



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**SUMILLA:** Pretender el no cobro de la contraprestación por el uso de agua subterránea deviene en un contrasentido dentro de la lógica de la explotación responsable de los recursos naturales y con la política de preservación de las reservas de recursos hídricos. La resolución no ha ponderado estos elementos y por lo tanto se ha inclinado por una solución que envía una señal peligrosa a la nación, que sus recursos pueden ser explotados sin mediar contraprestación alguna, poniendo en peligro los fondos que sirven para mantener el servicio de agua potable.

Lima, cinco de octubre  
de dos mil diecisiete.-

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

**VISTA:** la causa numero trescientos sesenta y tres guion dos mil dieciséis, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los Señores Jueces Supremos: Rueda Fernández – Presidenta, Wong Abad, Toledo Toribio, Cartolin Pastor y Bustamante Zegarra; y, producida la votación con arreglo a la ley se ha emitido la siguiente sentencia:

**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 veintiocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos veintitrés, contra la sentencia de vista de fecha dieciséis de setiembre del dos mil quince, obrante a fojas trescientos catorce, que **confirmó** la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de agosto del dos mil catorce, obrante a fojas ciento noventa y siete, que declara **infundada** la demanda.

**II. CAUSALES DEL RECURSO:**

Mediante resolución de fecha nueve de diciembre del dos mil dieciséis, obrante a fojas setenta y tres del cuadernillo de casación, se ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **a) La resolución impugnada no efectúa análisis sobre la vigencia del Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI, b) Indebida aplicación normativa e**



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

**insuficiente motivación, y c) Vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado).**

**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 que se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 21479-3-2012, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce, y, en consecuencia, se restituyan en todos sus efectos jurídicos, las Resoluciones de Determinación N° 502 580800013049-2012/ESCE, N° 512579800012992-2012/ESCE, N° 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE.

**SEGUNDO:** La demanda mencionada en el considerando precedente fue declarada infundada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima con la sentencia contenida en la resolución número once de fecha diecinueve de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas ciento noventa y siete. Dicha decisión fue confirmada 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 con la sentencia de vista contenida en la resolución número diecinueve de fecha dieciséis de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos catorce.

**TERCERO: SOBRE LAS INFRACCIONES DENUNCIADAS.** Se ha declarado procedente por las siguientes causales: **a) La resolución impugnada no efectúa análisis sobre la vigencia del Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI,** sostiene la parte recurrente que en la resolución impugnada no se ha considerado que el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad de las indicadas disposiciones legales, sino su inaplicación; así no existe controversia respecto a que la “tarifa de Agua subterránea” tiene naturaleza tributaria, pues de acuerdo al artículo 74 de la Constitución Política del Perú es un tributo comprendido como Tasa-Derecho, en



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

cuanto se paga por el uso o aprovechamiento de un bien público, constituyendo dicho recurso natural patrimonio de la Nación, en este sentido, resulta evidente que la Tasa.-Derecho referente a la tarifa de uso de agua subterránea no se genera mediante el Decreto Legislativo N° 148, norma última de índole tributaria que a efectos de la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas de los acuíferos de las Provincias de Lima y Callao por la empresa de saneamiento de Lima, pone en práctica la tarifa materia del precitado Decreto Ley N° 17752, constituyendo ingresos propios de dicha empresa, siendo que el único elemento esencial del tributo Tasa-Derecho que ocupa, la alícuota deviene señalada por el Decreto Supremo N° 008-82-VI en un monto equivalente al veinte por ciento (20%) de las tarifas de agua, que para estos fines, SEDAPAL tenga establecidas para los servicios de agua conectados al sistema que administra, lo cual no atenta contra el Principio de Reserva de Ley, pues asevera que el Decreto Ley N° 17752, en su artículo primero, acota la propiedad exclusiva del Estado, de las aguas, que no hay propiedad privada sobre ellas, y que el uso justificado así como racional del agua solo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país, así también expone que el Tribunal Fiscal carece de competencia, facultad o potestad de ejercer control difuso de la inconstitucionalidad, por cuanto dicha competencia es facultad de la función jurisdiccional, por lo que el juez de la causa no ha valorado que la Resolución del Tribunal Fiscal incurre en causal de nulidad, pues se atribuye facultad para ejercer control difuso, desnaturalizando la competencia otorgada por la Constitución a la función jurisdiccional, **b) Indebida aplicación normativa e insuficiente motivación**, señala la parte recurrente, que el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo 08-821-VI no han sido declarados inconstitucionales, sino que se ha fallado por su inaplicación para un caso concreto; asimismo, aduce que la Sala Superior no ha 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, 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”; por ello, los titulares de derechos de uso de agua deben contribuir económicamente con su uso sostenible y eficiente, y fundamentalmente, la legislación en materia de recursos hídricos, emitida con



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

posterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, señala taxativamente que el cobro por uso de agua subterránea, no constituye tributo, más aún, si la ley reconoce en su Octava Disposición Final y Transitoria, la subsistencia del derecho del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal, respecto de las aguas subterráneas en la circunscripción de Lima y Callao, reservadas a su favor mediante el Decreto Supremo N° 021-81-VC, y **c) Vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado)**, asevera la parte recurrente que, la Sala ha omitido motivar los supuestos de hecho y derecho en los cuales basa su pronunciamiento, sin tomar en consideración que la referida Tasa-Derecho, mantiene vigencia, en su rigor a lo dispuesto en el Decreto Ley N° 25988, como en el Decreto Legislativo N° 771, precisan en su artículo 2° “los derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes”, asimismo, expone que mediante Ley N° 23230 se autorizó al Poder Ejecutivo, entre otros, para que dicten los Decretos Legislativos respecto a la Ley General de Endeudamiento Público Externo, Legislación Tributaria y Perfeccionamiento de la Ley de Cooperativas N° 15260 a partir del cual el Poder Ejecutivo emite el Decreto legislativo N° 148 de carácter tributario con los alcances precedentemente señalados; la resolución impugnada en sus fundamentos se remite a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional resueltos en los Expedientes N° 01837-2009-PA/TC y N° 04899-2007-PA/TC, emitidos con anterioridad a la Ley de Recursos Hídricos, que declara la inaplicación para casos concretos, del Decreto legislativo N° 148 así como el Decreto Supremo N° 008-82-VI, en tanto su interpretación de que el cobro por el uso y explotación del agua subterránea es de naturaleza tributaria; no se ha analizado que el Tribunal Fiscal al no poder ejercer el control difuso, no puede analizar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 148, del Decreto Supremo N° 008-82-VI y demás normas relacionadas a dicha tarifa, por lo que resulta Nula la resolución del Tribunal Fiscal, que resuelve dejar sin efecto las resoluciones emitidas por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal; finalmente, la resolución impugnada no ha señalado en ninguno de sus considerandos que el cobro por el uso de agua subterránea realizado por el



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima –Sedapal, en aplicación del Decreto Ley N° 148 y su reglamento, resulta injustificado.

**CUARTO: CONFLICTO JURÍDICO**

4.1. 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 las causales contenidas en **los literales b) y c)**, dado sus efectos nulificantes en caso de ser amparada, y de no ampararse, se procederá a examinar la causal del **literal a)**, que incluirá 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 b) y c)**, 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



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

fundamentales de orden procesal<sup>1</sup>. 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”<sup>2</sup>. 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 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

<sup>1</sup> Expediente N° 03433-2013-PA/TC. Sentencia de fecha dieciocho de marzo de dos mil catorce, en los seguidos por Servicios Postales del Perú S.A. – SERPOST S.A. Fj. 3.

<sup>2</sup> Expediente N° 7289-2005-AA/TC. Sentencia de fecha tres de mayo de dos mil seis, en los seguidos por Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú. Fj. 5.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

*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”<sup>3</sup>.*

**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° 8125-2005-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*

---

<sup>3</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

*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 séptimo 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, 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,



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena.

**5.9.** Se advierte de la sentencia de vista que: **i)** se describe lo relacionado a la inaplicación del Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-82-VI; **ii)** se precisa el sentido interpretativo del Decreto Legislativo N° 148 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-82-VI sin haberse tenido en cuenta el bloque constitucional referido al aprovechamiento sostenido de los recursos naturales.

**5.10.** Asimismo, debemos señalar que en la sentencia de vista para 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 (caso Jockey Club del Perú), 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 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 motivación de las resoluciones judiciales. En consecuencia, las causales de los literales b) y c) corresponden ser **desestimadas**.

**SEXTO: DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE - DERECHO AL AGUA.**

**6.1.** En cuanto a la causal del **literal a)**, 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<sup>4</sup>, 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

<sup>4</sup> <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-34-SP>.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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; 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.

**6.2.** La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual del año 2015<sup>5</sup>, 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

<sup>5</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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 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 en 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<sup>6</sup>.

**6.3.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) incluye el concepto de vida digna dentro de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de

---

<sup>6</sup> 122 Estados votaron a favor y 41 se abstuvieron, la resolución fue presentada por Bolivia.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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 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 artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 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.

**6.4.** 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).

**6.5.** Las principales afectaciones al derecho de acceso al agua en las Américas informadas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 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



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

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 (Corte IDH), 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<sup>7</sup>. 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 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 (Corte IDH) 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.

**SÉPTIMO: SOBRE LA PROTECCIÓN DEL USO DEL AGUA**

**7.1.** 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<sup>8</sup>. El agua es un recurso finito, se recicla permanentemente con el denominado período hidrológico o ciclo del agua. Esta

<sup>7</sup> Diagnóstico del Agua en las Américas, p. 22.

<sup>8</sup> 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>



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

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%) 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<sup>9</sup>.

**7.2.** 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

---

<sup>9</sup> Los recursos hídricos. [http://www.eurosur.org/medio\\_ambiente/bif72.htm](http://www.eurosur.org/medio_ambiente/bif72.htm).



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>10</sup>”, 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.

**7.3.** 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 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 N° 29338, Ley de Recursos Hídricos (Decreto Supremo N° 001-2010-AG artículos 225, 232, 233).

**7.4.** En nuestro país, conscientes de que este recurso vital y valioso es esencial para el desarrollo sostenible, se reconoce a nivel constitucional<sup>11</sup>, que constituye patrimonio de la Nación, disponiéndose que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares se fijaran por ley orgánica; siendo obligación del Estado elaborar la política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de los recursos naturales<sup>12</sup>. Concordante con ello, mediante Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, se reafirma la posición que los recursos naturales, sean renovables o no

---

<sup>10</sup> 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>.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

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).

**7.5.** En ese sentido, Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, publicada el 31 de marzo del 2009, 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 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).

**7.6.** Sobre el particular, es pertinente precisar que el Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, publicada el veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y nueve, 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



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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).

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

**OCTAVO: SOBRE EL PAGO POR EL USO DE AGUA SUBTERRÁNEA**

**8.1.** 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 N° 17752, Ley General de Aguas<sup>13</sup> dispuso que **los usuarios debían abonar tarifas** fijadas por unidad de volumen para cada uso del agua, incluida la subterránea<sup>14</sup>. 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 de fecha 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 por el uso de agua subterránea.

**8.2.** Más adelante, la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales 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

<sup>13</sup> **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

<sup>14</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

particulares regula por disposición de los artículos 66 y 67 de la Constitución<sup>15</sup> (artículos 1, 2 y 3). Igualmente, establece que los particulares deberán otorgar una **retribución económica** por todo aprovechamiento de los recursos naturales como el agua por 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).

**8.3.** Con tal propósito, se emite la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, cuya regulación comprende entre otras al agua subterránea (artículo 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<sup>16</sup>; 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 16.2); complementariamente, está entre las obligaciones de los titulares de la licencia de uso, la de cumplir

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

oportunamente con el pago de la **retribución económica por el uso del agua y las tarifas cuando corresponda** (artículo 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).

**8.4.** En la misma dirección, el Reglamento de la Ley N° 29338, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG del 23 de marzo de 2010, 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).

**8.5.** 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.

**8.6.** En consecuencia, está acreditado que históricamente para los usuarios del agua superficial y subterránea siempre ha existido la obligación de pagar una



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

contraprestación económica, en los inicios, por la 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**.

**NOVENO: El Decreto Legislativo N° 148, Decreto Supremo N° 008-82-Vi y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional**

**9.1.** 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 Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal antes Empresa de Saneamiento de Lima- Esal.

**9.2.** Estas dos normas legales fueron materia del Proceso de Amparo del Expediente N° 04899-2007-PA/TC (Caso Jockey Club de I 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



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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, Sedapal está impedida 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 a Sedapal una obligación de no hacer.

**9.3.** De lo expuesto se aprecia con toda claridad que la sentencia del Proceso Amparo se limita a impedir que Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – 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 N° 29338, Ley de Recursos Hídricos**, así como 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.

**9.4.** 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 N° 29338, Ley de Recursos Hídricos regula el uso y gestión del agua, la califica como un recurso natural renovable, indispensable para la vida,



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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.

**9.5.** 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 N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, 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.

**9.6.** Conforme lo anotamos en el considerando 9.2 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 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,



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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 el mes de agosto de dos mil doce, mes y año del cobro por el uso del agua al que hace referencia las Resoluciones de Determinación N° 502580800013049-2012/ESCE, N° 512579800012992-2012/ESCE, N° 512579900013062-2012/ESCE, N° 240025500012994-2012/ESCE y N° 541410600013063-2012/ESCE, las cuales fueron dejadas sin efecto por la Resolución del Tribunal Fiscal N° 21479-3-2012, de fecha dieciocho de diciembre del dos mil doce, la misma que es materia de la demanda que instauró el presente proceso contencioso administrativo. En consecuencia, Sedapal tiene derecho y se encuentra autorizada para proceder a cobrar a Unión De Cervecerías Peruanas Backus Y Johnston S.A.A., la deuda por la retribución económica generada por el uso o extracción de agua subterránea del período del mes de agosto del dos mil doce, y, en consecuencia, se restituya en todos sus efectos jurídicos, las Resoluciones de Determinación N° 502580800013049-2012/ESCE, N° 512579800012992-2012/ESCE, N° 5125799 00013062-2012/ESCE, N° 240025500012994-2012/ESCE y N° 541410 600013063-2012/ESCE. Para que esta Sala Suprema declare tal derecho de la recurrente es imprescindible actuar en plena jurisdicción con arreglo al artículo 5 inciso 2 y el artículo 41 inciso 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

**9.7.** 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 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 N° 29338, Ley de Recursos



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Hídricos, que dispone el pago obligatorio en favor del Estado de la retribución económica por el uso del agua subterránea. Conforme a lo expuesto, la causal del literal a) corresponde ser **estimada**.

**9.8.** En mérito a la causal que ha sido estimada, 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° 21479-3-2012, del dieciocho de diciembre del dos mil doce, y convalidar en todos sus efectos jurídicos las Resoluciones de Determinación N° 2502580800013049-2012/ESCE, N° 512 579800012992-2012/ESCE, N° 512579900013062-2012/ESCE, N° 2400255 00012994-2012/ESCE y N° 541410600013063-2012/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 Unión De Cervecerías Peruanas Backus Y Johnston S.A.A., la deuda por la retribución económica generada por el uso o extracción de agua subterránea correspondiente al mes de agosto del dos mil doce.

**IV. DECISIÓN:**

Por tales consideraciones: declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fecha veintiocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos veintitrés, interpuesto por el **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal**; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista de fecha dieciséis de setiembre del dos mil quince, obrante a fojas trescientos catorce; y, actuando en sede de instancia, **REVOCAR** la sentencia apelada de fecha diecinueve de agosto del dos mil catorce, obrante a fojas ciento noventa y siete, que declaró **infundada** la demanda y **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA**; en consecuencia **NULA** la Resolución del Tribunal Fiscal N° 21479-3-2012, del dieciocho de diciembre del dos mil doce, y por tanto, **se restituyan los efectos jurídicos de Resoluciones de Determinación N° 50258 0800013049-2012/ESCE, N° 512579800012992-2012/ESCE, N° 5125799 00013062-2012/ESCE, N° 240025500012994-2012/ESCE y N° 541410600013063-2012/ESCE**, debiendo el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal, proseguir con la cobranza de la retribución económica por la extracción



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

y uso de aguas subterráneas a **Unión De Cervecerías Peruanas Backus Y Johnston S.A.A.**; en los seguidos por la empresa recurrente contra el Tribunal Fiscal y otro, sobre Acción Contenciosa Administrativa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; y, *los devolvieron*. Interviene como **Juez Supremo ponente el señor Toledo Toribio**.

**S.S.**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**WONG ABAD**

**TOLEDO TORIBIO**

**CARTOLIN PASTOR**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

*Rmsó/Mpp*

**EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA RUEDA FERNÁNDEZ, ES COMO SIGUE:-----**

**I. VISTO**, con el expediente principal; y con lo expuesto en el Dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo, de acuerdo al artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se emite el voto singular, al estar de acuerdo con la decisión pero no con los fundamentos establecidos en la resolución.

**1. Antecedente**

La pretensión principal de la demanda consiste en que se declare la nulidad total de la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 21479-3-2012, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce y como pretensión accesoria se restituya en todos sus efectos jurídicos las Resoluciones de Determinación N.ºs 502580800013049-2012/ESCE, 512579800012992-2012/ESCE, 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE emitidas por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante Sedapal), ante el incumplimiento de pago por extracción y uso de aguas subterráneas del mes de



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

mayo de dos mil once por parte de la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta.

**2. Sentencia materia de casación**

La sentencia de vista contenida en la resolución número diecinueve, de fecha dieciséis de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos catorce, expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, que **confirmó** la sentencia apelada contenida en la resolución número once, de fecha diecinueve de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas ciento noventa y siete que declaró **infundada** la demanda interpuesta por Sedapal contra el Tribunal Fiscal y de la empresa **Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta**.

**3. Recurso de casación y auto calificadorio**

Sedapal interpuso recurso de casación con fecha veintiocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos veintitrés. El referido recurso ha sido declarado procedente, mediante auto calificadorio de fecha nueve de noviembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas setenta y tres del cuaderno de casación, por las siguientes infracciones normativas:

**A. Infracción normativa del Decreto Legislativo N.° 148 y del Decreto Supremo N.° 008-82-VI.** Señala que en la resolución impugnada no se ha considerado que el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.° 148 ni tampoco del Decreto Supremo N.° 008-82-VI sino por su inaplicación; así no existe controversia respecto a que la *"tarifa de agua subterránea"* tiene naturaleza tributaria, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución Política del Perú; es un tributo comprendido como tasa-derecho, en cuanto se paga por el uso o aprovechamiento de un bien público, constituyendo dicho recurso natural patrimonio de la Nación; en este sentido, resulta evidente que la tasa-derecho referente a la tarifa de uso de aguas subterránea no se



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

genera mediante Decreto Legislativo N.° 148, norma última de índole tributario que a efectos de la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas de los acuíferos de las provincias de Lima y Callao por la empresa de saneamiento de Lima, pone en práctica la tarifa materia del precitado Decreto Ley N.° 17752, constituyendo ingresos propios de dicha empresa, siendo que el único elemento esencial del tributo tasa-derecho, la alícuota deviene señalada por el Decreto Supremo N.° 008-82-VI monto equivalente al veinte por ciento (20%) de las tarifas de agua, que para estos fines, Sedapal tenga establecidas para los servicios de agua conectados al sistema que administra, lo cual atenta contra el principio de reserva de ley, en tanto se han definido los criterios sobre la naturaleza del recurso de agua, conforme se colige del Decreto Ley N.° 17752, que en su artículo primero, acota la propiedad exclusiva del Estado de las aguas, que no hay propiedad privada sobre ellas, y que el uso justificado, racional del agua, sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país; así también expone que el Tribunal Fiscal carece de competencia, facultad o potestad de ejercer control difuso de la inconstitucionalidad, por cuanto dicha competencia es facultad de la función jurisdiccional, por lo que el Juez de la causa no ha valorado que la Resolución del Tribunal Fiscal incurre en causal de nulidad, pues se atribuye facultad para ejercer control difuso, desnaturalizando la competencia otorgada por la Constitución a la función jurisdiccional.

**B. Indebida aplicación normativa e insuficiente motivación.** Argumenta que el Decreto Legislativo N.° 148 y el Decreto Supremo N.° 08-821-VI no han sido declarados inconstitucionales, sino que se ha fallado por su inaplicación para un caso concreto; asimismo, aduce que la Sala Superior no ha 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, 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"; por ello, los titulares de derechos de uso de agua deben contribuir económicamente con su "uso sostenible y eficiente", y fundamentalmente la legislación en materia de recursos hídricos emitidos con posterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, señalan taxativamente que el cobro por uso del agua subterránea, no constituye tributo,



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

más aún, si la ley reconoce en su Octava Disposición Complementaria Final, la subsistencia del derecho de Sedapal, respecto de las aguas subterráneas en la circunscripción de Lima y Callao, reservadas a su favor mediante Decreto Supremo N.º 021-81-VC.

**C. Vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado);**

Aduce que la Sala ha omitido motivar los supuestos de hecho y derecho en los cuales basa su pronunciamiento, sin tomar en consideración que la referida tasa-derecho mantiene su vigencia, en tanto que el Decreto Ley N.º 25988 como el Decreto Legislativo N.º 771, precisan en su artículo 2 *"los derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes"*; asimismo, expone que mediante Ley N.º 23230 se autorizó al Poder Ejecutivo, entre otros, para que dicte los Decretos Legislativos respecto a la Ley General de Endeudamiento Público Externo, Legislación Tributaria y Perfeccionamiento de la Ley de Cooperativas N.º 15260 a partir del cual el Poder Ejecutivo emite el Decreto Legislativo N.º 148 de carácter tributario con los alcances precedentemente señalados; la resolución impugnada en sus fundamentos se remite a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional resueltos en los Expedientes N.ºs 1837-2009-PA/TC y 04899-2007-PA/TC emitidos con anterioridad a la Ley de Recursos Hídricos, que declaran la inaplicación, para casos concretos, del Decreto Legislativo N.º 148 así como del Decreto Supremo N.º 008-82-VI, en tanto su interpretación de que el cobro por el uso y/o explotación del agua subterránea es de naturaleza tributaria; no se ha analizado que el Tribunal Fiscal al no poder ejercer el control difuso, no puede analizar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 148 así como del Decreto Supremo N.º 008-82-VI y demás normas relacionadas a dicha tarifa, por lo que resulta nula la resolución del Tribunal Fiscal, que resuelve dejar sin efecto las resoluciones emitidas por Sedapal; finalmente, la resolución impugnada no ha señalado en ninguno de sus considerandos que el cobro por el uso de agua subterránea realizado por Sedapal, en aplicación del Decreto Ley N.º 148 y su reglamento resulte injustificado.

**4. Dictamen Fiscal**



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Con lo expuesto en el Dictamen Fiscal N.º 536-2017-MP-FN-FSCA, de fecha diez de mayo de dos mil diecisiete, obrante a fojas ochenta y nueve del cuaderno de casación, mediante el cual el Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo, 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 las **normas que garantizan el debido proceso y la debida motivación**; de no establecer la infracción denunciada, en segundo orden se procederá analizar la infracción material referida al **Decreto Legislativo N.º 148 y del Decreto Supremo N.º 008-82-VI y de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos (Ley N° 29338)**, pues si bien esta última causal se encuentra titulada como indebida aplicación normativa e insuficiente motivación, del sustento recogido en el auto calificadorio del recurso de casación resulta que se ha denunciado medularmente que no se ha valorado los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, **lo que en realidad es una denuncia de infracción normativa por inaplicación de los anotados dispositivos legales**.

1.2 Del petitorio casatorio, se anota que **el caso reviste complejidad** al residir la infracción material en la determinación de la naturaleza jurídica del cobro por el uso y extracción de agua subterránea, en contexto y tránsito de normas constitucionales y legales, lo cual incide en la determinación o no de la obligación de pago.

**SEGUNDO: Sobre la infracción que garantizan el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales**

2.1. De los varios elementos del debido proceso protegido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, la primera denuncia casatoria está **vinculada con uno de los derechos que lo conforman, como lo es el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales**, que igualmente cuenta con



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

protección constitucional<sup>17</sup>, reconocido en el numeral 5 del referido artículo 139 de la Constitución, en concordancia con el numeral 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil.

**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 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<sup>18</sup>, 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<sup>19</sup>; el control de la subsunción, culmina en la validez formal de la conclusión<sup>20</sup>, sin que implique la corrección material de la misma en justificación

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> “Una decisión está internamente justificada si y sólo si 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

<sup>19</sup> “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

<sup>20</sup> “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,



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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, y examinando la sentencia de vista se advierte que ha cumplido con justificar su decisión, en tanto en el *fundamento tercero*, ha delimitado el objeto de pronunciamiento, ciñéndose a la absolución de los agravios formulados por la demandante apelante, determinando que la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 21479-3-2012, no incurre en causal de nulidad, confirmando el Colegiado Superior la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda, justificando las premisas jurídicas en los *fundamentos quinto al octavo* de la sentencia de vista, señalando en el *fundamento octavo* que en la regulación del tributo por tarifa de uso de agua subterránea se vulneró el principio de reserva de ley.

**2.4** Por tanto, la sentencia de vista ha explicado y justificado las premisas jurídicas elegidas por la Sala de mérito, 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 de Derecho Constitucional y Social Permanente 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

---

dicho en otra terminología constituye la justificación interna del razonamiento judicial” En: Atienza, Manuel (2013) Curso de argumentación jurídica. Trotta, Madrid. Pp. 171, 183.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>21</sup>; adquiriendo especial significancia las aguas subterráneas que en su almacenamiento natural sostienen el recurso<sup>22</sup>; las recientes inundaciones por las 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

<sup>21</sup> 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 periodos 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>.

<sup>22</sup> 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 recarga durante los periodos 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>.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>23</sup>.

**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”<sup>24</sup>, 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 del dos mil diez<sup>25</sup>.

Recientemente reconocido, el *“derecho fundamental al acceso al agua y saneamiento”*, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Relativo al Derecho al Agua<sup>26</sup>, 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<sup>27</sup>, y el Informe de la Experta Independiente<sup>28</sup>, 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 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*

<sup>23</sup> <http://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/aguas-dulces/climage-change>

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> En: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>29</sup>; aspectos que tienen especial e indisoluble incidencia en la resolución del presente caso.

**3.3** Es también un tema previo e ineludible, señalar que las sentencias del Tribunal Constitucional citadas 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, **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 interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional 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.º 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**; por ejemplo en la sentencia recaída en el Expediente N.º 04899-2007-AA, centra el análisis en un Decreto Legislativo y un Decreto Supremo<sup>30</sup>, a diferencia de la Sentencia N.º 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

<sup>29</sup> 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.*

<sup>30</sup> 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-VI.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

realizarse a la luz del régimen tributario constitucional, esto es el artículo 74 de la Constitución en relación a la creación de los tributos, que *no debe atenderse 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<sup>31</sup>, **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<sup>32</sup>, 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”*<sup>33</sup>.

**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 N.º 148 y Decreto Supremo N.º 008-82-VI,

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Inciso 2 del artículo 139 de la Constitución

<sup>33</sup> García Belaunde, Domingo, op citado, página 44.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>34</sup>. 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 dé cumplimiento a los cánones en su diseño normativo conforme al marco constitucional<sup>35</sup>. 3) Considera fundado el extremo de la demanda, de que el Decreto Legislativo N.º 148 excedió la materia de regulación delegada por Ley N.º 23230, no otorgando la facultad expresa para crear un tributo tasa, como la 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 N.º 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 la naturaleza de la tarifa sea de tributo**<sup>36</sup>, pues conforme al marco

<sup>34</sup> STC N.º 4899-2007-PA/TC considerando 8, y N.º 1837-2009-AA/TC considerando 6.

<sup>35</sup> En el considerando 13, lo precisa como uno de los dos aspectos sustanciales.

<sup>36</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>37</sup>, 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<sup>38</sup>, 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*<sup>39</sup>; 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<sup>40</sup>; 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*<sup>41</sup>; que *no se puede invocar las disposiciones de derecho interno como justificación para incumplir obligaciones convencionales*<sup>42</sup>; que la CIDH es una vía residual y subsidiaria a la que se

<sup>37</sup> Inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política, artículo 8° CADH y artículo 14.1 PIDCIP que establecen el derecho de toda persona a un tribunal independiente e imparcial.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> Sentencia de la CIDH, caso Tristan Donoso VS Panamá. Excepción Preliminar, Fondo de Reparaciones y Costas, del 27/01/2009, párrafo 153.

<sup>40</sup> 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 Río Negro vs Guatemala de 14 de octubre de 2012, párrafo 262.

<sup>41</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

acude cuando los poderes y órganos internos no cumplen con *su obligación de protección de los derechos fundamentales*, incurriendo en responsabilidad el Estado<sup>43</sup>; 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<sup>44</sup>.

**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<sup>45</sup>.**

**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, 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

<sup>42</sup> Sentencia de la CIDH caso Boyce vs Barbados, 20 de noviembre de 2007.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, CIDH Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 167.

<sup>45</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>46</sup>, siendo oneroso el uso poblacional y productivo, a diferencia del uso primario<sup>47</sup>.

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<sup>48</sup>, **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 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 inadmisibles y no supera el control de convencionalidad, que algunas personas naturales y jurídicas puedan hacer uso

<sup>46</sup> Peña Chacón, Mario, op citado, página 4.

<sup>47</sup> Artículos 90, 91, 35 y siguientes de la Ley de Recursos Hídricos.

<sup>48</sup> 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.**



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>49</sup>, lo cual no es compatible con el derecho fundamental además de crear una situación de injusticia<sup>50</sup>.

**CUARTO: Infracción normativa del Decreto Legislativo N.° 148 y del Decreto Supremo N.° 008-82-V e inaplicación de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N.° 29338. Contexto normativo aplicable al caso concreto en relación al uso y extracción del agua subterránea.**

4.1. Al respecto, de las infracciones de carácter material del Decreto Legislativo N.° 148 y del Decreto Supremo N.° 008-82-VI, así como la infracción material de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 29338 –Ley de Recursos Hídricos–, consideramos necesario analizarlas y absolverlas de manera conjunta por cuanto están referidas a la normatividad legal e infra legal de los recursos hídricos, extrayendo como argumentos medulares de dichas causales, que se traducen en que en la sentencia de vista no se ha realizado un análisis adecuado de las normas invocadas, y que más bien se debe aplicar la legislación sobre recurso hídricos promulgada con fecha posterior al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, por el cual se establece que el agua es un recurso vulnerable y su administración debe ser ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la nación.

4.2. 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

---

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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).



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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.

**4.3.** 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 N.º 148 cuenta con antecedente en el *artículo 37 de la Constitución de mil novecientos treinta y tres*<sup>51</sup> (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 N.º 17752* (que reemplazó al Código de Aguas de mil novecientos dos), vigente desde el veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y nueve al treinta y uno de marzo de dos mil nueve<sup>52</sup>, 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 justificado y racional del agua, otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.**
- c) Cuando se expide el *Decreto Legislativo N.º 148*, del quince de junio de mil novecientos ochenta y uno; y el Decreto Supremo N.º 008-82-VI, del 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

---

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Estado<sup>53</sup>, reafirmando en el artículo 118 la condición de patrimonio de la Nación de los recursos naturales entre ellos el agua<sup>54</sup>, por ende bienes de dominio público<sup>55</sup> 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 N.° 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<sup>56</sup>.

**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 N.° 17752, vigentes a la fecha de dación del Decreto Legislativo N.° 148 y su Reglamento, **nos permite afirmar desde aquella data**

<sup>53</sup> Establecía: "El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico".

<sup>54</sup> 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." [Subrayado agregado].

<sup>55</sup> "(...) 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

<sup>56</sup> **Ley General de Aguas:** Artículo 116°.-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 decreta el Poder Ejecutivo por razón de calamidad pública;



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**la exigibilidad y justificación del cobro por el uso y extracción del agua subterránea, fijado como tarifa y no como tributo.**

4.4 El *Decreto Legislativo N.° 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 decreto estableció que *la aprobación de las tarifas de agua subterránea* con fines poblacionales e industriales, será mediante decreto supremo<sup>57</sup>, el segundo párrafo se refiere a la tarifa como “*recurso tributario*”; el artículo 3 señala que *los recursos impugnatorios son resueltos en última instancia por el Tribunal Fiscal con arreglo al Código Tributario*, y el artículo 4 señala la derogación y modificación de normas que se opongan.

4.5 El *Decreto Supremo N.° 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.**

4.6 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**

---

<sup>57</sup> **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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

interpretar los decretos como normas tributarias<sup>58</sup>, 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<sup>59</sup>.

**4.7** Continuando con el análisis, **la normatividad vigente a la fecha de emisión de las resoluciones de determinación**, esto es, agosto de dos mil doce, 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 N° 26821*, publicada el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete, que establece:

**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.

---

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Conforme al principio de derecho "ley superior deroga ley inferior" y no a la inversa.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**b.2** En el artículo 20, señala que el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los particulares (entre ellos, el agua subterránea<sup>60</sup>), **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 N° 26821 establece el pago de una retribución económica, no contempla que el uso del agua se encuentre gravada con tributos, no ha creado tributo ni régimen tributario.**

**c.** La *Ley de Recursos Hídricos Ley N.º 29338*, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve<sup>61</sup>, 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<sup>62</sup>, prevé:

**c.1** En el artículo 1, 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 2 lo constituye como patrimonio de la Nación, con dominio inalienable, imprescriptible, bien de uso público y delimita su 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

---

<sup>60</sup> Ley Orgánica Para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, **Ley 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** (...).

<sup>61</sup> Dejó sin efecto la Ley General de Aguas conforme a su única disposición derogatoria, derogando el Decreto Ley N° 17752, la tercera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo N° 1007, el Decreto Legislativo N° 1081 y el Decreto Legislativo N° 1083; así como las demás disposiciones que se opongan a la Ley.

<sup>62</sup> Inciso 1, del artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29338.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

tratamiento legal y económico, establece el pago de una retribución económica, la que **no está prevista ni calificada de naturaleza jurídica tributaria**<sup>63</sup>.

**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<sup>64</sup>.

**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 (en adelante la ANA), 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<sup>65</sup>.

**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**;

---

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> Inciso primero del artículo 72 de la Ley de Recursos Hídricos.

<sup>65</sup> Artículo 91 de la Ley de Recursos Hídricos.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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, Decreto Supremo N.º 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 *subterránea*, orientado al desarrollo sostenible del país y de los ecosistemas; prevé la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión<sup>66</sup>, atribuye a la ANA 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 176.1 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 “**no constituye tributo**”; regula la gestión integrada<sup>67</sup>, la 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.

**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

---

<sup>66</sup> Artículo 1.1 del Reglamento.

<sup>67</sup> Disposición cuya constitucionalidad y legalidad fue confirmada en control orgánico por Sentencia de Acción Popular N° 0141-2014-Lima, la que constituye cosa juzgada constitucional.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

plazos de pago son regulados por Resolución; los operadores de infraestructura hidráulica mayor y menor cobran la retribución, la 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 (Sunass).

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 ésta 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, en coherencia con la Ley Orgánica de Recursos Naturales, sustenta la obligación de pago de la retribución económica por el uso del agua, y no prevén tributo alguno.**

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

**4.8.1** Tiene señalado este Tribunal Supremo en la Casación N.º 4392-2013-Lima, 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<sup>68</sup>, **requiriendo norma legal expresa para la creación de un tributo**<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> En la Casación N° 4392-2013-Lima de fecha 24 de marzo 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



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**4.8.2** 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**<sup>70</sup>.

**4.8.3** 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 creé 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 Ley de Recursos Hídricos están referidas al cobro de una retribución económica.

**4.8.4** 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, específica 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 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

---

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.**

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Ferrero Lapatza, José Juan, Curso de Derecho Financiero Español, Editorial Marcial Pons, Madrid 2006, página 324, 326.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

una retribución económica, llevándonos a **reafirmar que el cobro por el uso del agua no tiene naturaleza jurídica de tributo**, habiendo sostenido este Tribunal Supremo en forma coherente y el mismo sentido, en la sentencia del Proceso de Acción de Popular N.° 0141-2014-Lima<sup>71</sup>.

**4.8.5** La calidad **bien de dominio público hidráulico**<sup>72</sup>, con dominio inalienable e imprescriptible, de interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos<sup>73</sup>, **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<sup>74</sup>, estableciendo las leyes el pago obligatorio por el uso del agua, y no obligan que se deba cobrar como tributo, sino como retribución económica.

**4.8.6** 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 responde a la calificación acogida por el legislador, en países como Francia,

---

<sup>71</sup> 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 91 de 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.

<sup>72</sup> Establecido en el artículo segundo y séptimo de la Ley N° 29338.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Literal a del inciso 24, artículo 2 de la Constitución Política de 1993.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>75</sup>; 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*<sup>76</sup>.

**4.8.7 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<sup>77</sup>, 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<sup>78</sup>; 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.

**4.8.8** Es pertinente anotar, que la competencia **del Tribunal Fiscal** prevista en el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 148 no convierte el cobro en tributo, esta

<sup>75</sup> [http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/presentacion\\_dia\\_21\\_nov\\_ana\\_0\\_0.pdf](http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/presentacion_dia_21_nov_ana_0_0.pdf)

<sup>76</sup> Fundamento 4.5 de la sentencia de Acción Popular N° 141-2014-Lima, publicada con fecha 19/06/2016.

<sup>77</sup> 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<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> “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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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 ANA, 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 ANA, según sea el caso; asimismo, a la fecha el **Decreto Legislativo N.º 1185** de fecha dieciséis 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<sup>79</sup>, 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 ANA y los referidos a la tarifa de monitoreo y gestión del agua subterránea serán resueltos en primer instancia por la EPS y en última instancia por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de la 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<sup>80</sup>.

**4.9 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**

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

uso y la naturaleza jurídica del cobro fueron reguladas por la Ley Orgánica de Recursos Naturales, la Ley de Recursos Hídricos, 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 N.º 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<sup>81</sup>, 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; **por lo que las causales deben ser estimadas.**

**QUINTO: Actuación en sede de instancia**

5.1 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 *octavo*, que en la regulación del tributo por tarifa de uso de agua subterránea se vulneró el principio de reserva de ley; sin haber advertido que de acuerdo al marco normativo constitucional y legal válido y vigente, **la utilización del agua subterránea 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

<sup>81</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Legislativo N.º 148 y el Decreto Supremo N.º 008-82 -VI y en los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N.º 29338, desestima la pretensión contenciosa administrativa, contraviniendo el contexto convencional, constitucional y legal vigente, que obligan al pago de una retribución económica.

**5.2** 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: El Tribunal Fiscal al expedir la resolución objeto de la demanda no incurrió en falta de motivación, pues se sujetó a lo que el Tribunal Constitucional había ya establecido sobre la constitucionalidad de la tarifa de agua subterránea (...)."

**5.3** De la estructura fáctica se desprende que las resoluciones de determinación fueron emitidas por Sedapal ante el **incumplimiento** de pago por parte de la empresa **Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta** por la **extracción y uso de aguas subterráneas**, correspondientes al mes de agosto del dos mil doce, 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.

**5.4** Revisada la resolución del Tribunal Fiscal N.º 214 79-3-2012<sup>82</sup>, 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 N.º 27444<sup>83</sup>.

**5.5** Al resultar nula la resolución administrativa impugnada, la consecuencia jurídica es el restablecimiento, esto es, la restitución de las resoluciones de

<sup>82</sup> Resolución emitida con anterioridad a la expedición del Decreto Legislativo N.º 1185 en que se modificó la competencia del tribunal fiscal conforme al fundamento 4.8.8 de la presente sentencia de casación.

<sup>83</sup> **Ley N.º 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. (...)



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

determinación anuladas por la Resolución del Tribunal Fiscal; máxime que las resoluciones de determinación de cobro por el uso de aguas subterráneas se enmarcan en los alcances normativos del artículo 90 de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N.º 29338, de fecha treinta de marzo de dos mil nueve, 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 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 subsistente las Resoluciones de Determinación N.ºs 502580800013049-2012/ESCE, 512579800012992-2012/ESCE, 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE, emitidas por Sedapal al ser convencionales, constitucionales y legalmente válidas; correspondiendo que Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta realice el pago de la retribución económica por el uso y extracción de agua subterránea.

**III. DECISIÓN:**

Por tales consideraciones; **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal), con fecha veintiocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos veintitrés del expediente principal; en consecuencia: **SE CASE** la sentencia de vista contenida en la resolución número diecinueve de fecha dieciséis de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos catorce del expediente principal, expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima; y **actuándose en sede de instancia, SE REVOQUE** la sentencia apelada contenida en la resolución



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

número once, de fecha diecinueve de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas ciento noventa y siete, que declaró **infundada** la demanda; y **SE REFORME a FUNDADA la demanda**; en consecuencia, nula la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 21479-3-2012, del dieciocho de diciembre de dos mil doce; **quedando SUBSISTENTES** las Resoluciones de Determinación N.ºs 502580800013049-2012/ESCE, 512579800012992-2012/ESCE, 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE; debiendo el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima proseguir con la cobranza de la retribución económica por la extracción y uso de aguas subterráneas por parte de la empresa **Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta**; en los seguidos por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal) contra el Tribunal Fiscal y otro, sobre acción contencioso administrativa; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, conforme a ley; y se devuelva.

**S.S.**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

*Eae/Jfp/Aepr*

**EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS WONG ABAD Y BUSTAMANTE ZEGARRA, ES COMO SIGUE:-----**

Quienes suscriben el presente voto coinciden con el fallo propuesto por el Juez Supremo ponente, **pero**, por los siguientes fundamentos:

**PRIMERO. De la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado).**

1.1. Corresponde señalar en primer término que existirá infracción normativa de los incisos 3 y 5 del artículo 139<sup>84</sup> de la Constitución Política del Estado, cuando

<sup>84</sup> Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:  
(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

en el desarrollo del proceso no se ha respetado el derecho de las partes, se ha obviado o alterado actos de procedimientos, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

**1.2.** Es así que el derecho a un debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos también como el principio de la función jurisdiccional en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, 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 la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho al acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo 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 las reglas esenciales exigibles dentro del proceso, entre ellas, el de motivación de las resoluciones judiciales.

**1.3.** Asimismo, se debe señalar que el principio procesal de la motivación de las resoluciones judiciales se halla consagrado en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, el cual tiene como finalidad principal el de permitir el acceso de los justiciables al razonamiento lógico jurídico empleado por las instancias de mérito para justificar sus decisiones jurisdiccionales y así pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa, cuestionando de ser el caso, el contenido y la decisión asumida. Esta motivación escrita de las resoluciones judiciales constituye un deber para los magistrados, tal como lo establecen los artículos 50<sup>85</sup> inciso 6, 122<sup>86</sup> inciso 3 del Código Procesal Civil y el

---

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.

<sup>85</sup> Artículo 50.- Son deberes de los Jueces en el proceso:

(...)

6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.

(...)



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

artículo 12<sup>87</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, dicho deber implica que los juzgadores señalen en forma expresa la ley que aplican con el razonamiento jurídico a las que esta les ha llevado, así como los fundamentos fácticos que sustentan su decisión, respetando los principios de jerarquía normativa y de congruencia.

**1.4.** En otras palabras, la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales se traduce en la explicación detallada que debe realizar el Juez de los motivos que han conllevado a la decisión final. En esta fundamentación debe existir conexión lógica entre los hechos narrados por las partes (demandante y demandado), y las pruebas aportadas por ellos, coherencia y consistencia en sus razonamientos. Para que una motivación sea real y fiel reflejo de una aplicación racional del ordenamiento jurídico debe necesariamente fundarse en derecho, lo que significa que la norma seleccionada debe estar en estricta correspondencia con el petitorio y los fundamentos, dispositivo legal que debe ser válido y vigente, y en caso de no ser vigente, si corresponde su aplicación o no al caso en concreto.

**1.5.** El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 148 0-2006-AA/TC en relación a la motivación de las resoluciones judiciales, ha puntualizado que: *“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada*

---

<sup>86</sup> Artículo 122 del Código Procesal Civil.- 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;

(...)

<sup>87</sup> Artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

*resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.*

**1.6.** Procediendo al control de derecho y análisis en relación a la infracción denunciada, se advierte que la parte recurrente alega que la Sala Superior ha omitido motivar los supuestos de hecho y de derecho en los cuales basa su pronunciamiento, sin tomar en consideración que la referida Tasa-Derecho, mantiene su vigencia, en tanto que el Decreto Ley N° 25988, como el Decreto Legislativo N° 771, precisan en su artículo 2° “ *los derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes*”; agregando que, la resolución impugnada en sus fundamentos se remite a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional resueltos en los Expedientes N.° 01837-2009-PA/TC y N.° 04899-2007-PA/TC, emitidos con anterioridad a la Ley de Recursos Hídricos que declaran la inaplicación, para casos concretos; y finalmente, la resolución impugnada no ha señalado en ninguno de sus considerandos que el cobro por el uso de agua subterránea realizado por Sedapal, en aplicación del Decreto Ley N.° 148 y su reglamento, resulte injustificado.

**1.7.** A efecto de establecer si la sentencia de vista ha infringido las normas que garantizan la debida motivación de las resoluciones judiciales, es menester acudir a los argumentos expuestos en la propia sentencia impugnada, es así que, la Sala Superior procedió **en el considerando tercero** a describir la pretensión y la controversia suscitada en autos, desarrollando en sus



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

**considerandos cuarto al sexto** el marco normativo referente al tema puntual, y lo establecido por el Tribunal Constitucional N.º 4 899-2007-PA/TC la misma que indicó acerca de la tarifa de agua subterránea que es de naturaleza tributaria, y que el Decreto Legislativo N.º 148 y su reglamento no respetan el principio constitucional tributario de reserva de ley, resultando inexigible dicho tributo por ser inconstitucional; luego, en el **sétimo al noveno considerando** desarrolla los fundamentos que motivaron se confirme la sentencia apelada, señalando 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 ha realizado el Tribunal Constitucional, y que los preceptos constitucionales hacen referencia a que tanto los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento y además determina la política nacional del ambiente, promoviendo el uso sostenido de sus recursos naturales, lo cual no se encuentra en discusión a través de este proceso, sin embargo 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, entre otros, fueron establecidos en el Decreto Supremo N.º 008-82-VI infringiendo así el principio de reserva de Ley.

**1.8.** En ese sentido, se aprecia que la sentencia de vista contiene los argumentos que definen la naturaleza tributaria de la “tarifa por agua subterránea”, la misma que se encuentra sustentada en el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia indicada, consecuentemente, la Sala revisora cumplió con fundamentar y motivar la resolución materia de cuestionamiento, aunque la parte recurrente no comparta dicho criterio. Siendo ello así, sin perjuicio de que el criterio adoptado por la Sala Superior sea correcto o no, se concluye que la sentencia recurrida contiene la suficiente justificación fáctica y jurídica de la decisión adoptada, en tal sentido no se vulneran los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, ya que se cumple con expresar las razones en las cuales basa su decisión de establecer que la “tarifa por agua subterránea” tiene naturaleza



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

tributaria, motivo por el cual resulta **infundado** el recurso de casación respecto a esta causal procesal denunciada.

**SEGUNDO. De la Infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI.**

**2.1.** Respecto de las normas materia de la presente causal, las sentencias emitidas por las instancias de mérito, señalan que de acuerdo a las Sentencias del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N.° 1837-2009-PA/TC y N.° 04899-2007-AA/TC, la tarifa de agua subterránea es de naturaleza tributaria y, en virtud de ello, su cobro está sometido a la observancia de los principios constitucionales que regulan el régimen tributario, como son los de reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y respeto a los derechos fundamentales. Asimismo, se indica que el Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia, al concluir que la inconstitucionalidad de la tarifa es incuestionable, al constatarse que los elementos esenciales del tributo, esto es, los sujetos pasivos, la base imponible y la alícuota, entre otros, fueron establecidos en el Decreto Supremo N.° 008-82-VI, afectándose el principio de reserva de ley.

**2.2.** En principio, resulta necesario tener en cuenta que dentro de los recursos naturales, no cabe duda que el agua es el principal de todos ellos, por ser imprescindible para la vida y la salud de las personas. Pero al mismo tiempo, es limitado y por lo general mal aprovechado, resultando impostergable tomar conciencia de esta realidad, especialmente cuando al crecimiento demográfico y el desarrollo industrial hacen que haya una demanda cada vez mayor de este recurso; pero además se ciernen los problemas derivados de la contaminación del medio ambiente y el calentamiento global.

**2.3.** Siendo la vida el derecho más importante –por ser “el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes Derechos no tendrían existencia posible”<sup>88</sup>–, no cabe duda que el agua comparte la misma importancia, por ser el recurso que le resulta esencial, por ello es indiscutible que este recurso natural es fundamental para el respeto de la

---

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 53/1985, del 11 de abril de 1985, Fundamento Jurídico N. 3.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

dignidad de la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado, según establece la Constitución Política del Perú en su artículo 1.

**2.4.** Igualmente “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”<sup>89</sup>. En nuestro país, conscientes de que este recurso vital y valioso es esencial para el desarrollo sostenible, se reconoce a nivel constitucional<sup>90</sup>, 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<sup>91</sup>. Concordante con ello, mediante 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 elaborarán las políticas del desarrollo sostenible, entre otros (artículo 7).

**2.5.** Asimismo, la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, publicada el treinta y uno de marzo del 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,

---

<sup>89</sup> “Afectaciones al Derecho al Agua como consecuencia de la implementación de proyectos extractivos en la Región”, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/ImplementationReport/AssociationInteram>.

<sup>90</sup> **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.

<sup>91</sup> **Constitución Política del Perú. Artículo 67.**- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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 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).

**2.6.** A este tenor, debe tenerse en cuenta que *el artículo 225 del Decreto Supremo N° 001-2010-AG*<sup>92</sup>, define a las aguas subterráneas como las que dentro del ciclo hidrológico, se encuentran en la etapa de circulación o almacenadas debajo de la superficie del terreno y dentro del medio poroso, fracturas de las rocas u otras formaciones geológicas, que para su extracción y utilización se requiere la realización de obras específicas; siendo que la Autoridad Administrativa del Agua controla la explotación de aguas subterráneas con la finalidad de evaluar si su utilización se realiza conforme a los derechos de uso de agua otorgados (artículo 232 de la norma en comento).

**2.7.** Finalmente la UNESCO<sup>93</sup>, considera que: “Las aguas subterráneas son un componente significativo del ciclo hidrogeológico, siendo los acuíferos una unidad hidrológica de vital importancia. En el planeta, las aguas subterráneas representan el 98% del agua dulce no congelada siendo el sostén de varias funciones y servicios ecológicos. Además, son una fuente segura de agua para beber en regiones áridas y semiáridas, así como en pequeñas islas. Asimismo, la extracción de aguas subterráneas se ha visto incrementada durante los últimos 50 años debido a su abundancia, alta calidad y confiabilidad y avances en la hidrogeología para facilitar su extracción a un costo relativamente accesible. (...). Los objetivos específicos consisten en mejorar el manejo de las aguas subterráneas; abordar estrategias para el manejo de la recarga de los acuíferos adaptándose a los impactos del cambio climático así como concientizar sobre la importancia de la protección de la calidad de las aguas subterráneas y la buena gestión de los acuíferos transfronterizos”.

---

<sup>92</sup> Publicado el 24 de marzo de 2010.

<sup>93</sup><http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/ciencias-naturales/water-international-hydrological-programme/aguas-subterranas/>



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**2.8.** Ahora bien, a fin de determinar si procede o no la obligatoriedad del pago por el uso de aguas subterráneas, resulta necesario examinar las distintas normas legales que han regulado dicha obligación: **a)** El artículo 12 de la Ley General de Aguas N° 17752<sup>94</sup> dispuso que los usuarios debían abonar tarifas fijadas por unidad de volumen para cada uso del agua, incluida la subterránea<sup>95</sup>; **b)** a continuación, se expidieron el Decreto Legislativo N.° 148 (quince de junio de mil novecientos ochenta y uno), Decreto Supremo N.° 008-82-VI (cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos), Ley N.° 23 521 (veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos), Ley N.° 24516 (cuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis) y Decreto Supremo N.° 0 33-86-VC (veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y seis), entre otros; todos ellos sobre reserva, aprobación y cobro de tarifas por el uso de agua subterránea; **c)** más adelante, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales N.° 26821 (veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete), establece que los particulares deberán otorgar una retribución económica por todo aprovechamiento de los recursos naturales como el agua, que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales, e incluye todo concepto que deba aportar 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); **d)** con tal propósito, se emitió la Ley de Recursos Hídricos, Ley N.° 29338 (treinta y uno de marzo de dos mil nueve), cuya regulación comprende entre otras al agua subterránea (artículo 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

---

<sup>94</sup> **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.

<sup>95</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

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<sup>96</sup>; 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).

**2.9.** De otro lado, también se creó la Autoridad Nacional del Agua (ANA) que entre sus recursos económicos cuenta con los pagos efectuados por los usuarios por concepto de retribuciones económicas por el uso del agua (artículo 16.2); 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 57.2); 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); **e)** en la misma dirección, el Reglamento de la Ley N.º 29338, aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2010-AG (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

---

<sup>96</sup> 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.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Agricultura, que 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); **f)** luego, se expidió el Decreto Supremo N.º 014-2011-A G (veintiocho de diciembre de dos mil once) y el Decreto Supremo N.º 023-2012- AG (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.

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.º 17752, Decreto Legislativo N.º 148, Decreto Supremo N.º 008-82-VI, Ley N.º 23521, Ley N.º 24516 y Decreto Supremo N.º 033-86-VC la denominaron tarifa; posteriormente las Leyes N.º 26821 y N.º 29338 y los Decretos Supremos N.º 001-2010-AG, N.º 014-2011-AG y N.º 023-2012-AG la denominaron retribución económica.

**2.10.** Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estableció, en las sentencias recaídas en:

**a)** Expediente N.º 1837-2009-PA/TC, de fecha dieciséis de junio de dos mil nueve, Caso Gloria S. A., consideró –fundamento 8- que *“a juicio de este Tribunal, es indiscutible que la tarifa de agua subterránea tienen naturaleza tributaria”*, para luego señalar en el –fundamento 21- *“la inconstitucionalidad de la Tarifa es incuestionable, al constatarse que los elementos esenciales del tributo, esto es, los sujetos pasivos, la base y la alícuota, entre otros, fueron establecidos en el Decreto Supremo N.º 008-82-VI, publicado el 4 de marzo de 1982. En ese sentido, habiéndose establecido que la infracción del principio de reserva de la Ley se produce desde la expedición del Decreto Legislativo N.º 148, es menester concluir que la pretensión de los derechos constitucionales (...); y,*



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

b) Expediente N° 04899-2007-PA/TC, de fecha diecisiete de agosto de dos mil diez, Caso Jockey Club del Perú y otros, consideró –fundamento 8- que *“la tarifa de agua subterránea es de naturaleza tributaria y, en virtud de ello, de acuerdo a lo establecido por el artículo 74 de la Constitución, dicho cobro está sometido a la observancia de los principios constitucionales que regulen el régimen tributario, como lo son los de reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y respeto a los derechos fundamentales”*; -fundamento 22-, *“de la lectura y análisis de la norma legal se puede inferir que no se cumple, siquiera de manera mínima, la consigna del principio de reserva de ley, dejando todos y cada uno de los elementos esenciales del tributo, tales como los sujetos, el hecho imponible y la alícuota a la norma reglamentaria en sus artículos 1 y 2 (Decreto Supremo N° 008-82-VI). Por consiguiente, no se ha respetado en ninguna medida el principio constitucional tributario de reserva de ley”*; además en el, -fundamento 23-, precisa: *“la inconstitucionalidad de la tarifa es incuestionable, al constatarse que los elementos esenciales del tributo, esto es, los sujetos pasivos, la base y la alícuota, entre otros, fueron establecidos en el Decreto Supremo N° 008-82-VI, publicado el cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos. En ese sentido, habiéndose establecido que la infracción al principio de reserva de la Ley se produce desde la expedición del Decreto Legislativo N° 148, (...)”*.

**2.11.** Así, tenemos que 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, Ley N.° 23230 no contempló 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 –en aquel proceso– es inconstitucional, por consiguiente, declaró fundada la demanda de amparo e inaplicables “a la 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, Sedapal está impedida 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



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

de agua potable o agua subterránea. Por último, declaró infundada la demanda e impuso a Sedapal una obligación de no hacer.

**2.12.** De lo expuesto resulta necesario revisar las posibles naturalezas jurídicas que pueden atribuirse a dicha obligación de pago:

**a) El pago por el uso del agua subterránea como tributo desde la expedición del Decreto Legislativo N.º 148.** Esta posición ha sido sostenida por el magistrado del Tribunal Constitucional doctor Landa Arroyo en el voto singular expedido en la sentencia del Expediente N.º 04899-2007-PA/TC.

Según el referido magistrado:

“...la Ley General de Aguas estableció en su artículo 12 que: "Los usuarios de cada distrito de riego abonarán tarifas que serán fijadas por unidad y 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." Estimo que con ello, queda claramente establecido el hecho que genera la obligación de pago así como los sujetos de la obligación. Así, todo sujeto que utilice el recurso hídrico debe abonar la retribución respectiva. No es entonces el Decreto Legislativo N.º 148 el que genera tal obligación como se alega en la resolución en mayoría, y es que como es de observarse, tal normativa se remite a regular solo a las circunscripciones de Lima y Callao. Si es que se parte de tal premisa, se podría alegar que en otras circunscripciones el uso de agua subterránea no generaría carga alguna. Así, la mayoría se equivoca porque entiende que es el Decreto Legislativo o el Decreto Supremo el que genera el pago del derecho”.

Del mismo modo sostenía que:

“... con el Decreto Supremo N.º 008-82-VI, se establece el monto a pagar por la referida tarifa en las referidas circunscripciones, siendo el 20% de las tarifas de agua que para estos servicios Sedapal tenga establecidas para los servicios de agua conectados al sistema que administra. Es



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

decir, tampoco se advierte que, vía reglamento se haya creado o variado la determinación del hecho imponible o los sujetos activos o pasivos del tributo.

9. En lo referente a la alícuota, si bien ésta no se encuentra íntegramente desarrollada en el Decreto Ley N.º 17752, sí se han dado criterios generales que establecen la determinación del monto de dicho tributo, como por ejemplo cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos del agua (artículo 12) o en general los criterios económicos, sociales y ambientales establecido en el artículo 20 de la Ley N.º 26821. Ello resulta necesario debido a la propia naturaleza del recurso hídrico, cuya cantidad es variable, dependiendo de la época o el lugar”.

Es decir, existía un razonable sustento para considerar que la obligación de pagar una retribución por el aprovechamiento del agua subterránea tenía y tiene naturaleza tributaria por la sola utilización del Decreto Legislativo N.º 148.

**b) El carácter tributario luego de la dación de la Ley de Recursos Hídricos.**

Otras posiciones, por su parte, interpretan que, a partir de lo dispuesto por la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos, la cual expresa lo siguiente:

“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”.

Resulta claro que la Ley de Recursos Hídricos ha establecido un régimen especial para el aprovechamiento de las aguas subterráneas, refiriendo su tratamiento, para el caso del recurso administrado por Sedapal, al Decreto Legislativo N.º 148 y sus normas reglamentarias. Según esta opinión, no se podría argüir que los defectos advertidos por nuestro Tribunal Constitucional en el Decreto bajo examen, impediría su utilización, pues, siempre desde este punto de vista, cualquier supuesto defecto habría sido reparado por la referencia realizada en la Disposición Complementaria Final citada.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

En efecto, se sostiene que negar que el Decreto Legislativo señalado pueda ser utilizado válidamente ocasionaría que un recurso descrito como “indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible” se encontraría fuera de los alcances de la Ley Orgánica destinada a regular su aprovechamiento, así como de las normas especiales destinadas a lograr su correcta remuneración.

Es decir, no solo el Estado estaría incumpliendo los deberes que le imponen la Constitución y la ley, sino que los propios jueces estarían prefiriendo una interpretación que pone en peligro un recurso natural, perjudicando no solo a nuestra sociedad sino a las futuras generaciones.

**c) El pago por la utilización económica del agua subterránea como tributo Tasa Derecho.** Establecidas las premisas anteriores es posible sustentar que a partir de la Ley de Recursos Hídricos el pago por la utilización del agua subterránea se configura como una tasa tributo. En efecto, debemos recordar que el principio de legalidad en materia tributaria, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional:

“... se traduce en el aforismo *nullum tributum sine lege*, consistente en la imposibilidad de requerir el pago de un tributo si una ley o norma de rango equivalente no lo tiene regulado. Este principio cumple una función de garantía individual al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos, y cumple también una función plural, toda vez que se garantiza la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria, puesto que su establecimiento corresponde a un órgano plural donde se encuentran representados todos los sectores de la sociedad.

(...)

Debe precisarse que para la plena efectividad del principio de legalidad, los elementos constitutivos del tributo deben estar contenidos cuando menos en la norma de rango legal que lo crea, es decir, el hecho generador (hipótesis de incidencia tributaria), el sujeto obligado, la



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

materia imponible y la alícuota” (fundamentos 33 y 34 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 02835-2010).

Sobre el último de estos elementos, el máximo intérprete de la Constitución ha precisado lo siguiente:

“...en la medida que la alícuota también forma parte esencial del hecho imponible; debido a que el quantum del impuesto está directamente relacionado con el carácter no confiscatorio del impuesto. Elemento que sólo puede estar regulado de manera clara y precisa en la ley. Lo que no obsta a que el Decreto Supremo pueda complementar al mismo, en el marco, por ejemplo, de topes máximos y mínimos que hubiera establecido la ley o de la forma de determinación del monto” (fundamento 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 02302-2003).

Corresponde, entonces, evaluar el cumplimiento de estos requisitos en el caso del aprovechamiento del agua subterránea. Iniciando tal análisis podemos identificar, de la revisión del artículo 91 de la Ley, que se encuentran obligados al pago de una retribución económica por el uso del agua, “todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen”. Es decir, se ha establecido claramente, tanto al sujeto obligado como el hecho imponible que configura el tributo. Asimismo, el artículo bajo análisis también señala que la base imponible se fija por metro cúbico de agua utilizada, autorizándose a la Autoridad Nacional a fijar la retribución “en función de criterios sociales, ambientales y económicos”. Lo que no se encontraría regulado en la Ley es, sin embargo, la alícuota<sup>97</sup> en función de la cual se fijará el pago correspondiente. Sin embargo, debemos recordar que, para el caso de aranceles y tasas, la fijación de la alícuota puede producirse también mediante decreto supremo, pues dichos tributos, como señala la Constitución, pueden regularse, mediante dicha norma legal<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> La alícuota es “una parte o fracción -bajo forma de porcentaje, u otra- de la base imponible” (ATALIBA, Gerardo. *Hipótesis de incidencia tributaria*, Instituto Peruano de Derecho Tributario, S/f, Lima, p. 132).

<sup>98</sup> Artículo 74°.- Principio de Legalidad

**“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.**

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Autorizada doctrina sostiene al respecto que:

“Como consideración preliminar debe recordarse que toda especie tributaria debe reunir todos los elementos característicos del género; es un requisito ineludible, no siempre cumplido en lo que concierne a la fuente legal, y que en el derecho comparado presenta atenuaciones dignas de consideración, admitiendo, *por vía constitucional*, que la cuantía sea fijada por la administración. En tal caso se encuentra Colombia al “permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes como recuperación de los costos de los servicios que presten...”, de acuerdo con los métodos que debe establecer la ley (artículo 338,2); la Constitución de Ecuador dispone que “las tasas y las contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley” (artículo 53. 2); la Constitución de Perú de 1993, establece que “los aranceles y tasas se regulan mediante decreto supremo” (artículo 74, 1)”<sup>99</sup>.

Asimismo, se sostiene:

“Estas atenuaciones y apartamientos deben atribuirse a la extensión del concepto de tasas, a la retribución de servicios públicos de carácter económico (comunicaciones, transporte) en los que la exigencia de ley, sin excepciones, para fijar las tarifas, no encuentra justificación racional. Es un argumento lateral para excluir estos servicios del campo de las tasas. Si se los incluye, la solución jurídicamente correcta sería complementarla admitiendo, mediante norma constitucional -como se dijo- la fijación de la cuantía por la administración”<sup>100 101</sup>.

---

reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación”.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

<sup>99</sup> VALDÉS COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario*, Nueva versión, Depalma-Temis-Marcial Pons, Buenos Aires-Santa Fe de Bogotá-Madrid, 1996; p. 144).

<sup>100</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>101</sup> En sede nacional se ha llegado a afirmar:

“Respecto del Gobierno Central, el poder tributario está repartido entre el Congreso y el Poder Ejecutivo. Al Ejecutivo le corresponde regular aranceles (tributos que gravan las importaciones) y tasas; al Congreso, crear todos los demás tipos tributarios, que son los impuestos (es decir, los tributos de mayor gravitación económica) y las contribuciones. En este aspecto, la modificación reside en que se han incrementado los poderes del ejecutivo para regular el tipo tasas, que como sabemos son tributos vinculados, que a su vez conforme al nuevo texto del Código Tributario, comprenden arbitrios, derechos y licencias.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Podemos concluir, por consiguiente, que no existe obstáculo alguno para otorgar el carácter de tributo, en su manifestación de tasa derecho al recurso tributario cuya administración se encarga a Sedapal.

**d) El pago por la utilización económica del agua subterránea como retribución económica.** Arribadas a las conclusiones anteriores, corresponde interrogarnos ahora respecto a la posibilidad de que el pago por la utilización del recurso natural agua subterránea, sin llegar a constituir un tributo, (debido a los supuestos problemas constitucionales detectados por el Tribunal Constitucional para su configuración), pueda, a pesar de ello, resultar obligatorio para las personas naturales o jurídicas que han disfrutado del recurso natural agua subterránea. Como puede inferirse de la sentencia recaída en el Expediente N.º 04899-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha considerado que el Decreto Legislativo N.º 148 ha sido promulgado excediendo las facultades conferidas al Poder Ejecutivo por la Ley de Delegación de Facultades pues no habría sido autorizado para la creación de nuevos tributos. Del mismo modo, afirma el Tribunal, dado que no se habría fijado la alícuota correspondiente en la propia ley, no se habría respetado el principio de reserva de ley.

Estos argumentos podrían ser objeto de una amplia discusión, como así lo prueba el voto del magistrado doctor Landa Arroyo, al que ya hemos hecho referencia; sin embargo, vamos a aceptar la imposibilidad de conferir al recurso por la utilización del agua subterránea el carácter de tributo.

Es nuestra opinión, el efecto de las consideraciones del Tribunal Constitucional, en el caso citado no tienen otra consecuencia más que excluir del artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 148, la palabra “tributario” pues, en efecto, la única circunstancia que viciaría a la norma citada, bajo las dos situaciones advertidas por el Tribunal Constitucional sería la supuesta necesidad de configurarlo como un tributo.

---

En esta materia, la Constitución ha configurado una verdadera «reserva de Administración», de tal modo que sólo el Ejecutivo podrá regular los tipos tributarios aranceles y tasas, sin que al Congreso le esté permitido intervenir en la regulación de estos tributos”. (DANÓS, Jorge. *El Régimen Tributario en la Constitución: Estudio Preliminar*, p. 131-132 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11467/11986>)



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Por consiguiente, el Decreto Legislativo N.° 148, salvo la palabra “tributario”, mantiene plenamente sus efectos, correspondiendo, por tanto, como lo autoriza la propia norma, que las tarifas puedan ser fijadas mediante Decreto Supremo y que estos recursos (a secas), sean administrados por Sedapal, en las Provincias de Lima y Constitucional del Callao.

Es decir, la obligación de pago se encontraría sustentada en las normas de la Ley de Aguas y de la Ley de Recursos Hídricos que establecen la obligatoriedad de una retribución por la utilización del recurso natural agua.

**e) La vigencia del Decreto Legislativo N.° 148 para la legitimidad activa y la formulación del procedimiento de cobro.** Debemos señalar, asimismo, que la legitimidad de Sedapal para realizar el cobro de las sumas adeudadas por la utilización de las aguas subterráneas no se ve afectada por la calificación jurídica que otorguemos al pago por dicho uso. Así, de acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 148, Sedapal “queda encargada de la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas con fines poblacionales e industriales ya otorgadas y las que se otorguen en el futuro y de imponer las sanciones que prevé la Legislación de Aguas por transgresiones de la misma”.

Del mismo modo, el trámite impugnatorio tampoco puede considerarse inválido o inconstitucional pues, como resulta evidente, nada impide a la Ley otorgar a un órgano administrativo [Tribunal Fiscal] competencias adicionales a las que ya detenta.

**2.13.** En esa perspectiva, en cuanto a la alegación relacionada con la aplicación del Decreto Legislativo N.° 148 y el Decreto Supremo N.° 008-82-VI, pues a criterio de la empresa recurrente la tarifa por el uso de agua subterránea tiene naturaleza tributaria debido a que el Tribunal Constitucional no declaró la inconstitucionalidad de aquellas normas; como se ha descrito en el numeral 2.12, el cobro por aquel concepto atendiendo a una naturaleza tributaria, no resulta justificada debido a que no cumplió con respetar el principio de reserva de ley; por ende, este extremo de la infracción normativa propuesta debe declararse **infundado**.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**TERCERO. De la Indevida aplicación normativa e insuficiente motivación.**

**3.1.** Al respecto, se advierte del contenido de la fundamentación de la presente causal, que el recurrente señala entre otros que la Sala Superior no ha valorado los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338, Ley Recursos Hídricos, por lo que, siendo ello así será en base a ello en que se emitirá pronunciamiento.

**3.2.** En ese sentido, conforme se verifica de la ley en cuestión, en el artículo 1 se 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 y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación”,* siendo que en su artículo 2 describe que: *“El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua”.* Atendiendo a ello, se debe puntualizar que el artículo 90 de la misma ley, refiere: *“Los titulares de los derechos de uso de agua están obligados a **contribuir** al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de lo siguiente: 1. **Retribución económica por el uso del agua;** (...)”*, precisándose en la **Octava Disposición Complementaria Final**, 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”*, entendiéndose de esta norma que las empresas prestadoras de saneamiento, como es el caso de Sedapal, serán las que finalmente se encarguen de velar por el uso de las aguas subterráneas.

**3.3.** De lo antes descrito, se advierte que tanto el artículo 1 como el artículo 2 de la Ley N.° 29338, son normas de desarrollo de lo dispuesto por 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*



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

*particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.*

**3.4.** Asimismo, son concordantes con lo dispuesto por la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N° 26821:

*Artículo 6.- El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos.*

**3.5.** Conforme a las normas analizadas podemos afirmar que el principio de soberanía del Estado sobre los recursos naturales<sup>102</sup> confiere a los poderes públicos una amplísima libertad de configuración para fijar la naturaleza y forma de cobro de las retribuciones que son debidas por la utilización de un recurso natural como el agua. Esta libertad, en nuestra opinión, permite que por conveniencias operativas o administrativas los pagos a realizarse puedan tener el carácter de un canon, de una retribución económica o incluso la calidad de un tributo como la tasa derecho<sup>103</sup>. Pues, lo importante, es que a través de la forma elegida se permita una mejor realización de los fines de protección encargados al Estado para el aprovechamiento sostenible del recurso agua. Incluso, es posible, como en el presente caso, que existan justificadas dudas sobre la naturaleza jurídica del pago que los particulares deben realizar como contraprestación o retribución por el uso de las aguas subterráneas; sin embargo, consideramos que, aún en dichas circunstancias, debería prevalecer el principio elemental de que quien utiliza un recurso natural que es patrimonio del Estado debe cumplir con abonar el pago correspondiente.

**3.6.** Por consiguiente, el suscrito considera que la defensa de un recurso natural esencial para el presente y futuro de nuestra sociedad, no puede limitarse a la discusión de una disyuntiva formal, pues, lo más importante es reconocer que, de un modo u otro, existe la obligación de pago, esta ha sido calculada

---

<sup>102</sup> Al respecto la Resolución 1803 (XVII), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962, ha expresado: "El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado".

<sup>103</sup> Debe ser advertido inmediatamente que resulta evidente que esta calificación no puede llevar a una aplicación apresurada de la disposición contenida en el artículo II del Código Tributaria, la cual que establece que:

"El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación".

Cuando el Estado configura el pago por el uso o aprovechamiento de un recurso natural en la forma de una Tasa Derecho, la fijación del monto a pagar debe estar regida por las normas especiales que regulan la utilización sostenible de los recursos naturales.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

debidamente y el procedimiento previsto para su determinación y cobro ha garantizado el derecho de defensa de los particulares.

**3.7.** Efectivamente, la necesidad de preservar y utilizar racionalmente los recursos naturales obliga a una interpretación amplia e inspirada en los principios constitucionales de las normas que rigen la administración, goce y protección de los recursos naturales, pues, como nos lo recuerda también el magistrado y jurista doctor Landa Arroyo, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que:

“El agua, como recurso natural, no solo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención [existencia, calidad de vida, salud, trabajo y medio ambiente], sino que desde una perspectiva extra personal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede decirse, por consiguiente, que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo” (fundamento 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 06534-2006-PA/TC).

**3.8.** Asimismo, el indicado Juez Constitucional afirma, en opinión que el suscrito comparte plenamente:

“En este caso, se ha hecho uso del agua subterránea, y se pretende no cancelar monto alguno por su explotación, al menos ese es el efecto que genera la resolución en mayoría. Esto es a todas luces un acto contrario a los contenidos mínimos de justicia. Sin ánimo de ser redundante o explicar cuestiones evidentes, parece que la mayoría 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”.

**3.9.** Por consiguiente, el suscrito considera que resulta fundada esta causal por infracción de los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria y Final



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

de la Ley N.º 29338; y, en consecuencia debe declararse **fundado** el recurso de casación y casarse la sentencia de vista.

Por estas consideraciones, **NUUESTRO VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima-Sedapal**, de fecha veintiocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas trescientos veintitrés; en consecuencia, **SE CASE** la sentencia de vista de fecha dieciséis de setiembre de dos mil quince, obrante de fojas trescientos catorce; y, **actuando en sede de instancia, SE REVOQUE** la sentencia apelada de fecha diecinueve de agosto de dos mil catorce, obrante de fojas ciento noventa y siete, que declaró infundada la demanda; y, **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA**; en consecuencia, **NULA** la Resolución del Tribunal Fiscal N° 021479-3-2012 de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce, **RESTITUYÉNDOSE** la vigencia de las Resoluciones de Determinación N° 502580800013049-2012/ESCE, N.º 512579800012992-2012/ESCE, N.º 512579900013062-2012/ESCE, N.º 24002 5500012994-2012/ESCE y N.º 5414106000013063-2012/ESCE, emitida por el uso de aguas subterráneas, como recurso natural, debiendo la empresa Sedapal proceder al cobro respectivo; en los seguidos por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal contra el Tribunal Fiscal y otro, sobre acción contencioso administrativa; y, **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano” conforme a ley; y se devuelva. Juez Supremo: Bustamante Zegarra.

**S.S.**

**WONG ABAD**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

Rpt/Pvs

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CARTOLIN PASTOR ES  
COMO SIGUE:**

Con el respeto que merece la fundamentación expuesta por el Juez Supremo ponente, si bien el magistrado que suscribe comparte los argumentos para



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

desestimar las causales de índole procesal denunciadas en el recurso de casación<sup>104</sup>, considera necesario precisar la posición que asume respecto a las infracciones normativas de carácter material denunciadas, en mérito a los argumentos que se exponen a continuación:

**PRIMERO: Materia del recurso**

Se trata del recurso de casación de fecha veintiocho de septiembre de dos mil quince<sup>105</sup>, interpuesto por el **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal** contra la sentencia de vista de fecha dieciséis de septiembre de dos mil quince<sup>106</sup>, que confirmó la sentencia apelada de fecha diecinueve de agosto de dos mil catorce<sup>107</sup>, que declaró infundada la demanda; en el proceso seguido por el recurrente contra el Tribunal Fiscal y Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta, sobre acción contencioso administrativa.

**SEGUNDO: Causales del recurso**

Mediante la resolución de fecha nueve de noviembre de dos mil dieciséis<sup>108</sup> se declaró procedente el recurso interpuesto por Sedapal en mérito a las siguientes causales: **a)** Infracción normativa del Decreto Legislativo N.º 148 y del Decreto Supremo N.º 008-82-VI; **b)** indebida aplicación normativa e insuficiente motivación; y **c)** infracción normativa de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

**TERCERO: Del recurso de casación**

- 3.1.** El recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

<sup>104</sup>. Referidas a indebida aplicación normativa e insuficiente motivación, así como a los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

<sup>105</sup>. Obrante a fojas 323 del expediente principal.

<sup>106</sup>. Obrante a fojas 314 del expediente principal.

<sup>107</sup>. Obrante a fojas 197 del expediente principal.

<sup>108</sup>. Obrante a fojas 73 del cuaderno de casación.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

- 3.2.** Respecto a la causal de infracción normativa, según Rafael de Pina: “*El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan [...] a infracciones en el procedimiento*”<sup>109</sup>. En ese sentido, se entiende que la causal de infracción normativa supone una violación a la ley, la que puede presentarse en la forma o en el fondo<sup>110</sup>.
- 3.3.** De acuerdo con ello, el recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter excepcional, cuya concesión y presupuestos de admisión y procedencia están vinculados a los “fines esenciales” para los cuales se ha previsto, esto es, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, como se señala en el primer párrafo del presente considerando; siendo así, sus decisiones en el sistema jurídico del país tienen efectos multiplicadores y, a su vez, permiten la estabilidad jurídica y el desarrollo de la nación, de allí la importancia de aquellas.
- 3.4.** De otro lado, corresponde mencionar, de manera preliminar, que la función nomofiláctica del recurso de casación garantiza que los Tribunales Supremos sean los encargados de salvaguardar el respeto del órgano jurisdiccional al derecho objetivo, evitando así cualquier tipo de afectación a normas jurídicas materiales y procesales, y procurando –conforme se menciona en el artículo 384 del Código Procesal Civil– su adecuada aplicación al caso concreto.

---

<sup>109</sup>. De Pina, Rafael (1940). *Principios de Derecho Procesal Civil*. México: Ediciones Jurídicas Hispano Americana; p. 222.

<sup>110</sup>. Escobar Fornos, Iván (1990). *Introducción al proceso*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis; p. 241.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**CUARTO: Cuestión fáctica asentada en sede judicial**

Al respecto, antes de ingresar a analizar la cuestión de fondo planteada por el recurrente en esta instancia, resulta conveniente precisar que en sede casatoria no se evalúan pruebas ni se introducen hechos que no hayan sido discutidos y dilucidados a nivel administrativo ni judicial; por lo tanto, se procede a señalar la situación fáctica que ha quedado asentada durante el proceso:

- 1) Sedapal emitió las siguientes resoluciones de determinación a fin de que Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta cumpla con los pagos por la extracción de agua subterránea durante el periodo del treinta de junio al treinta y uno de julio de dos mil doce, liquidados en el mes de agosto del mismo año:

<b>Resolución de Determinación</b>	<b>Suministro</b>	<b>Deuda</b>	<b>Volumen extraído</b>
502580800013049-2012/ESCE <sup>111</sup>	5025808-6	S/ 87,139.75	66,532 m <sup>3</sup>
512579800012992-2012/ESCE <sup>112</sup>	5125798-8	S/ 16,356.68	12,543 m <sup>3</sup>
512579900013062-2012/ESCE <sup>113</sup>	5125799-6	S/ 41,929.00	32,048 m <sup>3</sup>
240025500012994-2012/ESCE <sup>114</sup>	2400255-2	S/ 47,742.26	36,482 m <sup>3</sup>
541410600013063-2012/ESCE <sup>115</sup>	5414106-4	S/ 39,010.56	29,822 m <sup>3</sup>

- 2) El tres de octubre de dos mil doce Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta interpuso apelación de puro derecho<sup>116</sup> contra las citadas resoluciones de determinación.

<sup>111</sup>. Obrante a fojas 49 del expediente principal.

<sup>112</sup>. Obrante a fojas 53 del expediente principal.

<sup>113</sup>. Obrante a fojas 58 del expediente principal.

<sup>114</sup>. Obrante a fojas 62 del expediente principal.

<sup>115</sup>. Obrante a fojas 66 del expediente principal.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

- 3) Es así que mediante la Carta N.º 026-2016-ER<sup>117</sup>, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil doce, la entidad procedió a elevar al Tribunal Fiscal tanto el recurso de apelación de puro derecho presentado como el expediente administrativo.
- 4) Finalmente, a través de la Resolución N.º 21479-3-2012<sup>118</sup>, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce, el Tribunal Fiscal resolvió declarar fundada la apelación de puro derecho formulada contra las Resoluciones de Determinación N.ºs 502580800013049-2012/ESCE, 512579800012992-2012/ESCE, 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE; y dejar sin efecto tales valores.

**QUINTO: Respecto de las infracciones normativas del Decreto Legislativo N.º 148 y del Decreto Supremo N.º 008-82-VI**

- 5.1. Cabe señalar que las normas invocadas por Sedapal sirvieron de base legal para la expedición de las Resoluciones de Determinación N.ºs 502580800013049-2012/ESCE, 512579800012992-2012/ESCE, 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE, al haber considerado que en tales cuerpos normativos se reconoce que el uso de aguas subterráneas generó una obligación de pago que legitimaba a efectuar el cobro de dicho consumo a Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta.
- 5.2. Al respecto, Sedapal sostiene que la Sala Superior no efectuó un análisis de la vigencia o no del Decreto Legislativo N.º 148 ni del Decreto Supremo N.º 008-82-VI. Asimismo, refiere que en la sentencia de vista no se consideró que el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 148 ni del Decreto Supremo N.º 008-82-VI, sino que

<sup>116</sup>. Obrante a fojas 16 del expediente principal.

<sup>117</sup>. Obrante a fojas 9 del expediente principal.

<sup>118</sup>. Obrante a fojas 6 del expediente principal.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

optó por su inaplicación a un caso concreto. Alega que no existe controversia respecto a que la tarifa del agua subterránea tiene naturaleza tributaria, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución Política del Perú, afirmando que dicha tasa-derecho se generó bajo la observancia del principio de reserva de ley, el cual en el caso concreto se sustenta en el Decreto Ley N.° 17752, publicado el veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y nueve, vigente al tiempo de expedirse el Decreto Legislativo N.° 148 y el Decreto Supremo N.° 008-82-VI, por lo que resulta evidente que la tasa-derecho referida a la tarifa de uso de agua subterránea no se generó mediante el referido decreto legislativo. De otro lado, asevera que la Sala Superior no valoró los artículos 1, 2, 90 y la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 29338, que establecen que si bien el agua es un recurso natural renovable, también es vulnerable, y que siendo un bien de uso público, su administración debe ser ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la nación, por lo que los titulares de derechos de uso de agua deben contribuir económicamente con su uso sostenible y eficiente; y fundamentalmente, que la legislación en materia de recursos hídricos, emitida con posterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, reconoce la subsistencia del derecho de Sedapal respecto de las aguas subterráneas en la circunscripción de Lima y Callao, reservadas a su favor mediante el Decreto Supremo N.° 021-81-VC.

- 5.3.** En este punto, a efectos de dotar de mayor claridad al presente pronunciamiento, se absolverán de forma conjunta estas denuncias, con base en una interpretación sistemática y concordada de las normas cuya infracción se alega y aquellas vinculadas con el caso concreto.

**a) Cuestión preliminar: Las aguas subterráneas**

Los recursos naturales pueden definirse como aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre, es decir, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

necesidades materiales o espirituales<sup>119</sup>. Entre aquellos recursos naturales que existen en el medio ambiente, el agua constituye, ciertamente, uno de fundamental importancia debido a la vinculación que ostenta con el mantenimiento de la vida.

El agua ha merecido en las últimas décadas un intenso debate internacional debido a la crisis que significa hoy en día el difícil acceso a este elemento por parte de sectores con escasos recursos económicos, y el indebido manejo o gestión por parte de las autoridades encargadas de administrarlo; realidad que ha generado distintos compromisos políticos como los plasmados en la Carta Europea del Agua, de fecha seis de mayo de mil novecientos sesenta y ocho; la Resolución A/RES/47/193 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y dos, que aprobó el Día Mundial del Agua; o la Resolución A/RES/64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha veintiocho de julio de dos mil diez, que reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento.

Ahora bien, entre las distintas formas en las que se puede encontrar el recurso hídrico (agua) en el medio ambiente, se encuentran las aguas subterráneas, que pueden ser definidas como aquellas que se encuentran debajo de la superficie terrestre; en estricto, se trata de las aguas que se infiltran descendiendo hasta una zona saturada y en cantidades económicamente apreciables para subvenir las necesidades de las personas<sup>120</sup>.

<sup>119</sup>. Andaluz Westreicher, Carlos (2006). *Manual de Derecho Ambiental*. Segunda Edición. Lima, Perú: Editorial Proterra; p. 41.

<sup>120</sup>. Valencia Erice, María (2012). *La protección de las aguas subterráneas en el Derecho de Aguas Español*. Tesis doctoral. Universidad de Navarra, España; pp. 33-34 [Recuperado de <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/23721/1/Tesis%20Valentina%20Erice.pdf>].



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Las Naciones Unidas ofrecen una clasificación de los recursos naturales como renovables o no renovables<sup>121</sup>: los “renovables” son aquellos que a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento; mientras que los “no renovables” son aquellos que al ser utilizados se agotan irremediabilmente, con lo cual su provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de su incapacidad para alcanzar autoregeneración o autodepuración<sup>122</sup>.

Esta clasificación nos permite señalar que si bien el agua calificaría como un recurso natural renovable debido a que tiene la propiedad de regenerarse por acción del ciclo hidrológico, las aguas subterráneas no gozan necesariamente de esta condición, pues existen algunos depósitos que, en función a sus características inherentes, una vez agotados culminarían su existencia<sup>123</sup>. En otros países, esta particularidad ha servido como base para establecer la competencia que se otorga a las autoridades administrativas para gestionar este recurso, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia N.º 227/1988, de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho<sup>124</sup>.

Lo expuesto resulta relevante a efectos de mencionar lo expresado por el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos dispositivos de la Ley N.º 28258 – Ley de Regalías Mineras, en cuyo fundamento 33 ha precisado lo siguiente:

“En consecuencia, de una interpretación sistemática del artículo 2º, inciso 22) y de los artículos 66º y 67º de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a

<sup>121</sup>. En *“Recursos naturales de los países en desarrollo, investigación, explotación y utilización racional”*, del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (1970).

<sup>122</sup>. Andaluz Westreicher, Carlos; ob. cit. 20, pp. 42-44.

<sup>123</sup>. Valencia Erice, María, op. cit., pp. 33-34.

<sup>124</sup>. Véase en <https://www.boe.es/boe/dias/1988/12/23/pdfs/T00002-00037.pdf>



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que **los recursos naturales – especialmente los no renovables– en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto**” (énfasis agregado).

En este sentido, el presente caso se analizará considerando la particular condición que tienen las aguas subterráneas como recurso natural, las que, según su estado hidrológico, podrían tratarse de fuentes no renovables, lo cual exige que su explotación deba redundar en un aprovechamiento a favor de la colectividad en general, representada por el Estado, y no únicamente en beneficio de aquellos particulares que las hubieren utilizado.

**b) El marco normativo constitucional de los recursos naturales**

La Constitución Política de 1933 aprobó una protección o tutela concreta sobre los recursos naturales, siendo reconocida en su artículo 37, cuyo tenor refirió, como cuestión esencial, que los recursos naturales pertenecen al Estado:

**“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”** (resaltado añadido).

A partir de la remisión legal que estableció este dispositivo constitucional se aprobó el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas, publicado el veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y nueve, que reguló el recurso hídrico en sus distintas manifestaciones, incluyendo las aguas subterráneas.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

Posteriormente, la Constitución Política de 1979 conservó esta misma protección sobre los recursos naturales, aunque otorgándoles el estatus de patrimonio de la nación:

**“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**” (énfasis agregado).

Es durante la vigencia de esta norma constitucional, que se expidió el cuestionado Decreto Legislativo N.º 148, publicado el quince de junio de mil novecientos ochenta y uno, que aprobó las normas y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima (actualmente Sedapal); así como su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 008-82-VI, publicado el cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos.

Esta protección constitucional sobre los recursos naturales prevaleció hasta la Norma Fundamental vigente de 1993, aunque de manera más general, haciendo referencia al rol del Estado como soberano en el aprovechamiento de los mismos.

**“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” (resaltado añadido).

Bajo el amparo de esta disposición es que se promulgó la Ley N.º 26821 – Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

Naturales (**en adelante “Ley Orgánica de los Recursos Naturales”**), publicada el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete; así como la Ley N.º 29338 – Ley de Recursos Hídricos, publicada el treinta y uno de marzo de dos mil nueve, que derogó expresamente, a través de su Única Disposición Complementaria Derogatoria, el Decreto Ley N.º 17752.

De lo expuesto hasta este punto, cabe destacar, en primer lugar, que la Constitución Política de 1933 reconoció que los recursos naturales pertenecen al Estado, y con el fin de establecerse fehacientemente la titularidad jurídica sobre los mismos, el marco constitucional de 1979 los calificó como patrimonio de la nación, categoría que conservan hasta hoy en día en la norma fundamental vigente. Siendo ello así, la utilización de estos recursos no puede significar el provecho de unos cuantos particulares; por el contrario, debe comportar un beneficio para la población en general por tratarse de bienes públicos, el cual se producirá, en términos económicos, mediante la dación de alguna contraprestación o pago por su explotación a cargo del usuario.

En segundo lugar, resulta relevante enfatizar que existió un marco normativo legal inicial que disciplinó la utilización y aprovechamiento del recurso hídrico, previsto en el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas, durante cuya vigencia se aprobó el Decreto Legislativo N.º 148 y su reglamento (objetos de debate en este proceso); y también considerar que dicha ley especial fue derogada años después, en el dos mil nueve, mediante la Ley N.º 29338 – Ley de Recursos Hídricos.

Por lo tanto, el análisis de las normas denunciadas en este proceso deberá propender, inicialmente, a una interpretación sistemática y concordada entre el Decreto Ley N.º 17752, el Decreto Legislativo N.º 148 y su reglamento, lo que se abordará en los siguientes apartados.

El tratamiento normativo que regula las aguas subterráneas ha tenido la siguiente secuencia:



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

- **Decreto Ley N.° 17752 – Ley General de Aguas**  
*Vigente desde el veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y nueve (publicado el 24/07/1969) hasta el treinta y uno de marzo de dos mil nueve.*  
  
Derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29338, publicada el treinta y uno de marzo dos mil nueve.
- **Decreto Legislativo N.° 148 – Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima (Lima y Callao)**  
*Vigente desde el dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y uno (publicado el 15/06/1981) hasta el dieciséis de agosto de dos mil quince.*  
  
Derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N.° 1185, publicado el dieciséis de agosto de dos mil quince.
- **Ley N.° 23521 – Reservan las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo) a favor de la Sedapat**  
*Vigente desde el veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (publicado el 22/12/1982) hasta el dieciséis de agosto de dos mil quince.*  
  
Derogada parcialmente por el Decreto Legislativo N.° 1185.
- **Ley N.° 24516 – Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincia de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo**  
*Vigente desde el siete de junio de mil novecientos ochenta y seis (publicado el 06/06/1986) hasta el dieciséis de agosto de dos mil quince.*  
  
Derogada parcialmente por el Decreto Legislativo N.° 1185.
- **Ley N.° 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales**  
*Vigente desde el veintisiete de junio de mil novecientos noventa y siete (publicado el 26/06/1997).*
- **Ley N.° 29338 – Ley de Recursos Hídricos**



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

*Vigente desde el primero de abril de dos mil nueve (publicado el 31/03/2009).*

- **Decreto Supremo N.° 001-2010-AG – Aprueban Reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos**

*Vigente desde el veinticinco de marzo de dos mil diez (publicado 24/03/2010).*

- **Decreto Legislativo N.° 1185 – Decreto Legislativo que regula el régimen especial de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento**

*Vigente desde el diecisiete de agosto de dos mil quince (publicado 16/08/2015).*

En su Única Disposición Complementaria Derogatoria deroga expresamente los siguientes dispositivos:

- Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Supremo N° 021 -81-VC, por el que Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de “ESAL”, así como el Decreto Legislativo N° 148, Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima.
- Los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo), a favor de “Sedapat”.
- Los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de Sedapat.
- Los artículos 1 y 3 de la Ley N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516. La derogatoria a que se refiere la presente disposición no se contrapone con lo dispuesto en la segunda disposición complementaria transitoria.

- c) Sobre la obligación de pago por el uso de las aguas subterráneas a nivel nacional: “tarifa” y “retribución económica”**



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

De acuerdo con lo referido en los considerandos precedentes, el Decreto Ley N.° 17752 - Ley General de Aguas **estuvo vigente desde el veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y nueve hasta el treinta y uno de marzo de dos mil nueve**. En su artículo uno se determinó la naturaleza jurídica del agua y su titularidad a favor del Estado:

**“Artículo 1.- Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. El uso justificado y racional del agua, sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país”** (énfasis agregado).

De esta forma, se reiteró lo expresado en la Constitución Política de 1933 que estableció que los recursos naturales son propiedad del Estado, motivo por el cual la utilización de los mismos solo podía efectuarse de conformidad con las políticas públicas que este adoptase, plasmadas precisamente en dicha ley.

En el artículo 12 del citado cuerpo legal se hizo referencia al pago de una “tarifa” por el consumo de agua, incluyendo a las subterráneas –del subsuelo–, y se mencionaron aquellos elementos que debían tenerse en cuenta para su cobro:

**“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 [...]”** (resaltado añadido).



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

Asimismo, esta ley reguló de forma específica el tema de las aguas subterráneas en su Título IV “De las aguas subterráneas”, que comprende los artículos del 59 al 70.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993 y, con ello, del mandato constitucional que dispuso fijar por ley orgánica las condiciones para la utilización de los recursos naturales, es que se aprobó, de manera transversal, la Ley N.º 26821 – Ley Orgánica de los Recursos Naturales, publicada el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete. Este texto normativo determinó el régimen de aprovechamiento de todos los recursos naturales, y reconoció que su utilización por parte de los particulares daría lugar a una “retribución económica”, la cual se determinaría por criterios económicos, sociales y ambientales (artículo 20):

**“Retribución económica por aprovechamiento de recursos naturales**

**Artículo 20.- 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 [...]” (énfasis agregado).**

Por lo tanto, cabe anotar que ha sido con la expedición de esta ley que se otorgó, a nivel nacional, una categoría concreta al cobro por el uso de los recursos naturales, denominándolo como “retribución económica”, que comprendía, evidentemente, al recurso hídrico.

En consonancia con este marco legal es que se aprobó la Ley N.º 29338 – Ley de Recursos Hídricos, publicada el treinta y uno de marzo de dos mil



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

nueve, que empleó el anotado concepto para aprobar la obligación de pago que recaería sobre los usuarios del recurso hídrico, conforme se advierte de sus artículos 90 y 91, cuyo texto es el siguiente:

**“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:**

1. Retribución económica por el uso del agua;
2. retribución económica por el vertimiento de uso de agua residual;
3. tarifa por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales;
4. tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor; y
- 5. tarifa por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas.**

El Reglamento establece la oportunidad y periodicidad de las retribuciones económicas, las cuales constituyen recursos económicos de la Autoridad Nacional.

Los ingresos por los diferentes usos del agua se administran por la Autoridad Nacional de Aguas y se distribuyen de acuerdo con el Reglamento, respetando los porcentajes y derechos señalados en esta Ley.

**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” (resaltado y subrayado añadido).

Además, en el Reglamento de la Ley N.º 29338, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 001-2010-AG, publicado el veinticuatro de marzo de dos mil diez, se definió en el numeral 176.1 de su artículo 176 la denominada “retribución económica” con relación al agua, reconociéndola



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

como una contraprestación económica por su uso, y acotando expresamente que no constituye tributo:

**“Artículo 176.- Retribuciones económicas por el uso del agua**

176.1 La retribución económica por el uso del agua, es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. **No constituye tributo**” (énfasis agregado).

En atención a todo lo expresado, se evidencia que el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas constituye un dispositivo legal de carácter especial que en desarrollo del artículo 37 de la Constitución Política de 1933, aprobó las condiciones que regirían la utilización de los recursos hídricos, que no solo comprendía a las aguas subterráneas, sino a todas las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacionales, en cualesquiera de sus estados físicos, según su artículo 4<sup>125</sup>.

Pues bien, como se ha señalado, la mencionada Ley General de Aguas aprobó una obligación de pago que recaía sobre todas las personas que

---

<sup>125</sup>. **“Artículo 4º.-** Las disposiciones de la presente Ley comprenden las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacionales; en todos sus estados físicos, las que con carácter enunciativo pero no limitativo son:

- a. Las del mar que se extiende hasta las doscientas millas;
- b. Las de los golfos, bahías, ensenadas y esteros;
- c. Las atmosféricas;
- d. Las provenientes de las lluvias de formación natural o artificial;
- e. Los nevados y glaciares;
- f. Las de los ríos y sus afluentes; las de los arroyos, torrentes y manantiales, y las que discurren por cauces artificiales;
- g. Las de los lagos, lagunas y embalses de formación natural o artificial;
- h. Las subterráneas;
- i. Las minero medicinales;
- j. Las servidas;
- k. Las producidas; y
- l. Las de desagües agrícolas, de filtraciones y drenaje”.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

hicieran uso del agua, a la que calificó como “tarifa” (artículo 12). Entonces, mediante esta estipulación legal se exigió a nivel nacional que las personas que utilizaran este recurso natural debían reembolsar al Estado una contraprestación económica por su uso, en el entendido de que se trata de un bien de dominio estatal, tal como lo previó la Constitución Política de 1933.

Empero, posteriormente, con la Constitución Política de 1993 y la entrada en vigencia de la Ley N.º 26821 – Ley Orgánica de los Recursos Naturales, se otorgó a este pago una categoría distinta: “retribución económica”, la cual sirvió de base para exigir una contraprestación por el aprovechamiento de cualquier recurso natural en el país (artículo 20). Tal denominación también ha sido asumida por el nuevo marco legal del agua, vale decir, la Ley N.º 29338 – Ley de Recursos Hídricos (artículos 90 y 91), que derogó el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas, a través de su Única Disposición Complementaria Derogatoria<sup>126</sup>.

Por lo tanto, se colige que la categoría jurídica “tarifa” prevista en el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas, fue sustituida por la de “retribución económica” con la entrada en vigencia de la Ley N.º 26821 – Ley Orgánica de los Recursos Naturales, publicada el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete, cambio que tuvo efectos directos en la administración del agua con la promulgación de la Ley N.º 29338 – Ley de Recursos Hídricos, publicada el treinta y uno de marzo de dos mil nueve; asunto que deberá tomarse en cuenta cuando se analice la actividad de aquellos usuarios que hubieran aprovechado el recurso hídrico durante la vigencia de esta última ley, pues para ellos la obligación de pago por el uso del agua se conceptualiza bajo la figura de “retribución económica” y no la de “tarifa”.

---

<sup>126</sup>. **“ÚNICA.- Disposición derogatoria**

*Deróganse el Decreto Ley N° 17752, la tercera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo N° 1007, el Decreto Legislativo N° 1081 y el Decreto Legislativo N° 1083; así como todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley”.*



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

**d) Sobre la obligación de pago por el uso de las aguas subterráneas en las provincias de Lima y Callao: El Decreto Legislativo N.° 148 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.° 008- 82-VI**

Mediante la Ley N.° 23230, publicada el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta, se autorizó al Poder Ejecutivo para que dicte decretos legislativos sobre diversos temas. En el párrafo segundo de su artículo 1 se reconoció la siguiente autorización a su favor:

**“Artículo 1.- [...]**

**Se le autoriza, asimismo, para que dicte los Decretos Legislativos respecto a la Ley General de Endeudamiento Público Externo, Legislación Tributaria y Perfeccionamiento de la Ley General de Cooperativas N° 15260; dando cuenta al Congreso”** (resaltado añadido).

Cabe señalar que aun cuando se advierte una falta de rigor en la forma en cómo el Poder Legislativo otorgó facultades al Poder Ejecutivo para regular sobre materia tributaria, no habiendo precisado aquellos tributos específicos que se incluían en esta delegación, lo cierto es que, en virtud de esta ley se expidió el Decreto Legislativo N.° 148, que sancionó las normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima.

En el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 148 se estableció lo siguiente sobre la “tarifa” de las aguas subterráneas:

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



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

Como se advierte de lo citado, se dispuso que el cobro de la “tarifa” de aguas subterráneas en las provincias de Lima y Callao calificaba como un “recurso tributario”, y que su administración estaría a cargo de la empresa Sedapal.

En vía de reglamentación del Decreto Legislativo N.º 148, a través del Decreto Supremo N.º 008-82-VI, de fecha cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos, se aprobó entonces la fórmula de cálculo de la mencionada tarifa:

**“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”** (resaltado añadido).

Por lo tanto, esta disposición reglamentaria estableció cuál sería el porcentaje que debía aplicar Sedapal para el cálculo de la tarifa de aguas subterráneas –veinte por ciento (20%) de las tarifas de agua establecidas por los servicios conectados al sistema de saneamiento–, permitiendo de esa manera a los usuarios de Lima y Callao conocer a cuánto ascendería el pago por el uso que estarían haciendo de este tipo de recurso.

Ahora bien, tomando en consideración lo expuesto en los acápites precedentes, ha sido en el contexto del Decreto Ley N.º 17752, que el Decreto Legislativo N.º 148 reguló la “tarifa” de aguas subterráneas, pero en un ámbito territorial menor, pues se limitó a normarlo dentro de la jurisdicción de las provincias de Lima y Callao. Es así que, como se ha hecho referencia, en el citado artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 148 se identificó la mencionada obligación legal como “recurso tributario”.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

Siendo ello así, del análisis del presente caso se concluyen tres cuestiones importantes:

- 1) El Decreto Ley N.° 17752 – Ley General de Aguas con stituyó la norma de alcance nacional que disciplinó inicialmente el tratamiento jurídico del agua, tratándose de un texto codificador en cuanto a la utilización, administración, manejo, distribución y aprovechamiento de este recurso natural; por lo que debía servir como parámetro para interpretar las demás normas que sobre esta materia fueron aprobadas de manera subsiguiente.
- 2) El Decreto Legislativo N° 148 es una disposición legal restringida solamente en la jurisdicción de las provincias de Lima y Constitucional del Callao; en este sentido, sus normas debían ser complementadas por una ley marco del recurso hídrico, que originariamente fue el Decreto Ley N° 17752.
- 3) El Decreto Ley N.° 17752 otorgó a la obligación de pago por el aprovechamiento del agua la categoría de “tarifa”, la que fue sustituida por la de “retribución económica” cuando esta norma fue derogada y se aprobó en su reemplazo la Ley N.° 29338 – Ley de Recursos Hídricos, **publicada el treinta y uno de marzo de dos mil nueve.**

Es necesario resaltar que no puede obviarse que el Decreto Ley N.° 17752, cuando incluyó el término “tarifa” para referirse a la obligación de pago por el uso del agua en cualquiera de sus estados físicos, no lo hizo reconociéndole una naturaleza tributaria, pues esta se la otorgó específicamente el Decreto Legislativo N.° 148 para una jurisdicción provincia l.

Tampoco puede soslayarse que si bien la Ley N.° 29338 aprobó un nuevo régimen jurídico para el aprovechamiento del recurso hídrico que identificó



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

como “retribución económica”, dicha ley no restó eficacia al reconocimiento como “recurso tributario” adoptado por el Decreto Legislativo N.º 148 y sus normas complementarias, los cuales conservaron su vigencia en mérito a la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 29338:

**“OCTAVA.- Entidades prestadoras de saneamiento**

**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** (énfasis agregado).

Tanto es así que ha sido con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1185, publicado el dieciséis de agosto de dos mil quince, que recién se derogó expresamente el Decreto Legislativo N.º 148 –y su reglamento–, mediante el inciso a) de su Única Disposición Complementaria Derogatoria<sup>127</sup>.

En este punto, debemos destacar que el Tribunal Fiscal, a través de la Resolución N.º 03820-Q-2016, de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciséis, publicada el ocho de noviembre del mismo año, ha reconocido los efectos del Decreto Legislativo N.º 148 y su reglamento, con el objeto de establecer como precedente de observancia obligatoria, que los procedimientos de cobro efectuados por Sedapal con base en tales dispositivos, son de su competencia por haber sido calificados como “recurso tributario”, salvo aquellos que se devenguen a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1185; ello significa que normativamente es incuestionable la vigencia del Decreto Legislativo N.º 148.

---

<sup>127</sup>. **“Única. - Derogación expresa**

*Deróganse expresamente los dispositivos siguientes:*

**a) Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de “ESAL”, así como el Decreto Legislativo N° 148, Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima [...].”**



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**e) Sobre la obligación de pago por el uso de las aguas subterráneas en las provincias de Lima y Callao como “recurso tributario”**

A partir de lo expuesto en los acápites anteriores, se desprende que en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 148 se dispuso que la “tarifa” de aguas subterráneas dentro de las provincias de Lima y Callao calificaba como un “recurso tributario”, más allá de la obligación legal de pagar por el consumo de dicho recurso natural determinada por el Decreto Ley N.º 17752. Aunque es cierto que la disposición que se cita reconoció que el cobro por el uso del recurso hídrico en dichas jurisdicciones provinciales se sujetaba a la misma categoría jurídica prevista en la Ley General de Aguas –tarifa–, también lo es que la revistió bajo las nociones que giran en torno a la materia tributaria –recurso tributario–, por lo que se procederá a analizar si el Decreto Legislativo N.º 148 cumplía con los principios que prescriben esta disciplina jurídica.

En primer término, resulta necesario establecer ante qué tipo de tributo nos encontramos cuando nos referimos a la “tarifa” por el uso de aguas subterráneas, con el propósito de reconocer su estatus jurídico. La Constitución Política de 1979, que era la norma fundamental vigente al momento en que entró en vigencia el Decreto Legislativo N.º 148, no establecía una clasificación expresa sobre los tributos; sin embargo, en el artículo 139 de dicho cuerpo constitucional se aprobó, aunque de manera enunciativa, la clasificación que cuenta con mayor difusión en Latinoamérica, esto es, la tripartita<sup>128</sup>: impuesto, contribución y tasa, categorización que también se reconoció como la adoptada durante la vigencia de dicho marco constitucional:

**“Como se advierte, si bien no se ha realizado una expresa clasificación de los tributos –ni ella podría estar en la Constitución– este artículo [139] permite inferir que el constituyente ha distinguido entre el género tributo y las especies impuestos,**

<sup>128</sup>. Ruiz De Castilla Ponce De León, Francisco Javier (2009). “Las Clasificaciones de los Tributos e Impuestos”. *Revista Actualidad Empresarial*; primera quincena (180); p. I-1 [recuperado de [http://aempresarial.com/servicios/revista/180\\_1\\_CBJZVGCWZGPLCZZFRMBNTEITSWNMGROYJPHIKOKHOQXATXZYOMA.pdf](http://aempresarial.com/servicios/revista/180_1_CBJZVGCWZGPLCZZFRMBNTEITSWNMGROYJPHIKOKHOQXATXZYOMA.pdf)].



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**contribuciones y tasas.** La mención de cada una de las especies en el entorno adecuado lleva a la conclusión de que el contribuyente le da sentido distinto a cada uno de ellas y que, acertadamente, llama tributo al género<sup>129</sup> (resaltado agregado).

Pues bien, tratándose del cobro de una retribución económica cuyo hecho generador lo constituye la utilización de un recurso natural (aguas subterráneas), esta obligación tributaria pertenece a la especie *tasa* y, dentro de ella, a la subespecie *derecho*. En efecto, considerando la definición de *tasa* otorgada por el Tribunal Constitucional<sup>130</sup>, que la califica como aquel tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva del Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente; y de *derecho*, como aquella tasa que se paga por el uso o aprovechamiento de bienes públicos; se concluye que la mencionada “tarifa” por el aprovechamiento del agua constituye una *tasa-derecho*.

En segundo término, es menester analizar si este “recurso tributario”, aprobado por el Decreto Legislativo N.º 148 y reconocido como *tasa-derecho*, cumplía con los principios tributarios que permitían la creación válida de obligaciones de esta índole, para lo cual debemos tomar en cuenta el texto del artículo 139 de la Constitución Política de 1979, que establecía lo siguiente:

**“Artículo 139.- Solo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios. La tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación. No hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria. Los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones,**

<sup>129</sup>. Medrano Cornejo, Humberto (1990). En torno al concepto y clasificación de los tributos en el Perú. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*; número 18; p. 37.

<sup>130</sup>. Según el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1837-2009-PA/TC, emitida con fecha 16 de junio de 2009.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

arbitrios y derechos o exonerar de ellas, conforme a ley” (énfasis añadido).

Entre los enunciados principios que rigen la potestad tributaria, según la citada norma constitucional, el de *legalidad* se reconoce como el principio de imposición fiscal más importante<sup>131</sup>; ello implica que la ley que establece el tributo deba definir cuáles son los elementos y supuestos de la obligación tributaria, esto es, los hechos imponible, los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer, así como el objetivo y la cantidad de la prestación, por lo que todos estos elementos no pueden quedar al arbitrio y discreción de la Administración<sup>132</sup>.

Por lo tanto, el principio de legalidad no solo buscaría impedir la regulación de las cuestiones tributarias sustantivas por parte de los órganos de administración y de cobranza de los tributos, sino que también trata de evitar que ello ocurra a través de disposiciones con carácter general, no individual, pero con rango inferior a la ley, como es el caso de los reglamentos, a lo cual la doctrina denomina principio de reserva de ley<sup>133</sup>.

En similares términos se ha expresado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, aunque disociando los mencionados principios – legalidad y reserva de ley– a la luz de la actual Constitución Política. Es así que el intérprete constitucional reconoce, en los fundamentos 10 y 12 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0042-2004-AI/TC, que la obligación tributaria solo puede resultar constitucionalmente válida cuando sus elementos se configuren en una norma con rango de ley:

**“[...] el principio de reserva de ley significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada únicamente**

<sup>131</sup>. Aroz Villanueva, Luis Alberto (1993). “El principio de legalidad en la nueva Constitución Política del Estado”. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* (25); p. 56.

<sup>132</sup>. Aroz Villanueva, op. cit., pp. 58-59.

<sup>133</sup>. Aroz Villanueva, op. cit., p. 59.



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

**mediante una ley.** Este principio tiene como fundamento la fórmula histórica “no taxation without representation”; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir. (...) en cuanto a la creación del tributo, la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley. **Para ello, se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; será menor cuando se trate de otros elementos.** En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia” (resaltado agregado).

Sobre la base de lo expuesto, corresponde abordar el análisis del Decreto Legislativo N.º 148 a fin de verificar si esta norma, que formalmente cuenta con rango de ley, establece los elementos esenciales para crear una obligación tributaria (sujetos, hecho imponible y alícuota), sin perderse de vista que este dispositivo se circunscribe a una jurisdicción provincial determinada; por lo que, deberá interpretarse sistemáticamente con el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas, que constituye el marco normativo de alcance nacional que creó la obligación de pago por el uso del agua como “tarifa”.

Respecto de los sujetos de la obligación, el Decreto Legislativo N.º 148 no estableció expresamente quiénes serían las personas sobre las que recaería la obligación de pago por el uso de las aguas subterráneas. Esta omisión de la norma, sin embargo, exige remitirnos al Decreto Ley N.º 17752, que es la disposición legal originaria que aprobó la mencionada obligación por el uso del agua en cualquiera de sus expresiones físicas; en atención a ello, su artículo 12 cumplía con reconocer que los sujetos de la obligación tributaria eran aquellas personas –usuarios– que utilizaran este recurso natural.

Con relación al hecho imponible, el Decreto Legislativo N.º 148 tampoco permite vislumbrar cuál sería el hecho que genere la obligación de pago, no obstante, el artículo 12 del Decreto Ley N.º 17752 integra tal omisión y



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

reconoce que la utilización de este tipo de recurso hídrico sería el elemento fáctico que origine la obligación tributaria a favor del fisco, en este caso, en beneficio de Sedapal.

Respecto de la alícuota, resulta importante destacar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la configuración de este elemento podría no estar íntegramente desarrollada en la norma con rango de ley que aprueba el tributo, sino que este puede manifestarse con la aprobación de parámetros que permitan conocer cómo se establecerá el valor del tributo; en ese sentido lo ha expresado el intérprete constitucional en el fundamento 16 de la ejecutoria recaída en el Expediente N.º 04 899-2007-PA/TC, cuando reconoce que *“(…) en cuanto a la creación del tributo, la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley”*.

Siendo ello así, del análisis del Decreto Legislativo N.º 148 se evidencia que este dispositivo no estableció la alícuota o los lineamientos necesarios para calcularla, situación que se corregía, igualmente, con el Decreto Ley N.º 17752, cuyo artículo 12 aprobó como parámetro que la mencionada “tarifa” debía servir de base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluyendo las del subsuelo, así como la financiación de estudios y obras hidráulicas necesarias para el desarrollo de la zona, que en este caso se trataba de las localidades de Lima y Callao.

Por consiguiente, consideramos que la calificación de “recurso tributario” que el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 148 otorgó a la “tarifa” por el uso de aguas subterráneas, no contravino el principio tributario de legalidad, en tanto debía ser concebido de manera conjunta con el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas, posición que fue sustentada por el magistrado Landa Arroyo en el Voto Singular que acompañó a la sentencia recaída en el



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

proceso de amparo seguido en el Expediente N.° 04899-2007-PA/TC, específicamente en su fundamento 5, cuyo tenor es el siguiente:

“A diferencia de lo que establece la mayoría, estimo que la norma de la cual emana la obligación del pago de la Tasa-Derecho, no sería el Decreto Legislativo N. 148 o el Decreto Supremo N° 008-82-VI, **sino, que la norma que genera o que impone la obligación de pago era la Ley General de Aguas (Decreto Ley N° 17752, del 25 de julio de 1969)**. Si bien dicha norma ha sido derogada por la Ley de Recursos Hídricos (Ley N° 29338, de fecha 31 de marzo de 2009), es durante la vigencia del decreto ley que se han generado las obligaciones cuestionadas en el presente caso” (énfasis añadido).

En ese orden de ideas, el Decreto Legislativo N.° 148 no resultaba contrario a la Constitución Política de 1979, cuerpo constitucional vigente en la fecha en que fue promulgado, tomando en consideración para ello el marco normativo especial aprobado por el Decreto Ley N.° 17752; asimismo, se asume tal criterio interpretativo en razón del marco constitucional que reguló dicha ley, y que más allá de su calificación tributaria o no, existe una obligación legal de pagar por el consumo del recurso natural.

**f) Sobre la exigibilidad de la obligación de pago por el uso de aguas subterráneas en las provincias de Lima y Callao a favor de Sedapal**

Ahora bien, en la parte considerativa de la ejecutoria recaída en el Expediente N.° 04899-2007-PA/TC (fundamento 13), el intérprete constitucional dejó sentado un aspecto sustancial que compartimos plenamente y que resulta necesario invocar para efectos de analizar el presente apartado:

“[...] **b) La clasificación del pago de la tarifa por el uso de agua subterránea como un tributo, precio público o cualquier otra categoría jurídica, no es óbice para que en todas no se presente de manera ineludible el cumplimiento de una serie de cánones en su diseño normativo tendente a la vigencia y observancia de**



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

**principios orientadores que ofrece nuestro marco constitucional”**  
(resaltado y subrayado añadido).

En este sentido, según el propio Tribunal Constitucional, al margen de analizar la clasificación que pueda otorgarse al pago por el uso de agua subterránea (sea como tributo, precio público o cualquier otra categoría jurídica), no se puede dejar de tomar en cuenta y aplicar aquellos principios orientadores que ofrezca el marco constitucional.

El Decreto Legislativo N.º 148 y su reglamento, que como se ha mencionado datan de cuando regía la Constitución Política de 1979, fueron expedidos siguiendo el lineamiento constitucional de que los recursos naturales son patrimonio de la nación (artículo 118); esta disposición se conserva en la actual Constitución Política de 1993 (artículo 66) para expresar quién es el titular primigenio de estos bienes.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, en distinta jurisprudencia, sobre el denominado “patrimonio de la nación” cuando se refiere a los recursos naturales, tal como puede advertirse en el fundamento 4 del Expediente N.º 0003-2006-PI/TC, en el que ha señalado lo siguiente:

“El espectro radioeléctrico [...] es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución, **forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a este su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio [...]**”  
(énfasis añadido).

A su vez, ha expresado, en el fundamento 29 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, lo que se detalla:



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

“El artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello **implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce.**

En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

**El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento”** (resaltado agregado).

De esta forma, cuando se menciona que los recursos naturales son “patrimonio de la nación”, se reconoce, por un lado, que los beneficios derivados del aprovechamiento de aquellos deben alcanzar a la nación en su conjunto; y por otro, que el Estado ejerce un dominio —caracterizado como eminente— sobre dichos recursos, en virtud del cual tiene la capacidad para legislar, administrar, controlar y planificar su aprovechamiento<sup>134</sup>.

De lo expuesto, se debe resaltar que cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo N.º 148 existía un reconocimiento constitucional acerca de que la utilización de los recursos naturales debía significar un beneficio para la ciudadanía en general, proscribiendo o, en todo caso, relegando interpretaciones que pudieran significar o consentir que algunos particulares puedan explotar recursos naturales sin pagar y en detrimento de la colectividad.

---

<sup>134</sup>. Huapaya Tapia, Ramón (2014). “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* (14); p. 330.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

A ello debe sumarse la especial trascendencia que se reconoce al recurso hídrico –con mayor énfasis sobre las aguas subterráneas pues según su fisionomía, podrían tratarse de recursos naturales no renovables– por constituir un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, así como de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que sin serlo permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia<sup>135</sup>.

En virtud de lo anotado, se reconoce que Sedapal contaba con la potestad para cobrar por el uso de las aguas subterráneas a los particulares, no solo en mérito a que dicha obligación nació como una “tarifa” con arreglo al artículo 12 del Decreto Ley N.º 17752, sino también porque cuando se aprobaron los cuestionados Decreto Legislativo N.º 148 y su reglamento, la normativa constitucional vigente otorgó una protección especial a todos los recursos naturales para su adecuada utilización y otorgamiento a los particulares, y los reconoció como patrimonio de la nación mediante el artículo 118 de la Constitución Política de 1979.

Por lo tanto, si bien el Tribunal Constitucional sostuvo en las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs 01837-2009-PA/TC y 04899-2007-PA/TC, que Sedapal no podía cobrar a los usuarios por el aprovechamiento de aguas subterráneas dado que el Decreto Legislativo N.º 148 no cumplía con regular los elementos constitucionales del tributo; este pronunciamiento no restó validez ni desvirtuó la facultad que tiene Sedapal para exigir el pago por el uso de aguas subterráneas en calidad de “tarifa”, según el Decreto Ley N.º 17752 – Ley General de Aguas, o posteriormente como “retribución económica”, en aplicación de la Ley N.º 29338 – Ley de Recursos Hídricos.

---

<sup>135</sup>. De acuerdo con el fundamento 18 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 06534-2006-PA/TC, emitida con fecha 15 de noviembre de 2007.



**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

Aún más, tanto el Decreto Ley N.º 17752 como la Ley N.º 29338 gozaban de plenos efectos a nivel nacional, a diferencia del Decreto Legislativo N.º 148 y su reglamento, que solo se aplicaban sobre las jurisdicciones de las provincias de Lima y Callao, sin que pueda soslayarse los mandatos constitucionales que exigían el adecuado aprovechamiento de este recurso natural considerando el rol esencial que desempeña para la sociedad.

Por lo demás, se estima necesario mencionar que no resulta aceptable asumir una interpretación del marco jurídico aplicable dirigida a sostener que la utilización o explotación de los recursos naturales pueda significar librar a los particulares de la obligación del pago que su utilización conlleva, pues una posición de esta naturaleza no solo supone un perjuicio económico para el Estado, sino que atenta contra cualquier criterio de justicia, que se evidencia aún más cuando nos referimos a un elemento tan esencial para resguardar la subsistencia de generaciones futuras.

**SEXTO: Análisis del caso concreto**

- 6.1.** En el presente caso, el Tribunal Fiscal, mediante la Resolución N.º 21479-3-2012, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce, resolvió declarar fundada la apelación de puro derecho interpuesta contra las Resoluciones de Determinación N.ºs 502580800013049-2012/ESCE, 512579800012992-2012/ESCE, 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE, y dejar sin efecto tales valores.
- 6.2.** Al respecto, de la revisión de las citadas resoluciones de determinación se evidencia que fueron expedidas por Sedapal para que Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta, como titular de los Suministros N.ºs 5025808-6, 5125798-8, 5125799-6, 2400255-2 y 5414106-



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

4, cumpla con los pagos por el uso y aprovechamiento de agua subterránea durante el periodo del treinta de junio al treinta y uno de julio de dos mil doce, liquidados en el mes de agosto del mismo año.

- 6.3.** Revisado el pronunciamiento del Tribunal Fiscal en la Resolución N.º 21479-3-2012, se advierte entonces que contraviene el ordenamiento jurídico vigente al momento en que se efectuó el aprovechamiento del recurso hídrico, esto es, el comprendido por el artículo 66 de la Constitución Política de 1993, y los artículos 90 y 91 de la Ley N.º 29338 - Ley de Recursos Hídricos, desarrollados anteriormente; por lo que, se concluye que dicha resolución se encuentra incurso en la causal de nulidad establecida en el inciso 1 del artículo 10 de la Ley N.º 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 6.4.** En este sentido, debe declararse nula la mencionada resolución del Tribunal Fiscal y, a su vez, restablecerse los efectos de las anotadas resoluciones de determinación emitidas por Sedapal, al ser constitucionalmente válidas; por consiguiente, corresponde que Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta realice el pago por el consumo y extracción de agua subterránea.

**DECISIÓN:**

Por los fundamentos expresados, con lo expuesto en el dictamen del Fiscal Supremo en lo contencioso administrativo, y en aplicación de lo establecido en el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil: **MI VOTO** es por que se declare **FUNDADO** el recurso de casación de fecha veintiocho de septiembre de dos mil quince, interpuesto por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal; **SE CASE** la sentencia de vista comprendida en la resolución número diecinueve, de fecha dieciséis de septiembre de dos mil quince; actuando en sede de instancia, **SE REVOQUE** la sentencia apelada comprendida en la resolución número once, de fecha diecinueve de agosto de dos mil catorce, que



**SENTENCIA**  
**CASACIÓN N° 363-2016**  
**LIMA**

declaró infundada la demanda, y **REFORMÁNDOLA**, se declare **FUNDADA** la demanda, en consecuencia, **NULA** la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 21479-3-2012, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce, **SE RESTITUYA** la validez y los efectos de las Resoluciones de Determinación N.ºs 502580800013049-2012/ESCE, 512579800012992-2012/ESCE, 512579900013062-2012/ESCE, 240025500012994-2012/ESCE y 541410600013063-2012/ESCE; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"; y se devuelvan los actuados; en el proceso seguido por el recurrente contra el Tribunal Fiscal y otra, sobre nulidad de resolución administrativa.

**S.S.**

**CARTOLIN PASTOR**

*Lmvr/At*

lpderecho.pe



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

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 363-2016  
LIMA**

Lpderecho.pe