como se encuentra alegando la empresa demandante, sino que incluye funciones normativas, de supervisión y de fiscalización de la infraestructura, instalación y de las actividades mineras en general.
14. Con relación a que el APR debe considerar el costo real de las actividades a financiar y no únicamente la capacidad contributiva del acreedor tributario, se debe considerar que no existe norma tributaria que contemple la obligación para que los acreedores tributarios en el caso de las contribuciones cuenten con una estructura de los costos del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar, tal y como lo exige la parte demandante. Distinta es la situación de los arbitrios municipales, en los que este Tribunal claramente dejó establecido mediante la sentencia precitada, así como en la sentencia recaída en el Expediente 00053-2004-PI/TC, que la ordenanza municipal que aprueba dichos tributos, para que cumpla con el requisito de validez, debe contar con un informe técnico anexo que contenga la determinación del costo global del servicio a prestar (limpieza de calles, serenazgo, parques y jardines) y la distribución de dicho costo global entre todos los vecinos-contribuyentes.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

15. Ello es así y se justifica en atención a la naturaleza del tipo de tributo frente al cual se está y, consecuentemente, considerando el hecho generador del mismo. En efecto, conforme al Decreto Supremo 133-2013-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario, los arbitrios son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público en concreto. En cuanto al hecho generador del tributo, lo constituye la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado a favor del contribuyente; esto es, cada contribuyente paga, o debe pagar, por concepto de arbitrios, aquella parte proporcional que le corresponde respecto del costo global del servicio público de que se trate; en cambio, la contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, los que pueden ser directos como indirectos.
16. Concretamente, las actividades que realiza el Osinergmin recaen sobre el rubro de actividades estatales. En efecto, conforme a la Ley 27332, a la Ley 28964 y al Decreto Supremo 088-2013-PCM, las acciones que realiza el Estado a través de su organismo regulador, Osinergmin, recaen sobre funciones normativas, reguladoras, de supervisión y fiscalización de la seguridad en la infraestructura, instalaciones y de las actividades mineras. En conclusión, el hecho generador de la obligación tributaria en el presente caso tiene su origen básicamente en las actividades de supervisión, fiscalización, reguladoras y normativas; esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad en el subsector minero, y que genera beneficios no solo para la sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación. Y es que a través de dichas acciones se optimiza, a su vez, el funcionamiento del mercado, en particular del mercado minero-energético, lo que evita de este modo que las empresas que no cumplan con sus obligaciones normativas, de seguridad y de acciones en general, compitan en una situación de desigualdad respecto de las que sí cumplen. A ello se debe agregar la prevención de los conflictos sociales que puedan generarse como consecuencia de la actividad minera en ciertos sectores del país.
17. Cabe precisar dos cuestiones: (i) el Aporte Por Regulación se calcula sobre la base de la facturación mensual de la empresa minera,



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

deduciendo de ello el impuesto general a las ventas y el impuesto de promoción municipal, con lo cual, objetivamente, pagan más quienes más facturan, y quienes más facturan es porque más minerales extraen para su producción; vale decir, la magnitud de los impactos generados por el desarrollo de las actividades económicas está directamente relacionada con el volumen (cantidad) de la producción y/o extracción de algún tipo de bien. En tal sentido, esta forma de cálculo garantiza la igualdad de los contribuyentes y evita la confiscatoriedad de su patrimonio. Así, el principio de igualdad tributaria, conforme lo ha manifestado este Tribunal en reiteradas oportunidades, no significa que toda riqueza deba ser gravada de la misma forma e intensidad, sino que debe hacerse atendiendo a circunstancias concretas; así, en el presente caso se ha considerado la relación directa que hay entre el valor (ingresos facturados) y las externalidades negativas que resultan de la actividad minera; y, (ii) se ha cumplido con lo estipulado en el artículo 10 de la Ley 27332, esto es, se ha respetado el tope máximo fijado en 1.00 %, toda vez que, conforme a los Decretos Supremos 127, 128, 129 y 130-2013-PCM, que aprueban los aportes por regulación del sector energético y minero a favor de Osinergmin y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la suma de los cobros efectuados por dicho concepto no ha superado el tope máximo, conforme se aprecia de los siguientes cuadros correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016:

Año 2014

<b>Sector</b>	<b>OEFA</b>	<b>Osinergmin</b>	<b>Minem</b>	<b>Total</b>	<b>Máximo Legal</b>
Electricidad	0.11%	0.50%	0.35%	0.96%	1.00%
Hidrocarburos: Importación/ Producción	0.12%	0.42%	-	0.54%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.60%	0.25%	1.00%	1.00%
Minería	0.15%	0.21%	-	0.36%	1.00%



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

**Año 2015**

<b>Sector</b>	<b>OEFA</b>	<b>Osinerghmin</b>	<b>Minem</b>	<b>Total</b>	<b>Máximo Legal</b>
Electricidad	0.11%	0.51%	0.35%	0.97%	1.00%
Hidrocarburos: Importación/ Producción	0.12%	0.38%	-	0.50%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.59%	0.25%	0.99%	1.00%
Minería	0.15%	0.19%	-	0.34%	1.00%

**Año 2016**

<b>Sector</b>	<b>OEFA</b>	<b>Osinerghmin</b>	<b>Minem</b>	<b>Total</b>	<b>Máximo Legal</b>
Electricidad	0.11%	0.54%	0.35%	1.00%	1.00%
Hidrocarburos: Importación/ Producción	0.12%	0.37%	-	0.49%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.58%	0.25%	0.98%	1.00%
Minería	0.13%	0.16%	-	0.29%	1.00%

18. Por otro lado, de las aludidas normas y de la misma Ley 27332, claramente se desprende la remisión para que la Presidencia del Consejo de Ministros, conjuntamente con otras carteras ministeriales, a través de una norma infralegal (reglamentaria), precisen y fijen los montos del APR que serán objeto de cobro, con el tope del 1 % del valor de la facturación anual deducido del Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal. Hecho que, finalmente, se materializó a través del Decreto Supremo 128- 2013-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013.
19. En conclusión, al no haberse acreditado de autos la vulneración del principio de no confiscatoriedad del Decreto Supremo 128-2013-PCM, es evidente que tampoco existe vulneración alguna del derecho de propiedad de la recurrente, pues los pagos realizados por aporte por regulación se encuentran sustentados en una norma acorde al



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

sistema constitucional, por lo que este Tribunal Constitucional concluye que la demanda debe ser declarada infundada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARA VIA  
PACHECO ZERGA  
GUTIÉRREZ TICSE  
DOMÍNGUEZ HARO  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH  
HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

**PONENTE DOMÍNGUEZ HARO**



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA  
PACHECO ZERGA**

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto porque considero necesario precisar que la Resolución 4, de 6 de julio de 2015<sup>14</sup>, emitida por el Noveno Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, mediante la cual se declaró infundadas las excepciones planteadas por los emplazados, fue confirmada por la Resolución 5, de 19 de abril de 2022<sup>15</sup>, emitida por la Tercera Sala Constitucional de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima.

S.

**PACHECO ZERGA**

---

<sup>14</sup> Folio 335

<sup>15</sup> Folio 593



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 02366-2022-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA EL  
BROCAL S. A. A.

### **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

Sin perjuicio de suscribir la ponencia, debo expresar que me aparto de lo indicado en el fundamento 17, referido al cálculo del aporte por regulación en función al criterio según el cual “pagan más quienes más facturan, y quienes más facturan es porque más minerales extraen para su producción”. Al respecto, sostengo lo siguiente:

1. Conforme se sostiene en la sentencia recaída en el Expediente 00053-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional puso de relieve que, en el supuesto de los arbitrios, para el cálculo del referido tributo se toma en cuenta la determinación del costo del servicio a realizar (limpieza de calles, serenazgo, parques y jardines) siendo necesario para tal efecto que se elabore un informe técnico.
2. En esa línea, a nuestro juicio, el cálculo de un tributo como lo es el “Aporte Por Regulación (APR)”, debe efectuarse sobre la base del costo real de las actividades que realizan OSINERGMIN, OEFA, entre otros, y no según el criterio por el cual “pagan más quienes más facturan”.
3. Si bien, el APR difiere de los arbitrios, en cuanto a su naturaleza jurídica (al tratarse de una contribución), pues el hecho generador lo constituye los beneficios derivados de la realización de actividades estatales (supervisión, fiscalización, reguladora y normativa); considero que el cobro de dicho tributo debe ceñirse a un parámetro de razonabilidad que, a mi entender, se da o concretiza a través de su determinación conforme al costo real que comporte el servicio que realicen las mencionadas entidades.
4. Lo contrario a dicha perspectiva, sería asumir una posición que incentive el lucro injustificado por parte de las entidades estatales encargadas de la fiscalización, lo que afectaría el patrimonio, así como la inversión privada de los ciudadanos.

S.

**HERNÁNDEZ CHÁVEZ**