Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente

SENTENCIA
CAS. N° 11585- 2014
LIMA

SUMILLA: *"Es condición constitucional para el uso del agua subterránea* ***el pago obligatorio e ineludible de una retribución económica, en el marco del derecho fundamental del acceso equitativo al agua*** *y de una explotación racional del recurso natural hidráulico basada en el interés público; pago que no constituye tributo sino retribución económica, conforme al artículo 66 de la Constitución Política, artículo 20 de la Ley N° 268 21 Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los recursos naturales, y artículos 90 y 91 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos".*

Lima, cuatro de octubre
de dos mil dieciséis.-

LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: ----------

I. VISTA la causa; con los acompañados; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, con los señores Jueces Supremos: Lama More, Presidente, Vinatea Medina, Rueda Fernández, Toledo Toribio y Malca Guaylupo; luego de verificada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

1. Antecedentes

La pretensión principal de la demanda consiste en la declaración de nulidad total de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 q ue revocó los Acuerdos N° 202-028-2009 de fecha cuatro de noviembre de dos mil nueve y N° 223-029-2009 de fecha veinticinco de noviembre de dos mil nueve, y las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG de fecha veintisiete de agos to de dos mil nueve y N° 736-2009-GG de fecha doce de agosto de dos mil nueve, y dejó sin efecto la Resolución de Determinación N°240119900005386-2009/ESCE, N°240 119900006403-2009/ESCE, N°240111900003178-2009/ESCE y N°24011990 0004185/ESCE emitida por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal el dieciocho de noviembre de dos mil diez, ante *el incumplimiento de pago por extracción y uso de aguas subterráneas del mes de marzo a junio de dos mil nueve por parte de la Dirección de Bienestar de la Fuerza Aérea del Perú.*

2. Sentencia materia de casación

La sentencia de vista contenida en la resolución número diecisiete de fecha diecinueve de junio de dos mil catorce, obrante a fojas doscientos setenta nueve del expediente principal, expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, que ***confirmó*** la sentencia apelada contenida en la resolución número doce, de fecha doce de agosto de dos mil trece, obrante a fojas ciento noventa y nueve, que *declaró* ***infundada*** *la demanda* interpuesta por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal contra el Tribunal Fiscal y la Fuerza Aérea del Perú, sobre Nulidad de Resolución Administrativa y otra. Sustenta que, el Tribunal Fiscal ha actuado en observancia del deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo prescrito en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, emitida en el *Proceso de Amparo bajo Expediente N° 3741-2004-AA/TC, cuando trata sobre el control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos administración; asimismo agregan que, no se puede pretender el cobro de una tarifa cuya inconstitucionalidad es incuestionable, al constatarse que los elementos esenciales del tributo, esto es, los sujetos pasivos, la base y la alícuota, fueron establecidos en el Decreto Supremo 008-82-VI, infringiendo el principio de reserva de ley*; y en razón de ello, las instancias consideraron que la resolución del Tribunal Fiscal, resultaría válida y no contravendría el ordenamiento jurídico.

3. Recurso de Casación y Auto Calificatorio

3.1 El Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante Sedapal) interpuso recurso de casación de fecha veintiuno de julio de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos siete del expediente principal, siendo declarado *procedente* por auto calificatorio de fecha trece de julio de dos mil quince, obrante a fojas sesenta y nueve del cuaderno formado en esta Sala Suprema, por las siguientes infracciones normativas:

i. *Infracción normativa material del Decreto Legislativo 148 y del Decreto Supremo 008-82-VI,* señalando que, la sentencia de vista objeto de impugnación no ha efectuado un análisis adecuado respecto a la vigencia o no de estas disposiciones legales.

ii. *Infracción normativa material del artículo 100 del Código Procesal Constitucional,* por no haber considerado que dicha disposición establezca un plazo de seis años para presentar demanda de inconstitucionalidad.

iii. *Infracción normativa material de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29338,* sostiene la impugnante que no se ha tomado en cuenta que en virtud a lo previsto en estas disposiciones, el agua constituye un recurso natural vulnerable, cuya protección y uso sostenible debe procurar el Estado.

iv. *Infracción normativa procesal de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado y el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil* indicando que la sentencia de vista vulnera el derecho a la motivación que estas disposiciones consagran al no haber expuesto los supuestos de hecho y derecho en los cuales se basa su pronunciamiento, en lo referido a la naturaleza tributaria de las aguas subterráneas.

4. Dictamen Fiscal

Con *lo expuesto* en el Dictamen Fiscal N° 879-2016-MP-FN-FSCA de fecha diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas ochenta y siete del cuaderno de casación formado en esta Sala Suprema, en el cual la Fiscalía Suprema opina que el recurso de casación debe ser declarado ***infundado***.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Delimitación del objeto de pronunciamiento

1.1 La línea argumentativa a desarrollar inicia con absolver la denuncia procesal examinando si la sentencia impugnada ha infringido la norma del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado; de no establecer la infracción denunciada, en *segundo orden* se procederá analizar la infracción material referida al Decreto Legislativo 148, del Decreto Supremo 008-82-VI, así como del artículo 176 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, artículo 100 del Código Procesal Constitucional y artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29338.

1.2 Delimitando el petitorio casatorio, se advierte que **el presente caso reviste complejidad** al residir la infracción material en la determinación de la naturaleza jurídica del cobro por el uso y extracción del agua subterránea, en el contexto y tránsito de normas constitucionales y legales que inciden en la determinación o no de la obligación de pago, por el uso de un recurso actualmente considerado un derecho fundamental; al respecto, es relevante *establecer premisas previas*, que sirven de soporte para la absolución de las infracciones sustantivas.

SEGUNDO: **Sobre la infracción al artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado**

2.1 De los varios elementos del debido proceso protegido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, **la primera denuncia casatoria está vinculada a la motivación** de las resoluciones judiciales, que igualmente cuenta con protección constitucional[1], y está reglada en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política y en el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil[2].

2.2 En la actualidad, la motivación de las decisiones judiciales se plantea como un imperativo de validez y legitimidad, residiendo la atención en el control de constitucionalidad de la motivación verificando la materialización en cada caso, al

[1] Constitución Política: **Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:** (…)
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
[2] Código Procesal Civil: Contenido y suscripción de las resoluciones.-
Artículo 122.- Las resoluciones contienen:
3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; (…)

ser garantía de la correcta administración de justicia, del respeto de los derechos fundamentales y legales, y la proscripción de la arbitrariedad.

En ese sentido y en concordancia con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación, este se concretiza logrando su vigencia efectiva, siempre y cuando, se aprecie una adecuada argumentación jurídica del órgano jurisdiccional: i) Delimita con precisión el problema jurídico que se derive del análisis del caso concreto; ii) Desarrolla de modo coherente y consistente la justificación de las premisas jurídicas aplicables; argumentando respecto a la aplicación e interpretación de dichas normas al caso; iii) Justifica las premisas fácticas derivadas de la valoración probatoria; y, iv) Observa la congruencia entre lo pretendido y lo resuelto.

Al evaluar la justificación interna del razonamiento en la motivación de las resoluciones judiciales, se incide en el control del aspecto lógico de la sentencia[3], consistente en la evaluación del encadenamiento de los argumentos utilizados; se verifica, el nexo y relación de las premisas jurídicas y su vinculación con las proposiciones fácticas que determinará la validez lógica de la inferencia[4]; el control de la subsunción, culmina en la validez formal de la conclusión[5], sin que implique la corrección material de la misma en justificación externa, que en este *caso difícil*, es pertinente examinar al absolver las infracciones materiales en la resolución judicial.

2.3 Desarrolladas las premisas jurídicas precedentes sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales; de la revisión de la sentencia de vista impugnada se observa que el Colegiado Superior ha cumplido con justificar su decisión, en tanto en el *considerando primero*, ha delimitado el objeto de pronunciamiento, en el

---

[3] *"Una decisión está internamente justificada si y sólo sí entre las premisas utilizadas y la conclusión del razonamiento existe una conexión lógica (i.e la conclusión se deduce lógicamente de las premisas, mediante un razonamiento válido)"*.En: Martínez, David (2007) *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons, Madrid. Pp. 39

[4] *"la justificación interna muestra la corrección de la inferencia de la conclusión o decisión a partir de las premisas. En la justificación interna se aplican las reglas de la lógica formal o deductiva para determinar si un argumento es lógicamente correcto."* López García ,José Antonio "Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica" En *Tutela de Derechos en Sede Jurisdiccional*. (2013) . Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima. Pp. 63

[5] *"La validez de la inferencia viene dada por una regla de inferencia (formal) llamada modus ponens y que justifica el paso de las premisas a la conclusión"; y, "la subsunción, es el esquema general de argumentación en la justificación judicial. O, dicho en otra terminología constituye la justificación interna del razonamiento judicial"* En: Atienza, Manuel (2013) *Curso de argumentación jurídica*. Trotta, Madrid. Pp. 171, 183.

considerando segundo detalla los agravios formulados por la demandante apelante, en el *considerando tercero* se puntualiza la pretensión postulada por el demandante, en los *considerandos cuarto y quinto* indica que mediante la cuestionada resolución administrativa, el Tribunal Fiscal revoca los Acuerdos de Directorio y Resoluciones de Gerencia General, y se dejaron sin efecto las aludidas Resoluciones de Determinación, en el que estableció los montos que la Fuerza Aérea del Perú debía pagar por concepto de tributo por el uso de aguas subterráneas, y que la Resolución del Tribunal Fiscal se encuentra acorde con las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, en el *considerando sexto* señala que el Decreto Legislativo 148, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 008-82-VI transgreden el principio constitucional de reserva de ley tributaria, en el *considerando séptimo* invoca al principio de legalidad y reserva de ley contenido en el artículo 74 de la Constitución Política del Estado y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el *considerando octavo* aseveran que en el presente proceso no se encuentra en discusión si el recurso natural renovable o no renovable son patrimonio de la nación, agrega que, no puede pretenderse el cobro de una tarifa cuya inconstitucionalidad es incuestionable al constatarse que los elementos del tributo fueron establecidos por el Decreto Supremo 008-82-VI, en el *considerando noveno* pasan a concluir que la decisión adoptada por la *A-quo* resulta acertada y que carece de sustento los argumentos esgrimidos por la demandante.

2.4 Por tanto, la sentencia de vista ha explicado y justificado las premisas jurídicas elegidas por el Colegiado Superior, arribando a la declaración de validez de la resolución administrativa del Tribunal Fiscal sometida al proceso contencioso administrativo, cumpliendo con la exigencia de logicidad en la justificación interna en la resolución examinada, al derivarse la conclusión respecto a la naturaleza tributaria del cobro por agua subterránea de las premisas jurídicas y fácticas; por ende, no se observa la infracción al derecho al debido proceso en vinculación con la motivación de las resoluciones judiciales en la sentencia de vista; razones por las cuales, el recurso planteado deviene en ***infundado en este extremo***.

TERCERO: Premisas previas sobre el asunto en casación

3.1 Esta Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República no puede soslayar que **el asunto que viene en casación está vinculado a un recurso natural valioso, protegido constitucional y convencionalmente,** calificado como indispensable y vital para la especie humana, desde la supervivencia hasta la comodidad de la modernidad del siglo XXI, la economía, las inversiones, el empleo, las diversas actividades, agropecuarias, mineras, de electricidad, en la industria y producción, bienes y servicio en general, requieren el uso de agua en mayor o menor medida; no obstante **el agua principalmente es fuente de vida**, de ella depende la propia existencia del ser humano que no puede vivir ni subsistir sin agua, así, la vida de la persona humana, el fin supremo de la Sociedad y del Estado protegida en el primer artículo de la Constitución Política, depende del acceso y suministro del agua.

Las circunstancias actuales nos conducen a prestar especial atención a este recurso natural que se está volviendo insuficiente, con pronóstico reservado y tendencia a la escasez extrema no en siglos sino en décadas, convirtiendo el agua en un asunto vital de insoslayable cuidado, asumiendo mayor relevancia en perspectiva del **tratamiento jurídico desde la protección convencional, constitucional, a la regulación legal, orientadas a garantizar el acceso al agua potable y saneamiento de las generaciones presentes y futuras,** así como medidas de prevención necesarias en nuestro país que recientemente ha sido catalogado entre aquellos que presentan zonas de sequía y veda de agua[6]; adquiriendo especial significancia las aguas subterráneas que en su almacenamiento natural sostienen el recurso[7]; las recientes inundaciones por las

---

[6] Informe de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2016. Registra en sus cuadros, que la Costa del Perú muestra una relación extracción/disponibilidad del agua del 0.2-0.4 equivalente a un stress hídrico medio, con índice de frecuencia de escasez de agua por mes en algunos lugares de la costa de 0.4-0.8; anota que cuando se extrae de forma sostenible y se permite la recarga durante los períodos de suministro de abundante agua de superficie**, las aguas subterráneas ofrecen oportunidades de almacenamiento que pueden servir como un amortiguador para compensar las épocas de sequía**; que hay evidencia clara de que el recurso está disminuyendo, calculando que 21 de los 37 acuíferos más grandes del mundo están gravemente sobreexplotados en los lugares donde se encuentran, que las aguas subterráneas que se encuentran bajo mayor presión están ubicadas en muchos de los mismos lugares donde el agua de superficie también está bajo una fuerte presión; que según un estudio reciente realizado por Veolia y el IFPRI (2015, p. 3): "*se prevé que el deterioro de la calidad del agua aumente rápidamente en los próximos decenios, lo que, a su vez, aumentará los riesgos para la salud humana, el desarrollo económico y los ecosistemas*"; http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002441/244103s.pdf.

[7] El Informe de Naciones Unidas de 2016, registra en cuadros que la Costa del Perú muestra una relación extracción/disponibilidad del agua equivalente a un stress hídrico medio, índice de frecuencia de escasez de agua por mes en algunos lugares de la costa de 0.4-0.8; que, cuando se extrae de forma sostenible y se permite la

intensas lluvias no es más que parte del calentamiento global que acarrea alteraciones del ciclo hidrobiológico, con periodos de sequías e inundaciones más prolongados y críticos, con aceleración de la fusión de los glaciares, y cambios drásticos en los patrones de precipitación y nieve, que inevitablemente conducen al deshielo a velocidad imparable con la disminución del agua a nivel mundial[8].

3.2 Debido a la crisis mundial la Organización de las Naciones Unidas declaró el "Decenio Internacional para la Acción - El agua, fuente de vida 2005-2015"[9], ratificando su protección destacó que: "*ningún ser vivo sobre la Tierra puede sobrevivir sin agua, la que es indispensable para la salud y el bienestar humano así como para la preservación del medio ambiente";* reconocido el ***"derecho humano al agua"*** por la Asamblea General de las Naciones Unidas en julio de dos mil diez.[10]

Recientemente reconocido, el *"derecho fundamental al acceso al agua y saneamiento"*, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Relativo al Derecho al Agua[11], y el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, **identifican como contenido protegido el acceso equitativo al agua;** los instrumentos de derechos humanos[12], y el Informe de la Experta Independiente[13], destacan que *es un derecho de cuya satisfacción también se logra concretizar otros derechos fundamentales* tan importantes como derecho a vivir con dignidad, derecho a la salud, derecho al bienestar; incluso incide en

---

recarga durante los períodos de abundante agua de superficie, **las aguas subterráneas ofrecen oportunidades de almacenamiento que pueden servir como un amortiguador para compensar las épocas de sequía**; hay evidencia clara de que el recurso está disminuyendo, 21 de los 37 acuíferos más grandes del mundo tienen grave sobreexplotación, que las aguas subterráneas bajo mayor presión están ubicadas en muchos de los mismos lugares donde el agua de superficie también está bajo una fuerte presión; que según un estudio reciente realizado por Veolia y el IFPRI (2015, p. 3): "*se prevé que el deterioro de la calidad del agua aumente rápidamente en los próximos decenios, lo que, a su vez, aumentará los riesgos para la salud humana, el desarrollo económico y los ecosistemas*"; http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002441/244103s.pdf.

[8] http://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/aguas-dulces/climage-change

[9] El Decenio de los recursos hídricos 2005 al 2015, resultado de la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas de set. año 2000, aprobó y reconoció como Objetivo fundamental de Desarrollo del Milenio, reducir el porcentaje de la población mundial sin acceso seguro al agua potable, que se amplió al acceso al saneamiento básico.

[10] SALMÓN G. Elizabeth, El Derecho Humano al Agua y los Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, En: Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°16, Julio 2012, página 251.

[11] Comentario General número 15 (2002), señala que conforme a los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos ESC, se determina el alcance y el contenido de los DH relacionados al acceso al agua.

[12] Instrumentos de la ONU, como el Programa 21 de junio de 1992, el Programa de Hábitat de 1996, el Plan de Acción de Mar del Plata, de 1977, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de junio de 1992; el Consejo de Derechos Humanos ha emitido resoluciones relativas a los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento, incluidas las resoluciones del Consejo 7/22, de 28 de marzo de 2008, la 12/8 de 1 de octubre de 2009.

[13] En: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx

derechos de naturaleza laboral y económicos, y *encamina a una mayor justicia social y ambiental, significando un gran paso al acceso universal al agua potable y saneamiento*; enfatizando la Asamblea de las Naciones Unidas, la importancia de disponer de agua en condiciones equitativas como componente esencial del disfrute de todos los derechos humanos, *reafirmando la responsabilidad de los Estados de promover y proteger tales derechos universales, indivisibles, interdependientes, relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención*[14]; aspectos que tienen especial e indisoluble incidencia en la resolución del presente caso.

3.3 Es también un tema previo e ineludible, señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional citada en instancias judiciales y administrativas, que ordena a Sedapal se abstenga de efectuar el cobro y de impedir el uso y extracción de aguas subterráneas al Jockey Club del Perú, **no ha sido constituida como precedente vinculante** en los términos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; es sentencia de proceso de amparo con ejercicio del control difuso con inaplicación al caso concreto**,** con efecto interpartes y no *erga omnes*, decisión de proceso de tutela de derechos fundamentales de alcance particular y no en proceso de control orgánico de inconstitucionalidad, por lo tanto **su vinculatoriedad y eficacia resulta limitada a las partes y al caso concreto**.

3.4 En relación a la <u>interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional</u> que vinculan a los jueces, conforme al tercer párrafo del artículo VI del referido Código, y a la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es necesario señalar:

3.4.1 El Tribunal Constitucional sobre la determinación de la naturaleza tributaria de un cobro, **ha expresado diversa interpretación**; en la sentencia referida por las instancias N° 04899-2007-AA, centra el análisis en un Decreto Legislativo y un

[14] Fundamentos de la exposición de motivos Resolución 64/292 de la ONU. Prevé con carácter vinculante, qué:
1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;
*2. Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo**, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento**.*

Decreto Supremo[15], a diferencia de la sentencia N° 01078-2007-AA de fecha tres de setiembre de dos mil siete, caso Fondo Nacional de Vivienda - Fonavi, concluyó que los aportes no constituyen un tributo, en el fundamento 3.a señala que el análisis de algún fenómeno jurídico, debe realizarse a la luz del régimen tributario constitucional, esto es, el artículo 74 de la Constitución Política del Estado en relación a la creación de los tributos, que *no debe atenerse a lo dispuesto por normas infraconstitucionales o de orden legal, sino más bien en lo dispuesto por la Constitución*, debiendo utilizar otros métodos de interpretación que tengan en cuenta los fines de la norma, el contexto histórico, sus características, elementos; **este Colegiado Supremo coincide y aplica el segundo criterio interpretativo**.

3.4.2 Agréguese, que la vinculación a las interpretaciones del Tribunal, están referidas a las contenidas en las razones suficientes *-ratio decidendi-* no declaradas como precedente vinculante, a diferencia de las razones subsidiarias que solo tienen fuerza orientativa o persuasiva[16], **posibilitando desmarcarnos del contenido del criterio hermenéutico recogido en un *obiter dicta***.

3.4.3 La independencia del Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional goza de amparo y reconocimiento constitucional[17] , posibilitando desmarcarnos de un *obiter dicta*, sosteniendo el jurista Domingo García Belaúnde que la independencia del juez es un argumento respecto de las razones suficientes, que se manifiesta en doble sentido: 1) *en la calificación del criterio hermenéutico como ratio decidendi o como obiter dicta, 2) en la aplicación del criterio calificado como ratio decidendi, teniendo el juez la facultad de analizar las razones o fundamentos de la sentencia, y decir con base en criterios objetivos*, si es razón suficiente o subsidiaria: "*De esta manera, una razón que puede parecer ratio decidendi puede ser considerada -siempre con base en una argumentación válida y suficiente -como obiter dicta por el juez y, consecuentemente, vincularse solo relativamente a ella*"[18].

---

[15] En el fundamento 21 precisa que su ámbito de análisis de la norma impugnada se limita al Decreto Legislativo N° 148 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 008-82-V I.
[16] El Dr. Domingo García Belaúnde sustenta: "*la vinculación a las interpretaciones ahí contenidas no es absoluta como en el caso de las razones suficientes, hayan o no sido declaradas como precedentes vinculantes, sino más bien es una vinculación relativa*". El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, En: Estudios y Jurisprudencia del Código Procesal Constitucional, Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Miraflores, Lima 2009.página 41.
[17] Inciso 2 del artículo 139 de la Constitución
[18] GARCIA BELAUNDE, Domingo, op citado, página 44.

3.4.4 Así, en el caso de la sentencia del proceso de amparo que declaró inaplicables los decretos, dispone que Sedapal está impedida de efectivizar el cobro sin importar la fecha en que se haya generado, que sea consecuencia de la aplicación del Decreto Legislativo 148 y Decreto Supremo 008-82-VI, que está impedida y debe abstenerse de restricción de los servicios de agua potable o agua subterránea; es relevante puntualizar que: 1) La sentencia parte de la premisa que a juicio del Tribunal, es indiscutible que la tarifa de agua subterránea es de naturaleza tributaria.[19] 2) Señala como aspecto sustancial, que **el pago de la tarifa por el uso de agua subterránea, *sea como tributo, precio público o cualquier otra categoría jurídica***, no es óbice para que en todas se de cumplimiento a los cánones en su diseño normativo conforme al marco constitucional.[20] 3) Considera fundado el extremo de la demanda, de que el Decreto Legislativo 148 excedió la materia de regulación delegada por Ley 23230, no otorgando la facultad expresa para crear un tributo tasa, como el materia de análisis, no cumpliendo el principio de reserva de ley, ni delegación expresa. 4) Indica que los elementos esenciales del tributo están en el Decreto Supremo 008-82-VI, vulnerando el principio de reserva de ley. 5) Concluye en la inconstitucionalidad de la tarifa, al fijar los elementos del tributo en el Decreto Supremo, infringiendo el principio de reserva de ley desde su expedición; retrotrae los efectos desde la fecha de inicio de la vulneración de los derechos de los actores, como el derecho de propiedad al exigir el cumplimiento de una obligación viciada desde sus orígenes.

De lo cual se extrae, que la *ratio decidendi* tiene como aspecto sustancial que *sea el pago, como tributo, precio público o cualquier otra categoría jurídica, debe cumplirse los cánones en su diseño normativo conforme al marco constitucional*, que en este caso no se cumplió con los principios constitucionales de reserva de ley para crear un tributo - tasa.

3.4.5 Coincidiendo este Tribunal Supremo, que sí debe pagarse por el uso y extracción del recurso natural, que el diseño normativo del pago debe cumplirse conforme al marco constitucional, que los referidos Decretos no cumplen las exigencias para crear y regular un tributo; sin embargo, **nos desmarcamos de que**

[19] STC N°4899-2007-PA/TC considerando 8, y N°1837-2 009-AA/TC considerando 6.
[20] En el considerando 13, lo precisa como uno de los dos aspectos sustanciales.

la naturaleza de la tarifa sea de tributo[21], pues, conforme al marco constitucional y legal, la naturaleza jurídica es de retribución económica cuyo pago es obligatorio e ineludible, como se desarrolla más adelante.

3.4.6 Anotamos que, la protección convencional y constitucional a la independencia del Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional[22], fortalece el ejercicio de la función constitucional con independencia en el análisis, fundamentación y adopción de decisiones, y la vinculación primero a los derechos fundamentales, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a la Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en interpretación vinculante[23], tiene señalado que la *garantía vinculada con la correcta administración de justicia (*que por cierto, encauza la función constitucional del Poder Judicial)*, protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra*[24]; que, *cuando el Estado ha ratificado un tratado como la Convención Americana, los jueces como parte del aparato del Estado, están sometidos a ella*, obligándoles a velar porque los efectos de las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin[25]; puntualiza que *el Poder Judicial debe ejercer el "control de convencionalidad", entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y las normas convencionales*[26]*;* que *no se*

[21] Señala Luis Castillo Córdova, que cuando se está ante una norma constitucional adscrita (concreción directa de la norma constitucional estatuida), ésta puede ser formal y materialmente constitucional, y en los casos que sea manifiesto que **la norma adscrita sea materialmente inconstitucional, no vinculará**, con base al principio, de que el derecho y la norma injusta no es verdadero derecho, contravienen una exigencia de justicia constitucionalizada, no pudiendo ser tenidas como Derecho válido. *Las Decisiones Inconstitucionales del Tribunal Constitucional*, En, Themis 67, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2015. página 291.
[22] Inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política, artículo 8° CADH y artículo 14.1 PIDCIP que es tablecen el derecho de toda persona a un tribunal independiente e imparcial.
[23] La cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, establece la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú. El artículo V del Código Procesal Constitucional, establece la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, conforme con la DUDH, los tratados sobre derechos humanos, las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte.
[24] Sentencia de la CIDH, caso Tristan Donoso VS Panamá. Excepción Preliminar, Fondo de Reparaciones y Costas, del 27/01/2009, párrafo 153.
[25] La CIDH en el caso Gudiel Álvarez vs Guatemala de 20 de noviembre de 2012, precisó que la vinculación no es solo a la CADH, sino a los tratados sobre derechos humanos del que el Estado es parte; en igual forma en el caso Masacres de Rio Negro vs Guatemala de 14 de octubre de 2012, párrafo 262.
[26] Sustenta el Dr. Eloy Espinoza Saldaña, que en la evolución del control de convencionalidad se hace patente en aspectos importantes, que órganos deben ejercer el control de convencionalidad, que "***en principio, y de oficio, la labor de control de convencionalidad estaba confiada, dentro de cada Estado, a sus jueces (zas)*".** "Incidencia de la Jurisprudencia de Tribunales Supranacionales, como la Corte Interamericana, en el ordenamiento jurídico Peruano", Texto de la Conferencia presentada en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 25/03/2015, Convencionalización, Parte I a III, página 440.

puede invocar las disposiciones de derecho interno como justificación para incumplir obligaciones convencionales[27]; que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una vía residual y subsidiaria a la que se acude cuando los poderes y órganos internos no cumplen con *su obligación de protección de los derechos fundamentales*, incurriendo en responsabilidad el Estado[28]; señala que *las afectaciones al derecho de acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos*, que es obligación de los Estados garantizar tales derechos.[29]

En ese orden, este Tribunal Supremo se considera vinculado a las normas convencionales sobre derechos fundamentales que protegen el derecho humano al agua y el contenido protegido de acceso equitativo, correspondiendo garantizarlo, así como interpretar y aplicar las leyes en coherencia con el objeto y fin de los derechos humanos[30].

3.4.7 Los cambios en el sistema jurídico crean una situación singular en relación a las interpretaciones de la jurisprudencia constitucional, son los tribunales del Poder Judicial los que tienen el primer contacto con los conflictos que se suscitan bajo estas circunstancias, advirtiendo las modificaciones sustanciales en el derecho, los cambios normativos e interpretativos; **adquiriendo especial trascendencia en este caso sobre las condiciones de uso y extracción de aguas subterráneas, en contexto convencional y constitucional que contribuyen e inciden en el sentido normativo de las disposiciones legales e infralegales aplicables,** atendiendo que el recurso hídrico y su acceso equitativo está a la fecha reconocido como derecho fundamental en proyección social, condiciones de igualdad,

[27] Sentencia de la CIDH caso Boyce vs Barbados, 20 de noviembre de 2007.
[28] Opinión Consultiva OC 21/14 Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional. OC 2/82 de 24 de setiembre de 1982.
[29] Caso Comunidad Indígnea Yakye Axa vs Paraguay, CIDH Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 167.
[30] El Dr. Eloy Espinoza Saldaña en su trabajo "*El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú: surgimiento, usos, evolución retos y riesgos*", señala que en el Estado Constitucional es presupuesto básico el de limitación de poder, en lógica de corrección funcional con repartición de competencias (exclusivas o compartidas), el respeto de la supremacía constitucional, reconocimiento y tutela de los Derechos Fundamentales, fin último; que el rol del TC de supremo interprete no implica que sea un superior jerárquico de aquellas otras autoridades, o que todas las instituciones del Estado Peruano se encuentren subordinadas al TC; que, el juez o jueza ordinario, puede no solo armonizar con un precedente, puede criticar, limitar, cuestionar o distinguirse, y que el apartamiento del precedente es siempre una posibilidad excepcional y razonada; y, que se tiende a apuntalar como justificaciones adecuadas para apartarse de un precedente, la del cambio de condiciones existentes, que pueden habilitar un tratamiento distinto en esa materia, la de mayor o menor tutela de los derechos fundamentales, pudiendo ir más allá en defensa y aplicación de la progresividad inherente a derechos como los de carácter fundamental. En, AAVV Código Procesal Constitucional Comentado. Arequipa, Adrus, 2009, páginas 994, 995, 996.

preservación y protección del recurso; que se ha transitado por tres constituciones, la legislación ha variado sustancialmente, ha sido derogada la Ley General de Aguas de mil novecientos sesenta y nueve en cuya vigencia se dictaron los decretos en cuestión, y se ha emitido nuevas leyes con nuevos supuestos y soluciones de derecho, circunstancias que van incidir en la respuesta y solución jurídica.

3.4.8 Esta Sala Constitucional **optimiza en mayor medida la protección del núcleo del derecho fundamental**, identificado por la Observación 15-2002 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, como *el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*, que, **para fines de un mayor acceso y distribución equitativa, el uso del agua está sujeta entre otras condiciones al pago de una prestación económica,** pues el derecho al agua no es un derecho ilimitado ni irrestricto, anotándose que factores como su carácter finito, su vulnerabilidad, y los costos económicos que requiere su preservación, distribución y tratamiento, desechan una visión de acceso ilimitado y gratuito del agua[31], siendo oneroso el uso poblacional y productivo, a diferencia del uso primario[32].

En el tránsito **de la universalidad a la especificidad** de derechos humanos, impone la promoción del derecho fundamental de acceso equitativo al agua para los grupos de la población menos favorecidos, en razón de la persistencia de las condiciones de desigualdad y discriminación en nuestro país en que no todos cuentan con igual acceso al agua[33], **justificando la obligación de aquellos que si usan y disfrutan de este recurso esencial de vida, al pago de una retribución económica, necesaria para invertir en programas de ampliación y de acceso más equitativo al agua,** asimismo, conforme a los derechos fundamentales vinculados al agua, *de vivir con dignidad, a la salud, bienestar, acceso universal al agua potable y saneamiento, que encaminan a una mayor justicia social y*

[31] PEÑA CHACÓN, Mario, op citado, Página 4.
[32] Artículos 90, 91, 35 y siguientes de la Ley de Recursos Hídricos.
[33] El Informe Anual 2015 de la CIDH anota información alarmante respecto al acceso, calidad y disponibilidad del agua **en América, la situación de escasez del abastecimiento del agua se habría agravado por la creciente presión por el recurso**, para el desarrollo de las actividades extractivas, y, **sobre situaciones de discriminación y desigualdad con respecto al acceso al agua**.

ambiental, constituye un deber de las autoridades nacionales velar por el recurso natural en compatibilidad con la protección del derecho humano y evitar situaciones que produzcan discriminación y desigualdad en el acceso y el uso, resultando inadmisible y no supera el control de convencionalidad, que algunas personas naturales y jurídicas puedan hacer uso y extracción del agua subterránea sin restricciones y sin pago alguno, se disponga a su favor la abstención de cobro y de impedir el uso del recurso por la falta de pago, cuando un sector significativo de la población nacional no tiene acceso directo al agua, y paga costos elevados por una provisión casi nula y en otros casos deficiente[34], lo cual no es compatible con el derecho fundamental además de crear una situación de injusticia[35].

CUARTO: Infracción normativa del artículo 100 del Código Procesal Constitucional y del principio de seguridad jurídica.

4.1 Respecto al artículo 100 del Código Procesal Constitucional, su enunciado normativo prescribe: *"La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución."*

De su tenor literal se desprende que regula el plazo de prescripción para la interposición de las demandas de inconstitucionalidad, fijando como término máximo seis años para el caso de normas con rango de ley y de seis meses para los tratados, remitiéndose al artículo 51 y 138 de la Constitución Política del Estado que regulan el principio de jerarquía normativa y el control difuso; aplicables en tanto la pretensión de inconstitucionalidad hubiera prescrito.

---

[34] Informe del INEI Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico - 2016, da cuenta que en nuestro país, más de cuatro millones de personas, se proveen de agua de fuentes naturales, camión cisterna o pilón de uso público; hay zonas de menor cobertura diaria de agua por red pública, como en Ica, La Libertad, Pasco, Piura y Amazonas, que solo el 72,6% de la población del país tiene acceso al saneamiento básico por red pública.

[35]Como señala el Fundamento 10 del Voto en Minoría del Dr. Landa Arroyo, sentencia de amparo N° 4899-2007-PA/TC. "*se ha hecho uso del agua subterránea, y se pretende no cancelar monto alguno por su explotación*", que, "*Esto es a todas luces un acto contrario a los contenidos mínimos de justicia*", que "*no ha tomado en cuenta la relevancia del elemento hídrico ni las proyecciones que sobre su escasez se plantean en la actualidad. Las aguas subterráneas son el depósito natural de reservas de este recurso y en épocas de escasez es utilizada para suplir la demanda de la sociedad de agua potable*". (Subrayado nuestro).

4.2 En torno al ***principio de seguridad jurídica***[36], este irradia todo el ordenamiento jurídico, imponiendo como directriz de la actuación de los Tribunales Administrativos, la obligatoriedad de emitir un resultado predecible en los procedimientos administrativos, de modo tal que se debe proveer certeza al ciudadano, sujetándose la Administración Estatal a la Constitución y las leyes; razón determinante por la cual la decisión final que recaiga en un procedimiento, debe ser emitida de conformidad *al ordenamiento jurídico*; garantizando a los administrados previsibilidad, proscribiendo toda decisión arbitraria por parte de la administración en la emisión de los actos administrativos.

4.3 De la lectura de la recurrida no se advierte que haya incurrido en infracción normativa del artículo 100 del Código Procesal Constitucional ni del principio de seguridad jurídica por parte de la Sala de mérito, en tanto dicho dispositivo y principio no sirvieron para la calificación jurídica del caso de autos por parte del Colegiado Superior, *por lo que la causal debe ser desestimada*.

QUINTO: Sobre las infracciones normativas sustantivas

5.1 Conforme a las precisiones de esta sentencia, la infracción material denunciada del *Decreto Legislativo 148 y del Decreto Supremo 008-82-VI, artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29338* tiene como argumento medular, que no se ha realizado un análisis adecuado de las normas invocadas, dando por sentada la naturaleza tributaria del cobro por el uso de aguas subterráneas, e inaplicando la legislación sobre recursos hídricos que regula la retribución económica y que el cobro no constituye tributo.

5.2 El asunto de cobro por el uso y extracción de aguas subterráneas, ha generado y sigue ocasionando la judicialización de una gran cantidad de casos, que en la larga data se han dado pronunciamientos jurisdiccionales en diferente sentido, que requieren ser uniformizados **apartándonos de los criterios anteriores de las**

[36] "El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad." Definido por el Tribunal Constitucional en el fundamento N°3. **EXP. N.º 0016-2002-AI/TC**

sentencias de esta Sala Suprema[37]**,** al amparo de lo previsto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en base al desarrollo argumentativo de esta sentencia en compatibilidad con el marco normativo convencional, constitucional y legal del derecho fundamental al agua.

5.3 Es necesario examinar **los antecedentes y el contexto normativo** en que se han aplicado los decretos cuestionados, permitiendo identificar con fidelidad sus fuentes y el sentido de sus normas, que conducirán a afirmar en el marco constitucional y legal la exigibilidad del cobro por el uso y extracción del recurso hídrico y su naturaleza jurídica, permitiendo determinar las infracciones incurridas en la sentencia de vista.

5.4 La regulación del agua y su cobro tienen antecedentes normativos de larga data, ha transitado por varias constituciones y normas legales, que informan del tratamiento jurídico y condiciones de uso, como se expone a continuación:

a) El Decreto Legislativo 148, cuenta con antecedente en el *artículo 37 de la Constitución de mil novecientos treinta y tres* [38] (en cuyo marco se expidió la Ley General de Aguas) el cual establecía, que el agua y las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, delegando a la ley para que fije las condiciones de utilización por el Estado o de su concesión a los particulares.

b) La ley autorizada era el *Decreto Ley 17752* (que reemplazó al Código de Aguas de mil novecientos dos), vigente del veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y nueve al treinta y uno de marzo de dos mil nueve[39] denominada Ley General de Aguas, estableció las condiciones de uso y concesión, y que las aguas son de propiedad del Estado, su dominio es inalienable e imprescriptible, **orienta al uso**

---

[37] Al amparo de lo previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos apartamos del criterio anterior de la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, como el contenido entre otras, en la Consulta N°529-2014, Casación N°9068-2013, N°3311-2010, N°17816 -2013.

[38] Constitución Política de 1933
Artículo 37.- *Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.*

[39] Vigente desde el 26 de julio de 1969 hasta el 31 de marzo de 2009 en la que fue derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29338 "Ley de Recursos Hídricos", publicada el 31 marzo 2009 en el diario oficial el Peruano.

justificado y racional del agua, otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.

c) Cuando se expide el *Decreto Legislativo 148* de fecha quince de junio de mil novecientos ochenta y uno y el Decreto Supremo 008-82-VI de fecha cuatro de abril de mil novecientos ochenta y dos, estaba vigente la referida Ley General de Aguas, y en vigencia la *Constitución de mil novecientos setenta y nueve*, que en su artículo 119 garantizaba la preservación de los recursos naturales como obligación constitucional del Estado[40], reafirmando en el artículo 118 la condición de patrimonio de la Nación de los recursos naturales entre ellos el agua[41], por ende bienes de dominio público[42] consagrando la pertenencia al Estado.

d) De acuerdo al marco jurídico anotado en el que se expidieron los decretos, se definió al agua como un recurso natural y bien de dominio público, se **estableció la obligación de pago de una tarifa por el uso y extracción de aguas subterráneas**, obligación legitimada y justificada por la vital importancia de la distribución del recurso por connotación social y de desarrollo del país, y **no se constituyó el cobro como tributo**, así el Decreto Ley 17752:

d.1 Estableció de **necesidad y utilidad pública: conservar, preservar e incrementar los recursos hídricos, regular, obtener una racional eficiente, económica y múltiple utilización** de los recursos hídricos, promover, financiar y realizar las investigaciones, estudios y obras necesarias para tales fines.
d.2 Requería una licencia o autorización para la extracción del recurso hídrico, el pago por el uso, y preveía la caducidad del derecho por no pagar la tarifa[43].

---

[40] Establecía: *"El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico"*.
[41] *Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio dé la Nación. Los minerales, tierras, bosques, **aguas** y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares."* [Subrayado agregado].
[42] "(…) *Duguit entiende que los bienes de dominio público no pueden ser, por su propia naturaleza jurídica (no por la física) susceptibles de propiedad. La Vinculación del Estado con esos bienes no es la típica del propietario, ya que carece de las facultades propias de este, en particular de la facultad de disposición. El Estado tiene más bien, respecto de los bienes de dominio público, **un deber de protección y de garantía de la afectación, es decir, del destino que motiva su inclusión en dicha categoría**"* Citado por Jiménez, Roberto (2015) en: "la Constitución Comentada". Gaceta Jurídica. Tomo II. Pp. 546
[43] **Ley General de Aguas**: Artículo 116º.-Los usos de las aguas caducan: (…)
b. Por no pagar durante dos años consecutivos la tarifa a que se refiere esta Ley, salvo los casos de suspensión, prórroga o exoneración que decrete el Poder Ejecutivo por razón de calamidad pública;

d.3 El artículo 12 disponía el **pago de una tarifa** por el uso del agua, para cubrir los costos de explotación y distribución del agua incluyendo las del subsuelo, y para la financiación de obras hidráulicas necesarias.

Los antecedentes, normas de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve y del Decreto Ley 17752 vigentes a la fecha de dación del Decreto Legislativo N°148 y su reglamento, **nos permite afirmar desde aquella data la exigibilidad y justificación del cobro por el uso y extracción del agua subterránea, fijado como tarifa y no como tributo**.

5.5 El *Decreto Legislativo 148* contiene normas de aprobación y cobro de tarifas por Sedapal en Lima Metropolitana y Callao, asegurando el suministro de agua para dichas zonas, reservando las aguas subterráneas de los acuíferos de las provincias de Lima y Callao, establece el cobro de la Tarifa de Uso de Agua.

El primer párrafo del artículo 1 del citado decreto estableció *la aprobación de las tarifas de agua subterránea* con fines poblacionales e industriales y por decreto supremo[44]; el segundo párrafo se refiere a la tarifa como *"recurso tributario",* el artículo tercero señala que *los recursos impugnatorios son resueltos en última instancia por el Tribunal Fiscal con arreglo al Código Tributario*, y el artículo cuarto señala la derogación y modificación de normas que se opongan.

5.6 El *Decreto Supremo 008-82-VI* aprueba como tarifa inicial el porcentaje mínimo, contemplando la obligación de las personas naturales o jurídicas que con fines de consumo doméstico, comercial o industrial utilicen agua extraída mediante pozos tubulares, dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, de abonar un monto equivalente al veinte por ciento (20%) de las tarifas de agua establecidas para los servicios de agua conectados al sistema que administra, regula el cobro de la tarifa y **no tiene mención alguna a concepto, elemento o recurso tributario**.

---

[44] ***Artículo 1º.-*** *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 esta.*
Artículo 3º.- *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*.

5.7 Como se advierte, los decretos en cuestión no crean ni desarrollan un tributo, y la sola referencia en un párrafo de "*recurso tributario"* no lo convierte en tributo, no cuenta con sustento en las normas fuente, ni produce efectos tributarios en tanto, las disposiciones de los decretos cuestionados no pueden ser interpretadas en forma aislada, sino en forma sistemática con sus propias normas y conforme a una interpretación compatible con las normas constitucionales y legales antes señaladas, que: **a)** no establecieron el cobro como tributo, **b)** no permiten interpretar los decretos como normas tributarias[45],**c)** el cobro fue constituido como tarifa**, d)** la norma derogatoria y modificatoria del decreto no afectaron normas de mayor jerarquía como la Constitucional y la Ley General de Aguas[46].

5.8 Continuando con el análisis, **la normatividad vigente a la fecha de emisión de las resoluciones de determinación,** esto es*,* **de los meses de marzo a junio de dos mil nueve**, contribuyen en interpretación sistemática determinar el sentido normativo de los decretos cuestionados, que establecen coherente y uniformemente que se trata de retribución económica y no un tributo, normativa omitida e infraccionada por la sentencia recurrida, pese su carácter vinculante y jerarquía.

a. La norma fundante de nuestro ordenamiento jurídico es la constitucional, que se impone a las normas legales e infralegales, la *Constitución Política de mil novecientos noventa y tres* en el artículo 66 recoge la protección constitucional a los recursos naturales renovables y no renovables, que constituyen patrimonio de la Nación, **delegando las condiciones de su utilización, por ley orgánica.**

b. La norma atribuida constitucionalmente con competencia para regular las condiciones de utilización del agua, y entre ellas la naturaleza jurídica del cobro por dicho concepto es, la *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley 26821*, publicada el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete, que establece:

[45] Al no cumplir con los parámetros constitucionales del principio de reserva y legalidad contenido en el artículo 139 de la Constitución de 1979, que exigían ley expresa para crear tributos y establecían que la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación

[46] Conforme al principio de derecho "ley superior deroga ley inferior" y no a la inversa.

b.1 El régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos reconocidos como patrimonio de la Nación, *condiciones y modalidades de otorgamiento a particulares* en armonía con el mandato contenido en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política y concordancia con el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú.

b.2 En el artículo 20, señala que el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los particulares (entre ellos, el agua subterránea[47]), **da lugar al pago de una retribución económica** determinada por criterios económicos ambientales, que incluye todo concepto que debe aportarse al Estado por el recurso, sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título, establecidos por leyes especiales.

En este punto, se concluye que la Ley Orgánica 26821 establece el pago de una retribución económica, no contempla que el uso del agua se encuentre gravada con tributo, no ha creado tributo ni régimen tributario.

c. La *Ley de Recursos Hídricos Ley 29338* de fecha treinta y uno de marzo de 2009[48], ley especial referida por la Ley Orgánica, regula el uso y gestión de los recursos hídricos, comprendiendo al agua subterránea; instituye como principio la valoración del agua y la gestión integrada, que **el agua tiene valor sociocultural, valor económico y valor ambiental**, por lo que su uso debe basarse en la gestión integrada y en el equilibrio entre estos[49], prevé:

c.1 En el artículo primero, reconoce y establece que el agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas, ciclos naturales y la seguridad de la Nación; el artículo segundo lo constituye como patrimonio de la Nación, con dominio inalienable, imprescriptible, bien de uso público y delimita su

[47] Ley Orgánica Para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, **Ley N° 26821: Definición de recursos naturales.** Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo 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:
a. las aguas: superficiales **y subterráneas** (…).
[48] Dejó sin efecto la Ley General de Aguas conforme a su única disposición derogatoria, derogando el Decreto Ley Nº 17752, la tercera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo Nº 1007, el Decreto Legislativo Nº 1081 y el Decreto Legislativo Nº 1083; así como las demás disposiciones que se opongan a la Ley.
[49] Inciso 1, del artículo III del Título Preliminar de la Ley N°29338.

administración, la cual debe ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental, y el interés de la Nación.

c.2 Reconocimiento a la diversidad de recursos hídricos y su regulación, en el caso del agua superficial y subterránea identifica varios tipos de uso y el tratamiento legal y económico, establece el pago de una retribución económica, la que **no está prevista ni calificada de naturaleza jurídica tributaria**[50]**.**

c.3 El artículo 20 contempla que *la retribución económica es determinada por criterios económicos, sociales y ambientales*, e incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia; es causal de revocación de los derechos la falta de pago de dos cuotas consecutivas de la retribución económica o de cualquier otra obligación económica[51].

c.4 El artículo 90 establece la obligación de los titulares de los derechos de uso de agua, al pago de: 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; 5) **tarifa** por *monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas*; valores determinados periódicamente por la Autoridad Nacional del Agua, y aprobados por decreto supremo.

c.5 El artículo 91 establece que **la retribución económica por el uso del agua, es el pago que en forma obligatoria deben abonar 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 y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos[52].

---

[50] La Sentencia de Acción Popular N° 0141-2014-Lima, destaca los tipos de uso del agua y reglas en relación al cobro el cual no tiene naturaleza tributaria; desde el artículo 35 al 43, la Ley N° 29338 contempla el uso primario gratuito en la utilización directa y efectiva de las fuentes naturales y cauces públicos de agua, con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias básicas, sin fin lucrativo; el uso poblacional del agua tratada, es oneroso sujeto al pago de retribuciones; el uso productivo del agua en la utilización en procesos de producción o previos a los mismos, agropecuario y agrícola, acuícola y pesquero, energético, industrial, medicinal; minero, recreativo, turístico, y de transporte, es oneroso, se ejerce mediante derechos de uso.
[51] Inciso primero del artículo 72 de la Ley de Recursos Hídricos.
[52] Artículo 91 de la Ley de Recursos Hídricos.

c.6 El artículo 108 vincula al uso del agua subterránea a las disposiciones del Título IX y las demás aplicables, que **el uso del agua subterránea se efectúa respetando el principio de sostenibilidad del agua de la cuenca**; la Octava Disposición Complementaria y Final de la ley, prevé que las aguas subterráneas se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente.

d. *El Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos* aprobado por *Decreto Supremo 001-2010-AG* (publicado el veinticuatro de marzo de dos mil diez), regula el uso y gestión integrada de los recursos hídricos incluyendo el agua s*ubterránea*, orientado al desarrollo sostenible del país y de los ecosistemas; prevé la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión[53], atribuye a la Autoridad Nacional del Agua la administración del agua y de sus bienes asociados en forma exclusiva, los gobiernos regionales y locales participan a través de Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca y conforme a sus leyes orgánicas, los usuarios participan organizados conforme señala la Ley y el Reglamento.

d.1 El artículo 176 numeral 1 del citado reglamento reafirma que la retribución económica 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. Prevé que el pago **"<u>No constituye tributo</u>**"; regula la gestión integrada[54], la Autoridad Nacional del Agua - ANA establece la metodología para determinar el valor de las retribuciones por el uso del agua superficial y subterránea, en base estudios técnicos económicos que establecen el valor, toma en cuenta criterios sociales, económicos y ambientales, se determinan anualmente y se aprueban mediante Decreto Supremo, es destinado para la formulación de los planes de gestión, desarrollo y administración de los recursos hídricos, y para financiar las medidas de control y vigilancia destinadas a la protección de la calidad, el incremento de la disponibilidad de los recursos hídricos y la conservación de las fuentes productoras de agua.

[53] Artículo 1.1 del Reglamento.
[54] Disposición cuya constitucionalidad y legalidad fue confirmada en control orgánico por Sentencia de Acción Popular N°0141-2014-Lima, la que constituye cosa j uzgada constitucional.

d.2 El pago depende del volumen de agua utilizado, los derechos de uso que prevé el artículo 45 de la Ley: a) se paga una vez al año, si el uso es inferior a un año el pago es proporcional, b) en forma mensual y según la cantidad de metros cúbicos de agua consumidos en el mes, c) la forma y plazos de pago son regulados por resolución; los operadores de infraestructura hidráulica mayor y menor cobran la retribución, la Autoridad nacional del Agua - ANA supervisa la calidad del servicio y aplicación del régimen tarifario de los servicios de distribución y abastecimiento que prestan los operadores de infraestructura hidráulica.

d.3 El Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas se encuentra a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), involucra el cobro de una tarifa que será aprobada por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

Cabe anotar que, conforme al artículo 109 de la Constitución, las normas legales tienen carácter obligatorio, sus términos vinculan a autoridades como a los administrados, que en dimensión subjetiva de la supremacía constitucional involucra en un Estado de Derecho, que todas las personas –gobernantes y gobernados- en sus actuaciones se encuentran vinculados en primer lugar a la Constitución y por esta a la ley, y a los términos de la norma jurídica que impone la obligación de pago por el uso del agua como retribución económica.
Concluyendo, que la Ley de Recursos Hídricos y su reglamento, en coherencia con la Ley Orgánica de Recursos Naturales, sustentan la obligación de pago de la retribución económica por el uso del agua, y no prevén tributo alguno.

5.9 Sobre la naturaleza jurídica del cobro por el uso y aprovechamiento del agua, es importante anotar que:

5.9.1 Tiene señalado esta Sala Suprema, que el principio de legalidad vincula la potestad tributaria a la ley y a los principios de reserva de ley, igualdad ante la ley, respeto a los derechos fundamentales y no confiscatoriedad, que los tributos se

crean, modifican o derogan, o se establecen exoneraciones por ley[55], **requiriendo norma legal expresa para la creación de un tributo**[56].

5.9.2 Se ha señalado, que la potestad tributaria se ejerce en función de determinados mandatos que modulan los principios y límites constitucionales y que garantiza la legitimidad constitucional y la legalidad de su ejercicio, colocando al Estado en su actuación en el mismo plano de sumisión al derecho que la actuación de un particular, **afirmando que la creación y coactividad del tributo no proviene del Estado sino de la norma legal válida y vigente**[57].

5.9.3 Reiterando el precedente vinculante en la casación citada, sobre la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, que: **se encuentra proscrito que vía interpretativa se pueda crear, establecer tributos y exoneraciones, que la norma del artículo 74 de la Constitución Política exige ley que expresamente cree el tributo**; resultando contrario a las normas citadas, que vía interpretativa se pretenda señalar que los decretos cuestionados estarían creando y regulando un tributo, cuando sus normas ya analizadas, no prevén, regulan ni crean tributo alguno, sino en concordancia con la Ley Orgánica de los Recursos Naturales y la Ley de Recursos Hídricos están referidas al cobro de una retribución económica.

5.9.4 Nuestro ordenamiento constitucional y legal, así como los principios tributarios acogidos en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, en una sola línea y en coherencia, han acogido como *exigencia para la creación de un tributo, la emisión de una ley expresa, especifica y precisa*; sumándose la norma IV del referido código, señala que sólo por Ley o por Decreto Legislativo (por delegación), se puede crear tributos, señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota, el acreedor tributario, el deudor

---

[55] En la Casación N° 4392-2013-Lima de fecha 24 de ma rzo de 2015, considerando 3.4 se anota *que la potestad tributaria atribuida al Estado tampoco es absoluta debiendo ser ejercida con arreglo a los fines, principios, derechos y límites que las normas del bloque de constitucionalidad establecen*, *sometiendo igual al Estado al principio de reserva de ley y de legalidad*, así el artículo 74 acoge el *Principio de Legalidad* vinculando la potestad tributaria a la ley y a los principios de reserva de ley, igualdad ante la ley, respeto a los derechos fundamentales y no confiscatoriedad; estableciendo que **los tributos se crean, modifican o derogan, o se establecen exoneraciones "*exclusivamente por ley o decreto legislativo*** *en caso de delegación de facultades*" *y en el caso de aranceles y tasas se regulan por decreto supremo*.

[56] A nivel doctrinario se define jurídicamente el tributo "*como una obligación de dar una suma de dinero establecida por Ley, conforme al principio de capacidad, en favor de un ente público para sostener sus gastos*". FERREIRO LAPATZA, José Juan, op. Citado, página 323-324.

[57] FERRIRO LAPATZA, Jose Juán, Curso de Derecho Financiero Español, Editorial Marcial Pons, Madrid 2006, página 324, 326.

tributario y el agente de retención o percepción; supuestos que no aparecen en la desarrollada normatividad constitucional, legal e infralegal sobre recursos hídricos, las que no han creado tributo, han previsto una retribución económica, llevándonos a **reafirmar que el cobro por el uso del agua no tiene naturaleza jurídica de tributo,** habiendo sostenido esta Sala Suprema en forma coherente y el mismo sentido, en la sentencia del Proceso de Acción de Popular N°0141-2014-Lima [58].

5.9.5 La calidad **bien de dominio público hidráulico**[59]**,** con dominio inalienable e imprescriptible, de interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos[60], **no convierte el cobro en un tributo**, pues si bien la Norma II inciso 2 del Código Tributario señala que las tasas entre otras, pueden ser derechos que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos, no establece que todo uso o aprovechamiento constituya una tasa, sino que puede ser; teniendo especial relevancia el principio de reserva de ley y legalidad tributaria recogido en el artículo 74 de la Constitución, que en supremacía constitucional se impone en el ordenamiento, en el sentido de que no puede crearse un tributo sino por mandato de ley, en compatibilidad y armonía con la norma también constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe[61], estableciendo las leyes el pago obligatorio por el uso del agua, y no obligan que se deba cobrar como tributo, sino como retribución económica.

5.9.6 Se impone el principio de reserva de ley y legalidad en la creación y regulación de un tributo, la vinculación a la legislación y regulación especial con sustento constitucional, que **en nuestro sistema nacional no le ha conferido naturaleza tributaria** al cobro. En el derecho comparado la naturaleza jurídica

---

[58] En el mismo sentido, en la Acción Popular N°0141- 2014-Lima, hemos señalado sobre la naturaleza jurídica del cobro por el uso del agua: *"en el cobro por el uso del agua no hay norma legal o decreto supremo que haya creado un tributo por el uso del agua, tampoco hay norma jurídica que establezca que dicho concepto constituya tributos, además de estar proscrito en nuestro ordenamiento jurídico la creación de tributos vía interpretación normativa; por lo que hasta este punto y de acuerdo a la norma del artículo 74 de la Constitución Política y normas legales antes citadas del artículo 91de la Ley N°29338 y artículo 20 de la Ley N°26821, el cobro por el uso del agua viene a constituir una retribución económica, sin haberle conferido por norma legal la calidad de tributo";* que *la Ley de Recursos Hídricos, reguló el pago por el uso de las aguas subterráneas en la modalidad de retribución económica, en plena concordancia con el artículo 20 de la Ley Orgánica de aprovechamiento sostenible de recursos naturales y el artículo 66 de la Constitución Política del Estado*.

[59] Establecido en el artículo segundo y sétimo de la Ley N°29338.

[60] Con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos, para la conservación e incremento del agua, asegurar su calidad fomentando una cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

[61] Literal a del inciso 24, artículo 2 de la Constitución Política de 1993.

responde a la calificación acogida por el legislador, en países como Francia, Alemania, Canadá, Grecia, Italia, Japón entre otros, prevén el pago de un canon por extracción de agua subterránea, Bélgica, Flandes, los Países Bajos establecen el pago de un impuesto[62]; en nuestro Estado las normas citadas, uniformemente han *previsto el cobro de una retribución económica que puede ser contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título, tarifa, dependiendo la exigencia y tipo de pago según el tipo de uso del agua*[63].

5.9.7 Tampoco estamos ante un supuesto de tributo encubierto, el cobro no tiene naturaleza tributaria por las especiales características que lo distingue esencialmente de los tributos[64], pues si bien es una *prestación de dar* de naturaleza pecuniaria, **no hay una relación jurídico *ex lege* "*de prestación tributaria*"** como producto del acaecimiento de una hipótesis de incidencia tributaria[65]; desde la inexistencia de vínculo y relación jurídica tributaria establecida por ley entre acreedor y deudor tributario, los diferentes tipos de uso del agua, la gratuidad de algunas y onerosidad de otras, así como las diversas formas de autorización, concesión y derecho de uso del agua subterránea, el sistema de gestión integrada al que se encuentra sometido el uso y aprovechamiento del agua, participando entes de derecho público y privado; la metodología para la determinación de los valores **no atiende a la capacidad contributiva del deudor**, sino que es regulada en base a informes técnicos teniendo en cuenta criterios sociales, económicos y ambientales, cuyos montos van variando y son reajustados periódicamente; ratifican que en el caso del cobro por el uso del agua subterránea, no se dan los supuestos para el tributo, esto es hipótesis de incidencia tributaria, hecho imponible, y obligación tributaria, manteniendo su naturaleza jurídica de retribución económica.

---

[62] http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/presentacion_dia_21_nov_ana_0_0.pdf
[63]Fundamento 4.5 de la sentencia de Acción Popular N° 141-2014-Lima, publicada con fecha 19/06/2016.
[64] Como se tiene desarrollado en la Casación N° 4392- 2013, el Código Tributario no contiene una definición de tributo, sino una referencia en la Norma II[64] que establece que el referido Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos; acoge **el principio de reserva de la ley** previsto en el inciso a) del artículo IV, que establece que sólo por ley o decreto legislativo (cuando hubiere delegación), se crea, modifica y suprime tributos, se señala el hecho generador de la obligación tributaria, la base para el cálculo y la alícuota, el acreedor tributario, el deudor tributario, los agentes de retención y de percepción.
[65] *"prestación de dar de naturaleza pecuniaria que no constituya una sanción por acto ilícito, cuyo cumplimiento es dispuesto por la instauración de una relación jurídico obligatoria ex lege (deber jurídico de prestación tributaria), como producto del acaecimiento de una hipótesis de incidencia tributaria, y cuyo sujeto activo es en principio, un ente de derecho público"*Bravo Cucci, Jorge, Op. Cit., pág. 311.

5.9.8 Es pertinente anotar, que la competencia **del Tribunal Fiscal** prevista en el artículo 3 del Decreto Legislativo 148 no convierte el cobro en tributo, esta fue normativamente atribuida para resolver el asunto en segunda instancia; en igual forma ha sido modificada en la nueva normatividad de la Ley de Recursos Hídricos, y normas reglamentarias; estableciendo el artículo 17 de la Ley de Recursos Hídricos de dos mil nueve, la estructura orgánica de la Autoridad Nacional del Agua, compuesta por un Consejo Directivo, Jefatura, Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas, y órganos de apoyo, asesoramiento, línea, desconcentrados y administraciones locales de agua que dependen de las autoridades administrativas; el artículo 22 establece que el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas es el órgano que, con autonomía funcional, conoce y resuelve en última instancia administrativa las reclamaciones y recursos administrativos contra las resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa del Agua y la Autoridad Nacional, según sea el caso; asimismo, a la fecha el **Decreto Legislativo 1185** de fecha dieciséis de agosto de dos mil quince (citado para efectos ilustrativos), que regula el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma, entre ellas Sedapal[66], señala que la tarifa de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas es el pago que deben efectuar las personas naturales y jurídicas comprendidas en dicha norma, dispone en la tercera disposición complementaria final, que los reclamos vinculados al cobro de la retribución económica por el uso del agua serán resueltos por la Autoridad Nacional del Agua - ANA y los referidos a la tarifa de monitoreo y gestión del agua subterránea serán resueltos en primer instancia por las Entidades Prestadoras de Servicio de Saneamiento y en última instancia por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - Sunass; en consecuencia con la normatividad actual, el propio Tribunal Fiscal ha declarado su incompetencia para la cognición de reclamos en materia de cobro de tarifa por el uso de aguas subterráneas, emitiendo precedente administrativo en ese sentido[67].

---

[66] En la segunda disposición complementaria final, reconoce a Sedapal en los acuíferos de las provincias de Lima y Callao, como operador del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas y adecuación.

[67] El Tribunal Fiscal en la Resolución N° 03820-Q-2016 publicado en Diario Oficial El Peruano el 8/11/2016, establece precedente administrativo, en el sentido de que no es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa SEDAPAL, por la tarifa que se devenga a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N°1185.

5.10 Concluyendo de lo avanzado hasta este punto en esta sentencia, que:

1) Se ha dado cumplimiento a los cánones en su diseño normativo conforme al marco constitucional, que por mandato de la norma suprema, las condiciones de uso y la naturaleza jurídica del cobro fueron reguladas por la Ley Orgánica de Recursos Naturales, la Ley de Recursos Hídricos y su reglamento, como una retribución económica de carácter obligatorio e ineludible, y no como tributo, debiendo ser interpretadas en ese contexto y sentido las disposiciones del Decreto Legislativo 148 y su reglamento, los cuales al no prever el cobro de un tributo, no han infringido el principio de reserva de ley.

2) El cobro por uso y extracción de agua subterránea, se justifica en el interés nacional y necesidad pública, la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos, para la conservación e incremento del agua, asegurar su calidad fomentando una cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones[68], destinada a efectivizar el derecho al acceso equitativo al agua, calificado en el siglo XXI como derecho fundamental esencial por su trascendencia en las actividades humanas.

3) La sentencia de vista infringe las normas citadas, al acoger una interpretación como tributo, contrariando las fuentes normativas constitucional, legal y las normas de los decretos en cuestión, que han previsto el pago obligatorio e ineludible de una retribución económica por el uso y extracción del agua subterránea.

SEXTO: Actuación en sede de instancia

6.1 Conforme se tiene desarrollado, la sentencia de vista infringe las normas denunciadas, al señalar como fundamento medular de la decisión judicial, que puntualiza en el considerando séptimo y octavo que no se puede pretender el cobro de una tarifa cuya inconstitucionalidad es incuestionable por infracción del principio

[68] El artículo 90 de la ley especial, prevé en relación al pago de los usuarios de agua subterránea, que los fondos se destinan al monitoreo del uso del agua, nivel freático, gestionar el uso para hacer sostenible su disponibilidad.

de reserva de ley; sin haber advertido que de acuerdo al marco normativo constitucional y legal válido y vigente, **la utilización del agua genera la obligación de pagar una retribución económica que no tiene naturaleza tributaria**; por lo tanto, la sentencia de vista incurre en infracción normativa, que bajo una premisa incorrecta de supuesta naturaleza tributaria del cobro por el uso de aguas subterráneas, e inaplicación de los dispositivos contenidos en el Decreto Legislativo 148 y el Decreto Supremo 008-82-VI y de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29338 desestima la pretensión contenciosa administrativa, contraviniendo el contexto convencional, constitucional y legal vigente, que obligan al pago de una retribución económica.

Asimismo, conforme se tiene señalado en esta ejecutoria, el cobro por el uso de aguas subterráneas se enmarca en los alcances normativos de los artículos 90 y 91 de la Ley de Recursos Hídricos – Ley 29338 de fecha treinta de marzo de dos mil nueve y su reglamento de fecha veintitrés de marzo de dos mil diez, que encuentra concordancia y coherencia con las normas encadenadas contenidas en el artículo 20 de la Ley de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales de mil novecientos noventa y siete y el artículo 66 de la Constitución Política del Estado, manteniendo su exigibilidad.

Esta Sala Constitucional Suprema reafirma la protección constitucional del recurso hídrico, que el recurso de aguas subterráneas es un recurso valioso y limitado, cuyo cobro encuentra justificación en la sostenibilidad del recurso y la disponibilidad con mayor cobertura a la población conforme al derecho fundamental de acceso equitativo al agua potable.

6.2 Habiendo determinado que la sentencia de vista ha incurrido en las infracciones denunciadas, corresponde actuar en sede de instancia, para tales efectos, expuestas las premisas jurídicas precedentes, corresponde acudir a la base fáctica determinada por la instancia de mérito, habiendo fijado la sentencia que: *"mediante la cuestionada resolución administrativa, obrante a folios ciento cinco y ciento cuatro del expediente administrativo, el Tribunal Fiscal revocó los Acuerdos de Directorio y Resoluciones de Gerencia General citados dejando sin efecto las aludidas Resoluciones de Determinación emitidas por Sedapal y a través de las cuales se estableció los montos que la Fuerza Aérea del Perú debía pagar por*

concepto del Tributo por el Uso de Aguas Subterráneas correspondiente a los meses de marzo a junio de dos mil nueve".

6.3 De la estructura fáctica se desprende que las Resoluciones de Determinación fueron emitidas por Sedapal ante el **incumplimiento** de pago por parte de la Dirección de Bienestar de la Fuerza Aérea del Perú por **la extracción y uso de aguas subterráneas**, correspondientes **a los meses de marzo a junio de dos mil nueve,** fecha en la cual se generó la obligación de pago de la retribución económica por el aprovechamiento del recurso natural hídrico consistente en la extracción y uso del agua subterránea**.**

6.4 Revisada la resolución del Tribunal Fiscal N° 1460 2-5-2010[69] materia de demanda, se advierte que contraviene el ordenamiento jurídico, la norma constitucional del artículo 66, la norma del artículo 20 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, y el artículo 90 de la Ley de Recursos Hídricos, desarrolladas precedentemente, incurriendo en causal de nulidad sancionada en el inciso primero del artículo 10 de la Ley 27444[70].

6.5 Al resultar nula la resolución administrativa impugnada, la consecuencia jurídica es el restablecimiento, esto es, la restitución de las resoluciones de determinación anuladas por la Resolución del Tribunal Fiscal; máxime que las resoluciones de determinación notificadas con fecha quince de abril, once de mayo, ocho de junio, y ocho de julio de dos mil nueve de cobro por el uso de aguas subterráneas se enmarca en los alcances normativos del artículo 90 de la Ley de Recursos Hídricos – Ley 29338 de fecha treinta de marzo de dos mil nueve y su reglamento de fecha veintitrés de marzo de dos mil diez, que encuentra concordancia y coherencia con las normas encadenadas contenidas en el artículo 20 de la Ley de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales de mil novecientos noventa y siete y el artículo 66 de la Constitución Política del Estado, manteniendo su exigibilidad, que conforme a lo antes desarrollado, esta Sala Suprema reafirma la

[69] Resolución emitida con anterioridad a la expedición del Decreto Legislativo N° 1185 en que se modificó la competencia del tribunal fiscal conforme al fundamento 3.7.7 de la presente sentencia de casación.
[70] **Ley N°27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (…)

protección constitucional del recurso hídrico, que el recurso de aguas subterráneas es un recurso valioso y limitado, cuyo cobro encuentra justificación en la sostenibilidad del recurso y la disponibilidad con mayor cobertura a la población conforme al derecho fundamental de acceso equitativo al agua potable.

En consecuencia, quedan subsistentes las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ ESCE, N° 240111900003178-2009/ESCE y N° 240119900004185/ESCE de fechas marzo a junio de dos mil nueve; emitidas por Sedapal al ser convencional, constitucional y legalmente válidas; correspondiendo que la Fuerza Aérea del Perú realice el pago de la retribución económica por el uso y extracción de agua subterránea.

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones; declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal de fecha veintiuno de julio de dos mil catorce, obrante a fojas doscientos setenta y nueve; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número diecisiete, de fecha diecinueve de junio de dos mil catorce, obrante a fojas doscientos setenta y nueve, expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima; y **actuando en sede de instancia REVOCARON** la sentencia apelada contenida en la resolución número doce, de fecha doce de agosto de dos mil trece, obrante fojas doscientos ocho, que declaró infundada la demanda y **REFORMÁNDOLA declararon FUNDADA la demanda**, en consecuencia Nula la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 de fecha dieciocho de noviembre de dos mil diez**; qued ando SUBSISTENTE** las Resoluciones de Determinación N° 240119900005 386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ESCE, N° 2401119 00003178-2009/ESCE y N° 240119900004185/ESCE de fechas marzo a junio d e dos mil nueve; debiendo el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal proseguir con la cobranza de la retribución económica por la extracción y uso de aguas subterráneas por parte de la Fuerza Aérea del Perú; en los seguidos por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal contra el Tribunal Fiscal y otro,

sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; y los devolvieron. **Jueza Suprema Ponente: Rueda Fernández**.-

S.S.

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

MALCA GUAYLUPO Ciz/jps

EL VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VINATEA MEDINA Y TOLEDO TORIBIO, ES COMO SIGUE ----------

Vista la causa, con los acompañados; con lo expuesto por el Dictamen Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo:

I.- RECURSO DE CASACIÓN:

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por el **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal,** de fecha veintiuno de julio de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos siete, contra la sentencia de vista emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha diecinueve de junio de dos mil catorce, obrante a fojas doscientos setenta y nueve, que **confirmó** la sentencia apelada de fecha doce de agosto de dos mil trece, obrante a fojas ciento noventa y nueve, que declaró **infundada** la demanda.

II.- CAUSALES DEL RECURSO:

Mediante resolución de fecha trece de julio de dos mil quince, obrante a fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, se ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **a) Infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82- VI, b) Infracción normativa del artículo 100 del Código Procesal Constitucional, c) Infracción normativa de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338; y, d) Infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado y el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil.**

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANTECEDENTES DEL PROCESO. Del análisis de los autos se advierte que el presente proceso ha sido iniciado con motivo de la demanda presentada por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal en donde postula como pretensión principal se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010, de fecha dieciocho de noviembre de dos mil diez, que resolvió revocar los Acuerdos N° 202-028-2009, de fecha cuatro de noviembre de dos mil nueve, y N° 223-029-2009, de fecha veint icinco de noviembre de dos mil nueve, y las Resoluciones de Gerencia General N° 79 3-2009-GG, de fecha veintisiete de agosto de dos mil nueve, y N° 736-20 09-GG, de fecha doce de agosto de dos mil nueve, y dejar sin efecto las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCCE y N° 24011990004185-2009 /ESCE.

SEGUNDO: La demanda mencionada en el considerando precedente fue declarada infundada en todos sus extremos en la sentencia emitida por el Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha doce de agosto de dos mil trece, obrante a fojas ciento noventa y nueve. Que, dicha decisión fue confirmada en la sentencia de vista emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha diecinueve de junio de dos mil catorce, obrante a fojas doscientos setenta y nueve.

TERCERO: SOBRE LAS INFRACCIONES DENUNCIADAS. Las causales por las cuales se ha declarado procedente el recurso de casación han sido detalladas en el segundo punto denominado causales del recurso, pero en lo que respecta a su fundamentación han sido agrupados de la siguiente manera: **a) Infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI**, señalando que la sentencia de vista objeto de impugnación no ha efectuado un análisis adecuado respecto a la vigencia o no de estas disposiciones legales, **b) Infracción normativa del artículo 100 del Código Procesal Constitucional**, indicando que el *Ad quem* no ha considerado que esta disposición establece un plazo de seis años para presentar demanda de inconstitucionalidad, **c) Infracción normativa de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos**, manifestando que el *Ad quem* no ha tomado en cuenta que, en virtud a lo previsto en estas disposiciones, el agua constituye un recurso natural vulnerable, cuya protección y uso sostenible debe procurar el Estado; y, **d) Infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado y el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil**, arguyendo que la sentencia de vista vulnera el derecho a la motivación que estas disposiciones consagran, al no haber expuesto los supuestos de hecho y derecho en los cuales se basa su pronunciamiento, en lo referido a la naturaleza tributaria de las aguas subterráneas.

CUARTO: CONFLICTO JURÍDICO

4.1. Las instancias de mérito concluyen que la "tarifa de agua subterránea" fue creada como tributo por el Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-82-VI, por delegación de la Ley N° 23230; sin embargo, luego de examinar el cumplimiento de los principios constitucionales que regulan el régimen tributario, determinan que dichas normas transgreden el principio de reserva de ley, siguiendo el criterio vertido en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC. Por su parte, el recurrente expresa en su recurso de casación que la sentencia de vista no analizó la vigencia del Decreto Legislativo N° 148 ni del Decreto Supremo N° 008-82-VI, sino solo examinó si estos cumplen con el principio de reserva de ley, dando por sentada la naturaleza tributaria del cobro por uso de aguas subterráneas, inaplicando el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338,

aprobado por Decreto Supremo N°001-2010-AG, que de manera taxativa establece que la retribución económica por el uso de agua subterránea no constituye tributo. En ese orden de ideas, no se considera que el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad de estas normas y la Sala Superior no toma en cuenta el principio de seguridad jurídica, a partir del cual el Estado creó la tarifa de aguas subterráneas para las provincias de Lima y Callao, al amparo de la Ley N° 23230, oportunidad en la cual no se definía como tributo o tasa, siendo que estos conceptos fueron incorporados con posterioridad al ordenamiento jurídico mediante Decreto Supremo N° 135-99- EF. Asimismo, la legislación sobre recursos hídricos señala que no constituye tributo, lo cual es coherente con la Ley General de Aguas - Ley N° 17552, que en su artículo 12 asigna por el uso y aprovechamiento de aguas subterráneas, tarifas base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluso las del subsuelo. Aunado a ello, la sentencia recurrida no ha considerado que al crearse la tarifa por uso de aguas subterráneas según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 148, así como por su naturaleza, los ingresos económicos obtenidos por el Estado, a través del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal, no constituían un recurso tributario sino un recurso financiero, conforme al artículo 118 de la Constitución de 1979 y al artículo 66 de la Constitución de 1993, así como en aplicación del principio de continuidad y el artículo 12 del Decreto Ley N° 177 52, la calificación de recurso tributario constituye un error de técnica jurídica. Asimismo, la Ley de Recursos Hídricos - Ley N°29338, establece que la retribución económica por el uso del agua es la contraprestación que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser un recurso natural que es Patrimonio de la Nación, no constituye tributo.

4.2. En ese sentido, por las circunstancias anotadas y los argumentos expuestos en el recurso de casación, la controversia radica en determinar si el concepto denominado **tarifa por agua subterránea** constituye una retribución económica, como indica el recurrente, o tributo, como lo determinan las instancias de mérito y el Tribunal Fiscal, en cuyo caso deberá verificarse si las normas que exigen su cobro, se encuentran acordes con los principios constitucionales que regulan el régimen tributario, como son: la reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y respeto a los derechos fundamentales. Siendo ello así,

atendiendo a las denuncias declaradas procedentes se debe iniciar el análisis del recurso por la causal contenida en el **literal d**, dado sus efectos nulificantes en caso de ser amparada, y de no ampararse, se procederá a examinar la causal contenida en el **literal b**, y posteriormente las causales de los **literales a y c**, que incluirán a los dispositivos legales que contemplan el cobro por el uso de aguas subterráneas.

QUINTO: DEL DEBIDO PROCESO Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. Con el objetivo de cumplir con los fines del recurso de casación, es necesario acudir a las causales por las cuales se declaró su procedencia. En ese contexto, en lo que respecta al **literal d**, corresponde examinar el marco jurídico de las garantías de los derechos fundamentales a un debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la debida motivación de las resoluciones judiciales, a fin de que se ejercite adecuadamente la finalidad esencial del recurso de casación, y se resguarde la tutela de los derechos procesales con valor constitucional, con la clara observancia de las normas sustantivas y procesales que garantiza al justiciable el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada y fundamentada, respetando los principios de jerarquía de las normas, el de congruencia procesal, la valoración de los medios probatorios.

5.2. Sobre el derecho fundamental al debido proceso, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, viene sosteniendo que se trata de un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal[71]. En ese sentido, afirma que: *"(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en el puedan encontrarse comprendidos"* [72]. En ese contexto, podemos inferir que la vulneración a este derecho se efectiviza cuando, en el desarrollo del proceso, el órgano jurisdiccional no respeta los derechos procesales de las partes; se obvien o

[71] Expediente N°03433-2013-PA/TC. Sentencia de fecha dieciocho de maro de dos mil catorce, en los seguidos por Servicios Postales del Perú S.A. – SERPOST S.A. Fj. 3.
[72] Expediente N°7289-2005-AA/TC. Sentencia de fecha t res de mayo de dos mil seis, en los seguidos por *Princeton Dover Corporation* Sucursal Lima-Perú. fj. 5.

alteren actos de procedimiento; la tutela jurisdiccional no es efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus resoluciones.

5.3. A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en los fundamentos cuadragésimo tercero y cuadragésimo octavo de la sentencia emitida en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC manifestó lo siguiente: *"(…) los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros), y que, (…) el contenido constitucional del derecho al debido proceso (…) presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer" (subrayado agregado).*

5.4. Por su parte, la Corte Suprema en el considerando tercero de la Casación N° 3775-2010-San Martín dejó en claro lo siguiente: *"Es así que el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos también como principio de la función jurisdiccional en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de los decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder – deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso, entre ellas, el de motivación de las resoluciones judiciales"*.

5.5. Así pues, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, exige que, cuando una persona requiera la protección de su derecho o de sus intereses legítimos, aquello

sea atendido por los órganos jurisdiccionales mediante un proceso adecuado donde se respeten las garantías mínimas de los litigantes, esto es, de ambas partes en el proceso. *"(…) Ello es así, toda vez que no solo se busca la defensa de los intereses de la parte accionante sino también los del sujeto requerido, pues la tutela abarca una serie de otros derechos expresamente señalados o implícitamente deducidos de aquel. En la doctrina, se ha señalado que este derecho abarca principalmente tres etapas: El acceso a los órganos jurisdiccionales, el cumplimiento de las normas y derechos que regula el debido proceso, y el de la ejecución de la resolución obtenida"*[73].

5.6. Como es sabido uno de los principales componentes del derecho al debido proceso se encuentra constituido por el denominado derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, respecto al cual, el Tribunal Constitucional en el fundamento décimo primero de la sentencia del Expediente N° 81 25-2005-PHC/TC ha manifestado que: *"En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. (…)"*, por otro lado, en el considerando sétimo de la sentencia del Expediente N° 728-2008-PHC/TC se señaló que: *"(…) es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso".*

5.7. En ese mismo horizonte, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso,

[73] CASACIÓN N°405-2010, LIMA-NORTE, del quince de marzo de dos mil once, considerando octavo. En esta oportunidad la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Propietarios de la Urbanización Sol de Lima; en los seguidos contra la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres y otro; sobre proceso contencioso administrativo.

garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica, siendo exigible que toda resolución, a excepción de los decretos, contenga los fundamentos de hecho y de derecho, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena. Esta garantía se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada. Su finalidad en todo momento es salvaguardar al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez, que garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

5.8. En atención a lo expuesto, podemos establecer que la obligación impuesta por estos dispositivos legales a todos los órganos jurisdiccionales (incluidos los administrativos), es que atiendan todo pedido de protección de derechos o intereses legítimos de las personas, a través de un proceso adecuado, donde no solo se respeten las garantías procesales del demandante sino también del demandado, y se emita una decisión acorde al pedido formulado, el mismo que debe ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica; siendo además exigible que toda resolución, a excepción de los decretos, se encuentre debidamente motivada, conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena.

5.9. Absolviendo las denuncias referidas a que la sentencia de vista recurrida omite señalar los supuestos de hecho y de derecho en los cuales basa su pronunciamiento referido a la naturaleza tributaria de la “tarifa por el uso de agua subterránea”, se advierte que: **i)** en el considerando segundo, describe los agravios expuestos por la apelante; **ii)** en el considerando cuarto, menciona lo suscitado en sede administrativa; **iii)** en el considerando quinto, explica lo decidido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 4899-2 007-PA/TC; **iv)** en el considerando sexto, analiza lo referente a la constitucionalidad del Decreto Legislativo N°148 y su Reglamento, aprobado median te Decreto Supremo N°008-82-IV; y, **v)** en los considerandos sétimo al octavo, se analiza lo referente a los recursos naturales.

5.10. El recurrente denuncia la contravención del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado y del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, señalando que la sentencia de vista vulnera el derecho a la motivación que estas disposiciones consagran, al no haber expuesto los supuestos de hecho y de derecho en los cuales se basa su pronunciamiento en lo referido a la naturaleza tributaria de las aguas subterráneas.

5.11.- Sobre el particular, debemos señalar que en la sentencia de vista al confirmar la sentencia apelada que declaró infundada la demanda, en cierto modo, adoptó el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 04899-2007-PA/TC, el cual inaplicó el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI por haber transgredido el principio de reserva de la ley tributaria, excediendo la norma autoritativa, para lo cual analiza todos los fundamentos de hecho y derecho respecto a la calidad tributaria de la tarifa por uso de agua subterránea, habiendo optado por un criterio similar al esgrimido en la sentencia del Tribunal Constitucional antes referida; en consecuencia, está justificada la decisión arribada por la Sala de mérito, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones ni el derecho a un debido proceso.

5.12. En ese contexto, se aprecia que la sentencia de vista contiene los argumentos que definen la naturaleza tributaria de la tarifa por uso de agua subterránea, la misma que se encuentra sustentada en el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC, procediendo luego a establecer que el Decreto Legislativo N°148 y su Reglamento, transgreden el principio de reserva de ley tributaria, toda vez, que la Ley N°23230 no autorizó de manera expresa que el Poder Ejecutivo se encontraba facultado para crear nuevos tributos. Siendo ello así, sin perjuicio de que el criterio adoptado por la Sala Superior sea correcto o no, se puede determinar que no vulnera los derechos a la debida motivación y al debido proceso, ya que se cumple con expresar las razones en las cuales basa su decisión de señalar que la tarifa por uso de agua subterránea tiene naturaleza tributaria. En consecuencia, la causal del **literal d** corresponde ser **desestimada**.

SEXTO: EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA SENTENCIA DEL EXPEDIENTE N°04899-2007-PA/TC

6.1. Respecto a la causal vertida en el **literal b**, corresponde señalar que el artículo 100 del Código Procesal Constitucional prescribe que: *"La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución" (subrayado agregado).*

6.2. En mérito a la norma señalada en el considerando precedente, el recurrente argumenta que el plazo para la interposición de una demanda de inconstitucionalidad es de seis años contados a partir de su publicación, y que vencido este, se incurren en prescripción de la pretensión. Adicionalmente, sostiene que tampoco se ha considerado que el fallo del Tribunal Constitucional era para un caso en concreto. Finalmente, alega que ante un posible precedente vinculante del Tribunal Constitucional, los jueces pueden apartarse en aras de brindar mayor protección a los derechos fundamentales, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto.

6.3. Con la finalidad de absolver la causal señalada, es de tener en cuenta que el artículo 100 del Código Procesal Constitucional está referido al Proceso de Inconstitucionalidad que se encuentra consagrado en el inciso 4 del artículo 200[74] de la Constitución Política del Estado, el cual, como sabemos, está orientado a controlar la constitucionalidad de normas con rango de ley que podrán contravenir nuestra Carta Magna ya sea es aspectos de forma o de fondo.

6.4. Ahora bien, podemos advertir que la Sala Superior que conoció el proceso sustentó su decisión, entre otras cosas, en la sentencia emitida en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC (Caso Jockey Club del Perú), es decir, un pronunciamiento

[74] Artículo 200.- Son garantías constitucionales: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

expedido en un proceso de amparo debidamente recogido en el inciso 2[75] del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, proceso que procede contra el hecho u omisión que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución; por lo tanto, la norma señalada como supuestamente infringida no guarda ninguna relación con la referida sentencia que sirvió como punto de partida y argumento principal para la decisión a la que finalmente arribó el *Ad quem*, mas aún si el proceso de amparo tiene sus propias características y trámite según lo que se observa en el Título III de nuestro Código Procesal Constitucional vigente, es decir, la inaplicación 100 del Código Procesal Constitucional en el caso de autos es coherente dada la naturaleza del proceso llevado en el Expediente N°04899-2007-PA/TC. En consecuencia, la causal del **literal b** corresponde ser **desestimada**.

SÉPTIMO: DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE - DERECHO AL AGUA.

7.1. En cuanto a las causales de los **literales a y c,** es preciso recordar que durante el décimo noveno período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas del dieciséis de diciembre de dos mil once[76], la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó el: *''Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente''*, en el cual se anota que respecto a esta relación existen tres planteamientos: **i)** Subraya el hecho de que la vida y la dignidad humana solo son posibles si las personas tienen acceso a un medio ambiente dotado de ciertas cualidades básicas. La degradación del medio ambiente, incluida la contaminación del aire, el agua y la tierra, puede afectar la efectividad de determinados derechos, como los derechos a la vida, la alimentación y la salud. **ii)** Los derechos humanos sirven para enfrentar los problemas del medio ambiente, es decir, para alcanzar niveles adecuados de protección del medio ambiente. **iii)** La integración de los derechos humanos y el medio ambiente en el concepto de desarrollo sostenible. Asimismo, entre las principales amenazas ambientales para los derechos humanos, sitúa: los impactos ambientales relacionados con la atmósfera a consecuencia del aumento de la actividad humana, el crecimiento demográfico y el crecimiento económico constante; la degradación del suelo, la deforestación y la desertificación;

[75] Artículo 200.- Son garantías constitucionales: 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.
[76] http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-34-SP.

la degradación de la calidad del agua, la escasez de agua dulce y las amenazas para los océanos, como el dramático descenso de los recursos pesqueros; los residuos peligrosos, la contaminación química y la contaminación del aire; la pérdida de la biodiversidad; y, los desastres naturales.

7.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual del 2015[77], Capítulo IV - A, titulado: "Acceso al agua en las Américas una aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano", determina que la formulación del derecho al agua en el sistema universal se derivan en primer lugar de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de mil novecientos cuarenta y ocho que en su artículo 25 indica: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda [...]"*. Por su parte, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Comité DESC, el derecho al agua significa: ***"el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"***. En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- PIDESC, en el párrafo 1 de su artículo 11 considera que el derecho al agua se encuadra en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia, en tal sentido, dispuso que los Estados tienen la obligación de asegurar de manera inmediata que el derecho al agua será ejercido sin discriminación alguna. Así, el Comité DESC ha establecido condiciones esenciales para el acceso al agua: **a) *La disponibilidad.*** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, es posible que algunos usen más por razones de salud, clima y condiciones de trabajo; **b) *La calidad.*** El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico; **c) *La accesibilidad.*** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. Este aspecto tiene

[77] http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf.

cuatro dimensiones: **1) Accesibilidad física.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poder accederse a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías; **2) Accesibilidad económica.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto; **3) No discriminación.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; **4) Acceso a la información.** La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones de agua. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 64/292 adoptada e n la Asamblea General de julio de dos mil, reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos[78].

7.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) incluye el concepto de vida digna dentro de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención. Así en los casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek contra Paraguay, consideró que el Estado no había tomado las medidas necesarias para brindarles las condiciones esenciales para una vida digna, al no haber garantizado la provisión de agua, alimentación, salud y educación, entre otros. En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *versus* Paraguay, la Corte observó que junto a la carencia de tierra, la vida de estos se caracterizaba por el desempleo, analfabetismo, tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, las precarias condiciones de su vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales. Consideró probada la falta de acceso al agua potable por parte de los miembros de la Comunidad, puesto que el agua utilizada tanto para el consumo humano como para el aseo personal, provenía de pozos ubicados en las tierras reclamadas, los cuales

[78] 122 Estados votaron a favor y 41 se abstuvieron, la resolución fue presentada por Bolivia.

eran igualmente utilizados por animales, y que en época de sequía, la falta de agua limpia era alarmante. La Corte constató que los miembros de la Comunidad carecieron de acceso al agua en cantidad suficiente y apta para el consumo humano. Al resolver el caso la Corte declaró que el Estado violó el artículo4 numeral 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1 numeral 1.1 de la misma, por no haber adoptado las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa.

7.4. El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, contiene un catálogo extenso de dichos derechos, entre los que se destacan por su vinculación con el acceso al agua, el derecho de toda persona a la salud (artículo 10), y el derecho a vivir en un medioambiente sano y a contar con servicios básicos (artículo 11).

7.5. Las principales afectaciones al derecho de acceso al agua en las Américas informadas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, derivan de la implementación de proyectos extractivos, uso de agroquímicos, contaminación de las fuentes hídricas, falta de acceso al agua para personas y comunidades viviendo en pobreza y pobreza extrema, especialmente en zonas rurales, y por los cortes del servicio de provisión del agua potable, todo lo cual genera impactos desproporcionados en los derechos humanos de las personas, grupos y colectividades históricamente discriminadas. En la audiencia “Derechos Humanos y el Agua en América” celebrada el veintitrés de octubre de dos mil quince durante el 156 período ordinario de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, se indicó que en la Región existe un modelo de desarrollo basado en la explotación de materias primas, lo que estaría encaminándonos hacia una agudización en la explotación de nuestras fuentes de agua[79]. La apropiación del recurso hídrico para actividades extractivas se estaría llevando a cabo vía figuras legales que las favorecen por sobre el uso y consumo humano. En general, los Estados habrían flexibilizado sus marcos normativos en materia ambiental para favorecer la implementación de megaproyectos, este es el fenómeno de la

[79] Diagnóstico del Agua en las Américas, p. 22.

empresarización, por el cual la normativa nacional concibe al agua como un derecho natural susceptible de apropiación privada para el aprovechamiento comercial e industrial. Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH entre otras medidas recomienda diseñar, implementar y aplicar efectivamente un marco normativo adecuado para garantizar el acceso al agua, apta para el consumo humano en cantidad suficiente sin discriminación en el territorio sometido a la jurisdicción del Estado, en particular respecto a las personas y grupos históricamente discriminados; prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos y en particular los obstáculos referidos al acceso al agua de las personas, grupos y colectividades afectadas por actividades de extracción, desarrollo e inversión.

OCTAVO: SOBRE LA PROTECCIÓN DEL USO DEL AGUA

8.1. El agua es, en su acepción más simple, un recurso natural de cantidad limitada e indispensable para vivir dignamente. Su efectivo acceso y disfrute hoy es considerado un derecho humano esencial, del cual depende además la realización de otros derechos humanos[80]. El agua es un recurso finito, se recicla permanentemente con el denominado período hidrológico o ciclo del agua. Esta constante renovación conduce a dos supuestos, el primero, que el agua ha sido considerada un bien público o de acceso libre; el segundo, que se ha creado conciencia de su escasez, hasta llegar a ser un factor limitante para el desarrollo de una actividad económica fundamental como la agricultura. La mayor parte del planeta está cubierta por océanos, mares, casquetes polares, ventisqueros, nieves eternas, lagos y ríos, lo cual suma mil cuatrocientos millones de kilómetros cúbicos, de este volumen solo una mínima parte es apta para uso humano, el noventa y siete punto cinco por ciento (97.5%) del agua es salada, solamente dos punto cinco por ciento (2.5%) es agua dulce, pero lamentablemente el setenta y nueve por ciento (79%) está congelada en los casquetes polares, veinte por ciento (20%) son aguas subterráneas, únicamente uno por ciento (1%) de agua está disponible para uso humano; peor aún, treinta y ocho por ciento (38%) de ese uno por ciento (1%) es la humedad de los suelos, ocho por ciento (8%) vapor de agua atmosférico, uno por ciento (1%) es parte de los organismos vivos, cincuenta y dos por ciento (52%)

[80] Afectaciones al Derecho al Agua como consecuencia de la implementación de proyectos extractivos en la Región, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/ImplementationReport/AssociationInterame

de los lagos y uno por ciento (1%) en ríos; vale decir, solo la centésima parte de uno por ciento (1%) del agua del planeta es asequible al uso humano. Esa gran cantidad de agua podría ser suficiente para cubrir las necesidades humanas, sin embargo, existen graves problemas al respecto: a) el agua está distribuida desigualmente en el planeta, hay zonas donde abunda y otras donde escasea; b) su demanda crece rápidamente; c) socialmente hay mucho dispendio en el uso del agua, promovido por la tradicional concepción de que es un bien libre o público; d) la consecuencia del mal uso del agua en los últimos ciento cincuenta años, ha producido un severo deterioro de su calidad debido a la contaminación y la escasez del agua[81].

8.2. La importancia del agua se debe a su carácter esencial para la vida, ningún ser vivo puede sobrevivir sin ella, por tanto, resulta indispensable para la salud, el bienestar humano y la preservación del medio ambiente. La crisis por su escasez y la preocupación por su conservación generó que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Cumbre celebrada en el año dos mil dos en Johannesburgo, aprobara entre sus objetivos fomentar la ordenación integrada de los recursos hídricos y la elaboración de planes para la utilización eficaz del agua, buscando reducir el número de personas que no pueden acceder a este recurso; posteriormente, con la finalidad de continuar con estos propósitos, en diciembre de dos mil tres, proclama el "Decenio Internacional para la Acción. El agua, fuente de vida. 2005–2015[82]", con la finalidad de dirigir la atención hacia políticas y actividades proactivas que garanticen a largo plazo una gestión sostenible de los recursos hídricos, en términos tanto de calidad como de cantidad.

8.3. Según el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos se define como aguas subterráneas las que dentro del ciclo hidrológico, se encuentran en la etapa de circulación o almacenamiento debajo de la superficie del terreno y dentro del medio poroso, fracturas de las rocas u otras formaciones geológicas, que para su extracción o utilización se requiere la realización de obras de captación, cuyo estudio previo debe ser aprobado por la Autoridad Administrativa del Agua que es la encargada del control de la explotación de aguas subterráneas y verifica si su utilización se realiza en concordancia con los derechos de uso otorgados; cuando la

[81] Los recursos hídricos. http.//www.eurosur.org/medio_ambiente/bif72.htm.
[82] La información sobre el "Decenio Internacional para la Acción, El agua, fuente de vida" se encuentra en la página web de la Organización de las Naciones Unidas. http:// www.un.org.

disponibilidad del agua subterránea disminuya y se torne insuficiente para cubrir la demanda deberá establecer el régimen de uso más adecuado para conservar y controlar su calidad atendiendo a las prioridades que en su artículo 35 establece la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, (Decreto Supremo N° 001-2010-AG artículos 225, 232 y 233).

8.4. En nuestro país, conscientes de que este recurso vital y valioso es esencial para el desarrollo sostenible, se reconoce a nivel constitucional[83], que constituye Patrimonio de la Nación, disponiéndose que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares se fijarán por ley orgánica; siendo obligación del Estado elaborar la política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de los recursos naturales[84]. Concordante con ello, mediante la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N°26821, se reafirma la posición que los recursos naturales, sean renovables o no renovables, constituyen Patrimonio de la Nación, reconociendo que el agua (superficial y subterránea) como recurso natural es susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y susceptible de tener valor actual o potencial en el mercado (artículo 3 inciso a); asimismo, determina que a través de leyes especiales se promoverá el aprovechamiento de estos recursos y se elaborará las políticas del desarrollo sostenible, entre otros (artículo 7).

8.5. En ese sentido, la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, publicada el treinta y uno de marzo de dos mil nueve, que regula el uso y gestión del agua, establece que se trata de un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la nación (artículo 1); es de uso público, con dominio inalienable e imprescriptible, cuya administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, no existe propiedad privada sobre el agua (artículo 2); declara de interés nacional y necesidad pública la gestión de este recurso con la finalidad de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la

[83] Constitución Política del Perú: Artículo 66**.-** 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.
[84] Constitución Política del Perú: Artículo 67**.-** El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones (artículo 3).

8.6. Sobre el particular, es pertinente precisar que la Ley General de Aguas - Decreto Ley N°17752, publicada el veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y nueve, y aplicable en su momento gracias a la teoría de la continuidad[85], establecía sin excepción alguna que las aguas son de propiedad del Estado, su dominio inalienable e imprescriptible, que no hay propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas, y su uso justificado y racional solo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país (artículo 1). Definió como obligación del Estado: a) Formular la política general de su utilización y desarrollo; b) Planificar y administrar su uso; c) Inventariar y evaluar su uso potencial; d) Conservar, preservar e incrementar dichos recursos; e) Realizar y mantener actualizados los estudios (artículo 2).

Estableció que la protección comprende las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacional, en todos sus estados físicos (artículo 4). Declaró de necesidad y utilidad pública: conservar, preservar e incrementar los recursos hídricos, regularizar el régimen de las aguas, obtener una racional, eficiente, económica y múltiple utilización de los recursos hídricos, promover, financiar, y realizar las investigaciones, estudios y obras necesarias para tales fines (artículo 9).

8.7. De lo expuesto, tenemos que la conservación y gestión del agua, reconocida como un recurso natural indispensable para la salud y bienestar de la persona, así como para la preservación del medio ambiente, condujo a que el Estado le otorgue protección constitucional y legal reconociéndola como Patrimonio de la Nación. En tal virtud, el objetivo de nuestro ordenamiento legal es conservar y preservar el agua, en todos sus estados físicos, y, que su uso debe efectuarse en armonía con

[85] Expediente N°010-2002-AI/TC - Fundamento 13: Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso. Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.

el bien común y de forma responsable, buscando garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

NOVENO: SOBRE EL PAGO POR EL USO DE AGUA SUBTERRÁNEA. ANÁLISIS HISTÓRICO – CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

9.1. Para determinar la obligatoriedad del pago por el uso agua subterránea, resulta necesario examinar las distintas normas legales que han regulado dicha obligación: El artículo 12 de la Ley General de Aguas - Ley N° 17752[86] dispuso que **los usuarios debían abonar tarifas** fijadas por unidad de volumen para cada uso del agua, incluida la subterránea[87]. A continuación, se expidieron el Decreto Legislativo N° 148 de fecha quince de junio de mil novecientos ochenta y uno, Decreto Supremo N° 008-82-VI de fecha cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos, Ley N° 23521 de fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, Ley N° 24516 de cuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis, Decreto Supremo N° 033-86-VC de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, entre otros; todos ellos sobre reserva, aprobación y cobro de tarifas de uso de agua subterránea.

9.2. Más adelante, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821, de fecha veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y siete, define a las aguas superficiales y subterráneas como recursos naturales, cuyas condiciones de utilización y otorgamiento a particulares regula por disposición de los artículos 66 y 67 de la Constitución Política de 1993[88] (artículos 1, 2 y 3), lo cual ratifica lo expuesto en el artículo 118 de la Constitución Política de 1979[89]. Igualmente, establece que los particulares deberán otorgar una **retribución económica** por todo aprovechamiento de los recursos naturales como el agua por

[86] **Artículo 12.-** Los usuarios de cada Distrito de Riego abonarán tarifas que serán fijadas por unidad de volumen para cada uso. Dichas tarifas servirán de base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluyendo las del subsuelo, así como para la financiación de estudios y obras hidráulicas necesarios para el desarrollo de la zona

[87] Según los artículos 60, 61 y 70 del Decreto Ley N° 17752, las aguas subterráneas se utilizan para riego, para satisfacer las necesidades de la familia rural y para realizar estudios, explotaciones o exploraciones.

[88] Constitución Política de 1993. Artículo 66**.-** 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. Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

[89] Constitución Política de 1993. Artículo 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares.

parte de los particulares, da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales, e 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 establecido por ley especial (artículos 20 y 21).

9.3. Con tal propósito, se emite la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, cuya regulación comprende entre otras al agua subterránea (artículo5 numeral 5.9). Entre las clases de usos del agua y orden de prioridad comprende: 1) Uso primario.- Consiste en su utilización directa y efectiva, en las fuentes naturales y cauces públicos, para satisfacer necesidades humanas primarias; 2) Uso poblacional.- Captación del agua tratada de una fuente o red pública, para satisfacer necesidades humanas básicas como preparación de alimentos y aseo personal; 3) Uso productivo.- Utilización en los diversos tipos de procesos de producción o previos a los mismos (artículos 34 a 43). Igualmente, contempla tres clases de derechos de uso de agua: i) Licencia de uso.- para usar el agua con un fin y lugar determinados, puede ser para uso consuntivo y no consuntivo[90]; ii) Permiso de uso.- para épocas de superávit hídrico, facultad de usar cantidad indeterminada de agua variable proveniente de una fuente natural; iii) Autorización de uso de agua.- otorga a su titular la facultad de usar una cantidad anual de agua para cubrir exclusivamente las necesidades de aguas derivadas o relacionadas directamente con ejecución de estudios, obras o lavado de suelos (artículos 44 a 63). Se creó la Autoridad Nacional del Agua que entre sus recursos económicos cuenta con los pagos efectuados por los usuarios por concepto de **retribuciones económicas por el uso del agua** (artículo 16 numeral 16.2); complementariamente, está entre las obligaciones de los titulares de la licencia de uso, la de cumplir oportunamente con el pago de la **retribución económica por el uso del agua y las tarifas cuando corresponda** (artículo 57 inciso 57.2); concordante con ello, dispone que los titulares de estos derechos deben contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso pagando en forma obligatoria una retribución económica por el uso del agua en contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen (artículos 90 y 91).

[90] Uso consuntivo: por las características del proceso se producen pérdidas volumétricas del agua, determinadas por la diferencia del volumen de una cantidad determinada que se extrae menos una que se descarga. Uso no consuntivo: aquél en que no existe pérdida de agua, la cantidad que entra es la misma o próxima a la misma, que termina con el proceso.

9.4. En la misma dirección, el Reglamento de la Ley N° 29338, aprobado por Decreto Supremo N°001-2010-AG, de fecha veintitrés de marzo de dos mil diez, en general, reitera que todos los usuarios están obligados a contribuir económicamente al uso sostenible y eficiente del recurso hídrico mediante el pago de las retribuciones económicas y las tarifas correspondientes; determina que 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. **Precisa que dicho pago no constituye tributo**. La metodología para calcular el valor de las **retribuciones económicas por el uso del agua superficial y subterránea** está a cargo de la Autoridad Nacional del Agua y se aprueba por resolución jefatural, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Agricultura se aprueba el valor de las retribuciones económicas (artículos 175 y 176). La forma de pago será de acuerdo al volumen de agua que se utilice durante un periodo anual calendario, de acuerdo a las formas siguientes: a) una vez al año cuando el periodo de uso sea inferior a un año; b) en forma mensual y según la cantidad de metros cúbicos de agua consumidos en el mes; c) según forma y plazos regulados por la Autoridad Nacional del Agua (artículo 178).

9.5. Luego, se expidió el Decreto Supremo N°014-2011-AG de fecha veintiocho de diciembre de dos mil once y el Decreto Supremo N°023-2012-AG de fecha treinta de diciembre de dos mil doce, que determinaron los **valores a pagar por concepto de las retribuciones económicas por el uso de** agua superficial, **aguas subterráneas** y vertimiento de agua residual tratada para los años dos mil doce y dos mil trece respectivamente.

9.6. En consecuencia, está acreditado que históricamente para los usuarios del agua superficial y subterránea siempre ha existido la obligación de pagar una contraprestación económica, en los inicios, por el Decreto Ley N° 17752, Decreto Legislativo N°148, Decreto Supremo N°008-82-VI, Ley N°23521, Ley N°24516 y Decreto Supremo N°033-86-VC, los cuales **la denominaron tarifa**; posteriormente la Ley N°26821, Ley N°29338 y los Decretos Supremos N°001-2010-AG, N°014-2011-AG y N°023-2012-AG **la denominaron retribución económica**.

DÉCIMO: EL DECRETO LEGISLATIVO N° 148, DECRETO SUPREMO N° 008-82-VI Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

10.1. En mérito a la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Ejecutivo otorgada por la Ley N° 23230, de fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta, para derogar o modificar la legislación expedida a partir del tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, se emitió el Decreto Legislativo N° 148 sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima- Esal. En su artículo 1 estableció que las tarifas de agua subterránea para fines poblacionales e industriales para Lima y Callao serían aprobadas por Decreto Supremo, a ello agregó que el recurso tributario sería administrado por la referida empresa; y, en su artículo 3 que la última instancia administrativa sería el Tribunal Fiscal. Acto seguido, se emitió el Decreto Supremo N° 008-82-VI que aprobó la tarifa propuesta por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal antes Empresa de Saneamiento de Lima - Esal.

10.2. Estas dos normas legales fueron materia del proceso de amparo, entre otros casos, en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC (Caso Jockey Club del Perú y otros). Mediante sentencia de fecha diecisiete de agosto de dos mil uno, el Tribunal Constitucional consideró que la tarifa de agua subterránea es de naturaleza tributaria, por lo que acorde con el artículo 74 de la Constitución Política del Perú vigente, su cobro está sujeto a los principios de reserva de la ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y respeto de los derechos fundamentales. Finalmente, el Tribunal Constitucional concluyó que se trataba de una tasa-derecho por el uso de un recurso natural, sin embargo, determinó que la norma autoritativa la Ley N° 23230 no previó de manera expresa la facultad para crear nuevos tributos y que el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI no cumplen el principio de reserva de ley, por tanto la tarifa puesta a cobro es inconstitucional, por consiguiente, declaró fundada la demanda de amparo e inaplicables al demandante el Decreto Legislativo N° 148 en cuanto al recurso tributario creado como tarifa de uso de agua subterránea, así como el Decreto Supremo N° 008-82-VI y demás normas relacionadas, por tanto, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal está impedido de efectivizar el cumplimiento de la obligación siempre y cuando sea consecuencia de la aplicación de dichas normas, también estaba impedida de restringirle el servicio de agua

potable o agua subterránea. Por último, declaró infundada la demanda sobre imponer al Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal una obligación de no hacer.

10.3. De lo expuesto se aprecia con toda claridad que la sentencia del proceso de amparo se limita a impedir que Sedapal cobre en calidad de tributo, la tarifa por el uso de agua subterránea; sin embargo, no le restringe su capacidad de hacer efectiva la retribución económica por el uso del agua, más aún si a tenor de lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, así como de los artículos 175 y 176 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°001-2010-AG, el pago de la retribución económica por el uso del agua superficial o subterránea es obligatorio para todos los usuarios como contraprestación por el uso del recurso.

DÉCIMO PRIMERO: SOBRE LAS CAUSALES DENUNCIADAS EN SENTIDO ESTRICTO.

11.1. El recurrente, en cuanto a la infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N°008-82-VI, alega que la sentencia de vista objeto de impugnación no ha efectuado un análisis adecuado respecto a la vigencia o no de estas disposiciones legales.

11.2. Al respecto, es importante resaltar que el derecho al agua implica que todos debemos disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, el derecho al agua tiene categoría de garantía esencial para asegurar un nivel de vida adecuado, como condición fundamental para la supervivencia. No obstante ello, existen graves problemas con el agua, pues está distribuida desigualmente en el planeta, hay zonas donde abunda y otras donde escasea, la demanda crece aceleradamente, se hace dispendio en el uso del agua, lo cual ha producido un deterioro grave de su calidad debido a la contaminación y consiguiente escasez; razón por la cual se debe fomentar la ordenada integración de los recursos hídricos y su utilización eficaz a fin de reducir el número de personas que carecen de este recurso hídrico. Con tal finalidad, la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, regula el uso y gestión del agua, la califica como un recurso natural renovable, indispensable para la vida, seguridad de la nación, vulnerable, estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de

los sistemas y ciclos naturales que la sustentan; se caracteriza por ser de uso público, inalienable e imprescriptible; su administración se otorga y ejerce con arreglo al bien común, no admite propiedad privada sobre el agua, ha declarado de interés nacional y necesidad pública la gestión de este recurso con la finalidad de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

11.3. El agua es un recurso natural consagrado constitucionalmente, de patrimonio y soberanía del Estado, quien promueve su uso sostenible. Históricamente, todas las normas que regulan el uso del agua -incluida el agua subterránea- han establecido la obligatoriedad de un pago por parte de los usuarios, denominada primigeniamente tarifa por uso de agua y posteriormente retribución económica. Así lo recoge la Ley de Recursos Hídricos - Ley N°2933 8 al establecer que los titulares de los derechos están obligados a contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de retribución económica por el uso de agua, en efecto, la retribución económica por el uso del agua es el pago obligatorio que los usuarios deben abonar al Estado como prestación por el uso del recurso. El abono de la retribución económica con carácter obligatorio por parte de los usuarios, no solo contribuye al sostenimiento y eficiencia del recurso hídrico, sino también constituye una limitante al uso indiscriminado del agua, por lo tanto, limitar, restringir o prohibir su pago significaría vulnerar la Constitución y las leyes que protegen los recursos naturales y en especial el uso racional del agua.

11.4. Conforme lo anotamos en el considerando 10.2 de la presente sentencia, el Tribunal Constitucional no ha proscrito la posibilidad de hacer efectivo el pago de la retribución económica por el uso del agua, únicamente ha prohibido cobrar con la calidad de recurso tributario por no reunir el valor correspondiente los presupuestos exigidos por el principio constitucional de reserva de ley y legalidad, entre otras, por consiguiente el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal se encuentra constitucional y legalmente facultada para cobrar retribución económica por el uso del agua subterránea por ser un recurso natural de patrimonio y soberanía del Estado, según la Ley N°29338, Ley de Recursos Hídricos, por lo que es obligatorio su pago por parte de los usuarios. Cabe agregar que la Ley de

Recursos Hídricos se encontraba vigente en los meses de marzo a junio de dos mil nueve, meses y año de cobro por el uso del agua al que hace referencia a las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCCE y N° 24011990004185-2009/ESCE, las cuales fueron dejadas sin efecto por la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 de fecha dieciocho de noviembre de dos mil diez , la misma que es materia de la demanda que instauró el presente proceso contencioso administrativo. En consecuencia, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal tiene derecho y se encuentra autorizada para proceder a cobrar a la Dirección de Bienestar de la Fuerza Aérea del Perú la deuda por la retribución económica generada por el uso o extracción de agua subterránea desde marzo a junio de dos mil nueve. Para que esta Sala Suprema declare tal derecho de la recurrente es imprescindible actuar en plena jurisdicción con arreglo a los artículos 5 inciso 2 y 41 inciso 2 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo - Ley N° 27584, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

11.5. En mérito a las consideraciones expuestas concluimos **que se debe pagar en forma obligatoria una retribución económica por la utilización de las aguas subterráneas**, en tal sentido, para la resolución del presente conflicto jurídico, no resulta necesario definir o establecer la naturaleza jurídica tributaria o no de la tarifa de agua subterránea, en razón a que si bien a criterio del Tribunal Constitucional expresado en su jurisprudencia, dicha tarifa es de orden tributario, también es verdad, que el propio Tribunal Constitucional ha concluido que la resolución de determinación puesta a cobro por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal no está sustentada en norma que cumpla con los principios de reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y otros principios de rango constitucional; por el contrario, sí se cuenta con una norma legal vigente, esto es la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, que dispone el pago obligatorio en favor del Estado de la retribución económica por el uso del agua subterránea.

11.6. Sobre los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, debemos precisar que, además de las referencias que hemos esbozado líneas arriba sobre esta norma, el artículo 91 de la referida norma establece 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*. Además, el artículo 94 menciona 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."*. Entonces queda claro que el aprovechamiento por el uso de aguas subterráneas origina una obligación de pago por parte de los beneficiarios. Siendo así, las causales de **los literales a y c** corresponden ser **estimadas**.

11.7. En mérito a las causales que han sido estimadas, corresponde casar la sentencia de vista y actuando en sede de instancia revocar la sentencia apelada y reformándola declarar fundada la pretensión principal de la demanda, nula la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010, de fecha dieciocho de noviembre de dos mil diez, y convalidar en todos sus efectos jurídicos las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 2401 19900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCCE y N° 24011 990004185-2009/ESCE, a fin de que el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal pueda continuar con la cobranza únicamente como retribución económica del total de la deuda a la Dirección de Bienestar de la Fuerza Aérea del Perú generada por extracción o uso de agua subterránea correspondiente a los meses desde marzo a junio de dos mil nueve.

IV.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones: **NUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal**, de fecha veintiuno de julio del dos mil catorce, obrante a fojas trescientos siete; en consecuencia: **SE CASE** la sentencia de vista de fecha diecinueve de junio del dos mil catorce, obrante a fojas doscientos setenta y nueve; y, actuando en sede de instancia, **SE REVOQUE** la sentencia apelada de fecha doce de agosto del dos mil trece, obrante a fojas ciento noventa y nueve, que

declaró **infundada** la demanda y **SE REFORME** declarándola **FUNDADA**; en consecuencia **NULA** la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010, de fecha dieciocho de noviembre de dos mil diez, que resolvió revocar los Acuerdos N° 202-028-2009, de fecha cuatro de noviembre de dos mil nueve, y N° 223-029-2009, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil nueve, y las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG, de fecha veintisiete de agosto de dos mil nueve, y N° 736-2009-GG, de fecha doce de agosto de dos mil nueve, y dejar sin efecto las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCCE y N° 24011990004185-2009/ESCE; por tanto, **se restituyan los efectos de las citadas Resoluciones de Determinación**, debiendo el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal proseguir con la cobranza de la retribución económica por la extracción y uso de aguas subterráneas a la Dirección de Bienestar de la Fuerza Aérea del Perú; en los seguidos por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal contra el Tribunal Fiscal y otro, sobre Acción Contenciosa Administrativa; **SE ORDENE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; y, se devuelva.- **Señor Juez Supremo: Toledo Toribio.**

S.S.

VINATEA MEDINA

TOLEDO TORIBIO *Bjsm/Acc*

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO LAMA MORE ES COMO SIGUE: ---------

I. <u>MATERIA DEL RECURSO</u>:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, de fecha veintiuno de julio de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos siete, contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de junio del dos mil catorce, corriente a fojas doscientos setenta y nueve, que confirma la sentencia apelada de fecha doce de agosto de dos mil trece, obrante de fojas ciento noventa y nueve, que declara infundada la demanda.

II. CAUSALES DEL RECURSO:

Mediante resolución de fecha trece de julio de dos mil quince, obrante de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación formado en esta Sala Suprema, este Tribunal ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, por las causales de Infracción normativa de: **i) el Decreto Legislativo N°148 y el Decreto Supremo N°0082-82-VI; ii) el artículo 100°del Cód igo Procesal Constitucional; iii) los artículos 1°, 2°, 90° y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N°29338; y, iv) el artículo 139°incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y el artículo 122°inciso 3) del Código Procesal Civil.**

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación de las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba el artículo 386°del Código Procesal Civil, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además, la contravención de normas de carácter adjetivo.

SEGUNDO.- Antecedentes Administrativos.

De lo actuado en autos, se advierten los siguientes antecedentes administrativos relevantes:

1. Mediante Resolución de Determinación N° 24011990 0006403-2009/ESCE del 27 de junio de 2009, notificada a la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ el 08 de julio de 2009, de fojas 15 del expediente administrativo, se estableció como monto adeudado a SEDAPAL por concepto de Extracción de Agua Subterránea D.L. 148, por el mes de junio de dos mil nueve, la suma de S/.9,045.69 nuevos soles.
2. Mediante Resolución de Determinación N° 24011990 0005386-2009/ESCE del 30 de mayo de 2009, notificada a la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ el 08 de junio de 2009, de fojas 16 del expediente administrativo, se

estableció como monto adeudado a SEDAPAL por concepto de Extracción de Agua Subterránea D.L. 148, por el mes de mayo de dos mil nueve, la suma de S/.12,360.23 nuevos soles.

3. Mediante Resolución de Determinación N° 24011990 0003178-2009/ESCE del 30 de marzo de 2009, notificada a la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ el 15 de abril de 2009, de fojas 05 del expediente administrativo, se estableció como monto adeudado a SEDAPAL por concepto de Extracción de Agua Subterránea D.L. 148, por el mes de marzo de dos mil nueve, la suma de S/.13,315.82 nuevos soles.

4. Mediante Resolución de Determinación N° 24011990 0004185-2009/ESCE del 29 de abril de 2009, notificada a la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ el 11 de mayo de 2009, de fojas 19 del expediente administrativo, se estableció como monto adeudado a SEDAPAL por concepto de Extracción de Agua Subterránea D.L. 148, por el mes de abril de dos mil nueve, la suma de S/.14,550.97 nuevos soles.

5. Por escritos del 20 de julio (02) y 21 de abril y 21 de mayo de 2009, de fojas 30, 44, 14 y 28, respectivamente, la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ interpuso recursos de Reclamación en contra de las citadas Resoluciones de Determinación.

6. Mediante Resoluciones de Gerencia General N° 793 -2009-GG del 27 de agosto de 2009, y N° 736-2009-GG del 12 de agosto de 2009, de fojas 54 y 39 del expediente administrativo, respectivamente, se declararon Infundados los recursos de Reclamación interpuestos por la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ.

7. Por escritos del 10 de setiembre de 2009 y 24 de agosto de 2009, de fojas 82 y 56 del expediente administrativo, respectivamente, la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ interpone recursos de Apelación en contra de las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG y N° 736-2009-GG .

8. Mediante Acuerdos de Sesión de Directorio de Sedapal N° 223-029-2009 del 25 de noviembre de 2009, y N° 202-028-2009 del 04 de noviembre de 2009, de fojas 56 y 72 del expediente administrativo, respectivamente, se resolvió declarar Infundados los recursos de Apelación interpuestos por la co-demandada FUERZA AÉREA DEL PERÚ.

9. Por escritos del 04 de febrero de 2010 de fojas 107 y 28 de diciembre de 2009, de fojas 107 y 88 del Expediente Administrativo, la co-demandada FUERZA

AÉREA DEL PERÚ interpuso recursos de Apelación en contra de los citados Acuerdos de Sesión de Directorio de Sedapal.

10. Mediante Resolución del Tribunal Fiscal N° 1460 2-5-2010 del dieciocho de noviembre de dos mil diez, de fojas 105 del expediente administrativo, se resolvió Revocar los Acuerdos N° 202-028-2009 de 4 de noviembre y 223-029-2009 de 25 de noviembre de 2009, y las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG de 27 de agosto de 2009 y 736-2009-GG de 12 de agosto de 2009, y Dejar Sin Efecto las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCE y N° 240119900004185-2009/ESCE.

<u>TERCERO</u>.- Objeto del Proceso.

3.1 Demanda: Por escrito del 30 de diciembre de 2010, de fojas 08, SEDAPAL interpone demanda solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia total del acto administrativo Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 de fecha 18 de noviembre de 2010, y se restituya en todos sus efectos legales, los Acuerdos de Directorio N° 202-028-2009 y 223-029-2009 de fecha 04 de noviembre y 25 de noviembre de 2009, de las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG de 27 de agosto de 2009 y 736-2009-GG de 12 de agosto de 2009, y las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCE y N° 240119900004185-2009/ESCE.

Como fundamentos señala que el Tribunal Fiscal no ha merituado los efectos de la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, que en su artículo 1° declaraba la propiedad del estado sobre las aguas sin excepción, disposición en concordancia con el artículo 118° de la Constitución de 1979, que dispuso que los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación y pertenecen al Estado, que igualmente se tendrá en cuenta que la naturaleza jurídica de la tarifa de aguas subterráneas es tributaria, es decir, constituye un tributo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la tarifa de aguas subterráneas constituye una tasa derecho, puesto que el hecho generador del tributo se origina en la utilización de bienes públicos; que, la Ley General de Aguas vigente al momento de darse el decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento Decreto Supremo N° 008-82-VI, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales Ley N° 26821 y la

Ley de Recursos Hídricos N° 29338, sostienen en forma sistemática e irrelevante que las aguas sin excepción alguna son de propiedad del estado, su dominio es inalienable e imprescriptible, igualmente todo aprovechamiento de recursos naturales de parte de particulares, da lugar a una retribución económica.

3.2 Contestación de la demanda: Por escrito del 25 de marzo de 2011, de fojas 30, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, contesta la demanda señalando que el Tribunal Fiscal ha aplicado lo dispuesto en la STC N° 4899-2007-PA/TC del 17 de agosto de 2010, en la cual se declaró fundada la demanda de amparo presentada contra Sedapal, en la cual se solicitó la inaplicación del Decreto Legislativo N° 148, así como del Decreto Supremo N° 008-82-VI, por considerar que dicho tributo no fue creado conforme al principio de reserva de ley, recogido en el artículo 74° de la Constitución Política vigente, por no establecer todos los elementos esenciales del tributo, tales como los sujetos, el hecho generador y la alícuota, los cuales fueron más bien regulados por la norma reglamentaria, es decir, por el Decreto Supremo N° 008-82-VI. Por su parte la Fuerza Aérea del Perú a través de su Procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la FAP, mediante escrito del 07 de abril de 2011, de fojas 47, contesta la demanda señalando que el Tribunal Constitucional concluyó que en la regulación de la tarifa de uso de aguas subterráneas se ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, trayendo como consecuencia que la referida sentencia inaplique el Decreto Legislativo N° 148 en cuanto a dicha tarifa se refiere, así como el Decreto Supremo N° 008-82-VI y las demás normas relacionadas a este tributo.

3.3 Como puede apreciarse, la finalidad de este proceso es determinar si la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 del dieciocho de noviembre de dos mil diez, ha incurrido en causal de nulidad, y de ser ello así, establecer si deben restituirse los efectos jurídicos de los Acuerdos de Directorio N° 202-028-2009 y 223-029-2009 de fecha 04 de noviembre y 25 de noviembre de 2009, de las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG de 27 de agosto de 2009 y 736-2009-GG de 12 de agosto de 2009, y las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCE y N° 240119900004185-2009 /ESCE.

CUARTO.- Pronunciamiento de las instancias.

4.1 Sentencia de primera instancia: mediante Sentencia de fecha doce de agosto de dos mil trece, de fojas ciento noventa y nueve, se declaró infundada la demanda, señalándose como fundamentos, que el Decreto Legislativo N° 148 en su artículo 1° prescribe que las tarifas de agua subterránea con fines poblacionales e industriales serán aprobadas por Decreto Supremo expedido -según lo indica en su parte considerativa- en mérito de facultades conferidas por la Ley N° 23230, no obstante dicha ley autoriza en forma genérica al Poder Ejecutivo a legislar en materia tributaria, sin especificar los sujetos, hecho imponible y la alícuota, regulándose dichos requisitos en el Decreto Supremo N° 008-82-VI, norma que no tiene rango de ley, evidenciándose la vulneración al principio de reserva de ley.

4.2 Sentencia de segunda instancia: La Sala Superior, a través de la Sentencia de Vista de fecha diecinueve de junio del dos mil catorce, que corre en fojas doscientos setenta y nueve, procedió a confirmar la sentencia apelada que declaró infundada la demanda, señalando como fundamentos que la decisión adoptada por el Tribunal Fiscal obedece a la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, aplicando el criterio contenido en la sentencia N° 4899-2007-PA/TC, en cuya virtud se inaplica el Decreto Legislativo N° 148, en cuanto a la Tarifa de Uso de Agua Subterránea se refiere, así como el Decreto Supremo N° 008-82-VI y demás normas relacionadas a este tributo, pues en la regulación de dicha tarifa se ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, agrega que ambas normas transgreden el principio constitucional de reserva de ley tributaria, pues la norma autoritativa Ley N° 23230 no previó de manera expresa la facultad otorgada para crear nuevos tributos, y el acotado decreto Legislativo no cumple con regular los elementos esenciales del tributo, tales como los sujetos, el hecho imponible y la alícuota, los cuales han sido desarrollados por su norma reglamentaria, Decreto Supremo N° 008-82-VI.

QUINTO.- Planteamiento del Problema.

De acuerdo a las causales por las que se ha declarado procedente el recurso de casación del demandante SEDAPAL, se advierte que el problema a resolver es determinar si al emitirse la Sentencia de Vista recurrida se ha verificado la

infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 0082-82-VI, del artículo 100° del Código Procesal Constitucional, de los artículos 1°, 2°, 90° y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338, y, del artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y el artículo 122° inciso 3) del Código Procesal Civil.

SEXTO.- Solución del caso.

Habiéndose declarado procedentes, tanto denuncias sustentadas en *vitio in procedendo* como en *vitio in indicando*, corresponde *prima facie* efectuar el análisis del error procesal o vitio in procedendo, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto del denunciado error material, referido al derecho controvertido en la presente causa

SÉTIMO.- Con relación a la Infracción normativa del artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y el artículo 122° inciso 3) del Código Procesal Civil; corresponde señalar, que en el inciso 3) del artículo 139° de la citada Carta fundamental, se reconoce a todo ciudadano el derecho a un debido proceso y a la tutela judicial efectiva; de ésta última figura constitucional se reconoce, por autorizada doctrina constitucional como uno de sus elementos, el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos; es decir una respuesta fundada en Derecho, conforme a lo establecido en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en atención a los términos previstos en las citadas normas constitucionales, garantiza que los Jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Impartir Justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley. En ese sentido, debe verificarse la observancia del principio de congruencia en las resoluciones judiciales, el cual constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida, impidiéndosele fallar sobre puntos que no han sido objeto de litigio.

7.1 Siendo así, este Supremo Tribunal procederá, con el análisis de la infracción a las normas constitucionales que garantizan el derecho a la debida motivación, a efectos de determinar también si la sentencia emitida por el Colegiado Superior cumple con los estándares mínimos exigibles de respeto a los elementos del derecho al debido proceso, o si por el contrario la misma presenta defectos insubsanables que motiven la nulidad del fallo emitido, correspondiendo ordenar la renovación del citado acto procesal, o de ser el caso, la nulidad de todo lo actuado hasta la etapa en que se cometió la infracción.

7.2 En su recurso de casación, el demandante señala que la sentencia emitida por la Sala Superior ha afectado su derecho a la debida motivación[91], por haber incurrido en defectos de motivación aparente e insuficiente.

7.2.1 Con relación a la motivación aparente, el recurrente alega que la Sala Superior no ha respondido a lo actuado en el presente proceso, pues ha asumido la

---

[91] **En la sentencia recaída en el Expediente Nº 3943-2006-PA/TC**, de fecha 11 de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional, ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación queda delimitado en los siguientes supuestos: *"a) Inexistencia de motivación o motivación aparente; b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente incapaz de transmitir de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa; c) Deficiencia en la motivación externa: justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez o eficacia jurídica; d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo; e) La motivación sustancialmente incongruente, El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)".*

naturaleza tributaria del pago por el uso de las aguas subterráneas, sin exponer sus fundamentos de hecho y derecho, y sin considerar, que la legislación sobre Recursos Hídricos señala taxativamente que no es un Tributo. Al respecto, corresponde señalar, que si bien la Sala Superior no hace un análisis propio respecto a cómo determina que el cobro por uso de aguas subterráneas es de naturaleza tributaria, sin embargo, ello se explica porque ha basado su argumentación en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 4899-2007-PA/TC, en la que se estableció que la Tarifa por uso de aguas subterráneas contenida en el Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-82-VI, es de naturaleza tributaria, es decir, hace una motivación por remisión[92]. Consecuentemente, debe concluirse que la recurrida no ha incurrido en defecto de motivación aparente.

7.2.2 Con relación a la motivación insuficiente, el recurrente alega que la decisión adoptada por la Sala Superior no se encuentra justificada, reiterando que la misma se basa en sentencias del Tribunal Constitucional[93] para afirmar que el cobro por uso del agua subterránea es de naturaleza tributaria, y no toma en cuenta la Ley de Recursos Hídricos que no lo considera tributo. Sobre este punto, corresponde señalar, que si bien no se aprecia que la Sala Superior haya evaluado la citada norma en el sentido señalado, ello se debe a que, según su criterio -mencionado en el punto anterior-, no está en duda para dicho Colegiado la naturaleza tributaria del pago.

7.3 De lo hasta aquí expuesto, debe concluirse que la sentencia recurrida contiene la suficiente justificación fáctica y jurídica de la decisión adoptada, toda vez que se ha partido del examen de la naturaleza de la pretensión, y luego de la valoración conjunta de los recaudos probatorios, se ha concluido según su criterio que la demanda es infundada, exponiendo las razones de hecho y de derecho que ha considerado pertinentes. En tal sentido, la sentencia recurrida, se encuentra debidamente motivada, no evidenciando los vicios de motivación aparente o

---

[92] **Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 1291-2000-AA/TC** del seis de diciembre del dos mil uno. *"2. (...) La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión".*

[93] STC N° 1837-2009-PA/TC del dieciséis de junio del dos mil nueve y N° 4899-2007-PA/TC del diecisiete de agosto del dos mil diez.

insuficiente que fueron alegados por el recurrente, consideraciones por las cuales debe declararse infundado el recurso respecto a las causales procesales denunciadas.

OCTAVO.- Con relación a la infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 0082-82-VI, del artículo 100° del Código Procesal Constitucional, y de los artículos 1°, 2°, 90° y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338; el recurrente alega que la resolución impugnada no analiza la vigencia del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI, sólo examina si cumplen con el Principio de Reserva de Ley, dando por sentada la naturaleza tributaria del cobro por uso de aguas subterráneas e inaplicando la legislación sobre Recursos Hídricos que señala taxativamente que dicho pago no constituye tributo. Agrega, que en la sentencia de vista no se han valorado los artículos 1°, 2°, 90° y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, que establecen que si bien el agua es un recurso natural renovable también es vulnerable, asimismo, que es un bien de uso público y su administración debe ser ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación.

Secuencia normativa del pago por el uso de aguas subterráneas.

8.1 De conformidad con lo establecido por el artículo 12° de la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, publicada el veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y nueve, *"Los usuario de cada Distrito de Riego abonará **tarifas** que serán fijadas por unidad de volumen para cada uso. Dichas tarifas servirán de base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, **incluyendo las del subsuelo**, así como para la financiación de estudios y obras hidráulicas necesarios para el desarrollo de la zona. La Autoridad de Aguas reintegrará a los usuarios que exploten pozos considerados en los planes de Cultivo y riego, los gastos de operación y mantenimiento correspondientes"* (el resaltado es nuestro). Cabe precisar, que es a partir de esta Ley que se reconoce el pago por el uso de aguas subterráneas como una tarifa, y fue emitida bajo el marco de la Constitución Política de 1933 que en su artículo 37[94] reconoció la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales, entre ellos, el agua.

[94] **Constitución Política de 1933**. **Artículo 37.-** Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley

8.2 Luego, por Ley N° 23230[95] publicada el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta, y ya bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, se autorizó al Poder Ejecutivo a modificar la legislación, entre otros temas, sobre materia Tributaria. Así, se expidió el Decreto Legislativo N°148 a través del cual se dispuso en su artículo 1[96], que las Tarifas por agua subterránea serían aprobadas por Decreto Supremo, considerándose a las mismas como un **recurso tributario** que será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima (hoy SEDAPAL), constituyendo ingresos propios de ésta; y en mérito a ello se emitió el Decreto Supremo N° 008-82-VI que fijo la Tarifa mencionada[97], precisando en su artículo 2° que el monto de la misma se calculará por metro cúbico de agua consumida y medida cada mes.

8.3 Si bien el Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, fue derogado por la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos del treinta y uno de marzo del dos mil nueve, ésta última Ley consideró al pago por el uso del agua (incluida la subterránea) como una retribución económica (artículos 90° y 91°[98]), más aún, su

---

fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.

[95] **Ley N° 23230** publicada el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta. **Artículo 1.-** Autorízase al Poder Ejecutivo para que de conformidad con el Artículo 188 de la Constitución y por el término de 180 días derogue o modifique la legislación expedida a partir del 3 de Octubre de 1968, sobre las siguientes materias: Códigos Penales y de Justicia Militar, Código de Procedimientos Civiles y Penales, Código Tributario, Código de Comercio, Código Sanitario, Ley General de Minería, Ley de Sociedades Mercantiles, Decretos Leyes sobre organización, competencia y funcionamiento de la Presidencia de la República, Primer Ministro y los Ministerios, así como el Decreto Ley Nº 18876, y el correspondiente al SINADI, y los que legislen sobre las Instituciones, Organismos Descentralizados y Empresas Públicas dependientes de esos sectores, excepto las Instituciones a las que la Constitución ha dado carácter autónomo; y las comprendidas en la Décima Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

[96] **Decreto Legislativo N° 148** publicado el quince de junio de mil novecientos ochenta y uno. **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 esta.

[97] **Decreto Supremo N° 008-82-VI** publicado el cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos. **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.
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.

[98] **Ley N° 29338. Artículo 90.-** Retribuciones económicas y tarifas. 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:

Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 001- 2010-AG, señaló en su artículo 176° que dicha retribución económica, no constituye tributo. Sin embargo, en su Octava Disposición Complementaria y Final 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. En ese sentido, siendo que en el presente caso, fue a través del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 021-81-VC [99] que se dispuso 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 (hoy SEDAPAL), disposiciones que fueron emitidas bajo la vigencia de lo establecido por el Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, por lo que, debe concluirse que para Lima y Callao, la regulación normativa descrita en los puntos 8.1 y 8.2 continuó vigente en lo referido a la obligación de pago por el uso del agua subterránea.

8.4 Posteriormente, a través del Decreto Legislativo N° 1185, que regula el régimen especial de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento, publicado el dieciséis de agosto del dos mil quince, se derogó el Decreto Legislativo N° 148 [100], con lo cual para el caso de Lima y Callao, se deja de considerar legalmente a la Tarifa por el uso del agua subterránea como un recurso tributario, pasando a ser considerado como una **retribución económica**. No obstante ello, se dispuso la continuidad de los pagos por dicho concepto a favor de SEDAPAL.

---

1. Retribución económica por el uso del agua;
(...)
El Reglamento establece la oportunidad y periodicidad de las retribuciones económicas, las cuales constituyen recursos económicos de la Autoridad Nacional. (...).
Artículo 91.- Retribución por el uso de agua. 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.

[99] Publicada el veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y uno.

[100] **Decreto Legislativo N° 1185. Única Disposición Complementaria Derogatoria.-** Derogación expresa. Deróganse expresamente los dispositivos siguientes:
a) Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Supremo Nº 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 Nº 148**, Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima.
(...).

Antecedentes jurisprudenciales.

8.5 Cabe mencionar, que entre algunos de los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre esta materia, están los siguientes: Casación N°9068-2013-Lima del trece de noviembre del dos mil catorce, emitida en proceso contencioso administrativo, como es el caso de autos, así como en las Consultas N°3311-2010-Lima del cuatro de noviembre del dos mil diez y N° 529-2014-La Libertad del catorce de octubre del dos mil catorce, a través de los cuales se estableció que las Tarifas por el uso de aguas subterráneas constituyen una Tasa - Derecho, y que, además, no correspondía inaplicarse, en el caso de las acciones de amparo, las Leyes N°23521 y N°24516, ni el Decreto Supremo N° 033-86-VC, por no haberse verificado la contravención al Principio de Reserva de Ley Tributaria contenido en el artículo 74°de la Constitución Política, desaprobándose ambas consultas.

Sobre el Uso de las Aguas Subterráneas como Recurso Natural.

8.6 Siendo que el uso del agua subterránea, constituye propiamente la explotación de un recurso natural, corresponde señalar aquellas disposiciones de rango legal y constitucional que establecen la obligación de pago por dicho uso. Así, de conformidad con el artículo 66°de la Constitución Política del Estado *"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"*, de ahí que el Estado está facultado para exigir un cobro por la explotación de un recurso natural. Más aún, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821[101], establece en su artículo 20° 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. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, 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. El canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por sus leyes especiales"*.

[101] Publicada el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete.

8.7 La Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338[102] establece, entre otras disposiciones, que el agua es un recurso renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, es patrimonio de la Nación y su uso público, sólo puede ser otorgado y ejercido en armonía con el bien común[103]. Si bien la citada Ley ha derogado[104] la antigua Ley de Aguas, Decreto Ley N° 17752, sin embargo, conserva una disposición similar a la contenida en ésta respecto a la retribución económica por el uso del agua en sus artículos 90 y 91 (citados en el punto 8.3), considerándola como el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios del agua como contraprestación por el uso del recurso. En ese sentido, esta obligación se mantiene vigente.

8.8 Lo resuelto por el Tribunal Fiscal, que ha sido confirmado por las instancias de mérito, nos lleva a que, en este caso, no se cancele monto alguno por la explotación del agua subterránea en el periodo que fue reclamado, lo cual resulta ser un acto contrario a los contenidos mínimos de justicia, y sobre todo contrario al uso responsable y sostenible de los recursos naturales, como es el caso de los recursos hídricos, conforme lo exige al artículo 67° de la Constitución Política del Estado[105]. Es importante resaltar que en su variada geográfica, nuestro país presenta extensas zonas desérticas, y otras en las que sólo llueve algunos meses durante todo el año, lo cual se ha visto agravado con el fenómeno del cambio climático, motivos por los cuales, los recursos hídricos resultan sumamente escasos, siendo éste un problema que ha venido acentuándose en los últimos años.

---

[102] Publicada el treinta y uno de marzo del dos mil nueve.

[103] **Ley N° 29338. Artículo 1.-** El agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación.
Artículo 2.- Dominio y uso público sobre el agua. 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.

[104] **Ley N° 29338. DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA. ÚNICA**.- Disposición derogatoria. **Deróganse el Decreto Ley Nº 17752**, la tercera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo Nº 1007, el Decreto Legislativo Nº 1081 y el Decreto Legislativo Nº 1083; así como todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.

[105] **Constitución Política del Estado. Política Ambiental. Artículo 67**.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

8.9 Por ello, el uso responsable de estos recursos implica un costo que debe ser asumido por quien lo utiliza, pues mediante ese pago se pueden disponer de los fondos necesarios para su protección. Por el contrario, con la sentencia recurrida se dejaría desprotegida a la sociedad frente a la extracción de recursos naturales, que son patrimonio de la Nación, de acuerdo al artículo 66° de la Constitución Política[106]. Por otra parte, si bien se puede cuestionar la naturaleza del pago, e incluso hasta la determinación del monto a cobrar por su utilización, no es posible aceptar que no se cobre nada por la utilización de recursos naturales, cuya propiedad recae en la Nación, siendo obligación de todos conservarlos debidamente no sólo para el beneficio de la colectividad en el momento actual, sino para el de las futuras generaciones. El no cobro de la contraprestación por el uso de agua subterránea es un contrasentido dentro de la lógica de la explotación responsable de los recursos naturales y la política de preservación de las reservas de estos recursos.

8.10 Más aún, cabe añadir, que en la solución del presente caso no resulta pertinente analizar de manera aislada, algunas de las disposiciones constitucionales, referidas al Principio de Reserva de Ley en materia Tributaria - que, ciertamente es una garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad del Estado -, soslayando otras disposiciones Constitucionales, como son el artículo 66° que establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y el Estado soberano en su aprovechamiento, y, el artículo 67° que impone al Estado el deber de promover el uso sostenible de sus recursos naturales, vaciándolas de contenido en este caso concreto, situación que no puede ser admitida conforme a los Principios de Interpretación Constitucional de Unidad de la Constitución y de Concordancia Práctica, en atención a los cuales, la Constitución Política debe ser considerada como un todo armónico y sistemático, y debe optimizarse su interpretación sin sacrificarse ninguno de los valores, derechos o principios que contiene (Expediente N°5854-2005-AA/TC [107]).

---

[106] **Artículo 66.-** 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.

[107] **Sentencia del Tribunal Constitucional N°5458-2005-AA/TC del 08 de noviembre del 2005. 4. Principios de interpretación constitucional. 12.** Reconocida la naturaleza

Análisis de la Resolución del Tribunal Fiscal.

8.11 Del tenor de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 del dieciocho de noviembre de dos mil diez, que es objeto de cuestionamiento en el presente proceso, se advierte que su argumentación se circunscribe a la cita de los fundamentos de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Expediente N° 4899-2007-PA/TC publicada el diecisiete de agosto del dos mil diez, contra SEDAPAL y en la que se solicitó la inaplicación del Decreto Legislativo N° 148 así como del Decreto Supremo N 008-82-VI.

8.12 Ello se evidencia cuando el Tribunal Fiscal señala que, *"el citado Tribunal* [Constitucional] *ha indicado que de una revisión de la Ley N° 23230 , se aprecia que se autorizó al Poder Ejecutivo para que dicte las normas relativas a la Ley General de Endeudamiento Público Externo, Legislación Tributaria y Perfeccionamiento de la Ley General de Cooperativas N° 15260, entre otras, sin que dicha ley haya*

---

jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

a) *El principio de unidad de la Constitución*[107]: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
b) *El principio de concordancia práctica*[107]: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).
c) *El principio de corrección funcional*[107]: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
d) *El principio de función integradora*[107]: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*[107]: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

previsto de manera expresa facultades para crear nuevos tributos. Asimismo, luego de analizar el propio Decreto Legislativo N°148, ha concluido que éste no cumple el principio de reserva de ley por no establecer todos los elementos esenciales del tributo, tales como los sujetos, el hecho imponible y la alícuota, los cuales fueron establecidos por la norma reglamentaria (Decreto Supremo N° 008-82-VI)". Concluye que, *"siendo que los valores impugnados se encuentran sustentados en las normas que han sido inaplicadas por el Tribunal Constitucional, procede dejarlos sin efecto"*.

8.13 En tal sentido, debe concluirse que al emitirse la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010, no se han tenido en consideración todas las disposiciones normativas aplicables al caso, pues, teniendo en consideración que es objeto de cobro el pago por el uso del agua subterránea correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo y junio de dos mil nueve, conforme a las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 2401 19900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCE y N° 240119 900004185-2009/ESCE, debió fundamentar el análisis de dicha obligación, bajo los alcances de las normas que estuvieron vigentes en dicha fecha. Sin embargo, sus fundamentos están referidos sólo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC N°4899-2007-PA/TC, en un caso diferente, respecto a la inaplicación en ese caso concreto del Decreto Legislativo N°148 y del Decreto Supremo N 008-82-VI, prescindiendo de analizar otras normas pertinentes como es el caso de la Ley General de Aguas, Decreto Ley N°17752, el Decreto Supremo N°021-81- VC y la Octava Disposición Complementaria y Final de la Ley N°29338, Ley de Recursos Hídricos.

8.14 Más aún, tampoco consideró las demás disposiciones Constitucionales y Legales que resultan relevantes para resolver el presente caso, referidas a la obligación de pago por el uso de aguas subterráneas, por constituir la explotación de un recurso natural, disposiciones que han sido descritas en los puntos 8.6 a 8.9, y que deben ser interpretadas y valoradas de manera sistemática, a fin de dar debida protección a los valores constitucionales involucrados sobre protección del medio ambiente y de los recursos naturales. Consecuentemente, al no haberse advertido dichas omisiones del Tribunal Fiscal, al momento de emitirse la recurrida, se ha verificado la infracción de las normas materiales denunciadas, pues no fueron

analizados de manera concordada y sistemática con las demás disposiciones aplicables, debiéndose por tanto declarar fundado el recurso.

NOVENO.- En tal sentido, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 del dieciocho de noviembre de dos mil diez, que es objeto de impugnación a través del presente proceso, carece de una motivación suficiente, pues ha omitido considerar, como se ha indicado, todo el marco normativo vigente a la fecha de determinación de la obligación puesta a cobro, así como normas de relevancia constitucional que debieron ser observadas, relativas a la conservación de los recursos naturales, específicamente de los recursos hídricos, habiendo centrado su análisis en la aludida inobservancia del Principio de Reserva de Ley Tributaria, del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82- VI, y únicamente en base a los fundamentos del Tribunal Constitucional emitidos en la STC N° 4899-2007-PA/TC publicada el diecisiete de agosto del dos mil diez, sin observar todo el escenario normativo vigente en el periodo materia de cobro en este caso, así como, el origen de la obligación de pago por el uso de agua subterránea, que como se ha señalado en el punto 8.1, se produjo a partir de la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, por lo que se encuentra incursa en la causal de nulidad prevista en el inciso 1) del artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444., debiendo, por tanto, declararse nula la citada Resolución y disponerse que el Tribunal Fiscal emita nuevo pronunciamiento. Por tal motivo, además, no resulta atendible por ahora la pretensión accesoria de Restitución de vigencia de los Acuerdos de Directorio N° 202-028-2009 y 223-029-2009 de fecha 04 de noviembre y 25 de noviembre de 2009, de las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG de 27 de agosto de 2009 y 736-2009-GG de 12 de agosto de 2009, y las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-2009/ESCE, N° 240119900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ESCE y N° 240119900004185-2009/ESCE.

IV.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, y con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo: **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL, con fecha veintiuno de julio de dos mil catorce, obrante de

fojas trescientos siete; en consecuencia: **SE CASE** la sentencia de vista de fecha diecinueve de junio de dos mil catorce, de fojas doscientos setenta y nueve, y actuando en sede de instancia **SE REVOQUE** la sentencia apelada de fecha doce de agosto de dos mil trece, de fojas ciento noventa y nueve, que declaró **INFUNDADA** la demanda, y **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA en parte**, en consecuencia, se declare Nula la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14602-5-2010 del dieciocho de noviembre de dos mil diez, y **SE ORDENE** que el co-demandado TRIBUNAL FISCAL emita nueva resolución administrativa teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en la presente resolución, e **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a la pretensión accesoria de Restitución de los efectos jurídicos de los Acuerdos de Directorio N° 202-028-2009 y 223-029-20 09 de fecha 04 de noviembre y 25 de noviembre de 2009, de las Resoluciones de Gerencia General N° 793-2009-GG de 27 de agosto de 2009 y 736-2009-GG de 12 de agosto de 2009, y las Resoluciones de Determinación N° 240119900005386-20 09/ESCE, N° 240119900006403-2009/ESCE, N° 240119900003178-2009/ ESCE y N° 240119900004185-2009/ESCE; en los seguidos por SEDAPAL contra FUERZA AEREA DEL PERÚ y el TRIBUNAL FISCAL, sobre Nulidad de Resolución Administrativa; **MÁNDESE** publicar la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”; y, se devuelva.-

S.S.

LAMA MORE

Evr.