SENTENCIA
CASACIÓN N°7762-2020
LIMA

SUMILLA: *Independientemente de la calificación como tributo o retribución económica que pueda otorgarse al pago por el uso del agua subterránea, la empresa estatal Sedapal se encuentra autorizada por la ley para realizar el cobro correspondiente, en la forma y modo establecido en el Decreto Legislativo N°148, por ser un recurso natural vuln erable.*

Lima, once de agosto de dos mil veintidós

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

I. VISTA; la causa número siete mil setecientos sesenta y dos-dos mil veinte-Lima, en audiencia pública a través de la plataforma virtual Google Hangouts Meet llevada a cabo en la fecha, integrada por los señores Jueces Supremos : Yaya Zumaeta - Presidente, Quispe Salsavilca, Yalán Leal, Bustamante Zegarra y Ruidías Farfán, y luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. Delimitación del objeto del Recurso de Casación

En el presente proceso sobre nulidad de acto administrativo la parte demandada, ***Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima*** (*en adelante Sedapal)*, con fecha quince de agosto de dos mil diecinueve ha interpuesto el recurso de casación obrante de fojas cuatrocientos sesenta y seis a cuatrocientos ochenta y dos del expediente principal, contra la **sentencia de vista** contenida en la resolución número siete del veinticinco de junio de dos mil diecinueve, corriente de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco a cuatrocientos cincuenta y nueve del mismo expediente, en el extremo **que revocó la sentencia apelada de primera instancia** expedida mediante resolución número quince del trece de julio de dos mil diecisiete, obrante de fojas trescientos ochenta y cinco a trescientos noventa y seis de los autos principales, **que declaró infundada** la demanda contenciosa administrativa y, **reformándola,** la **declaró fundada.**

2. Motivos casatorios que han determinado la procedencia del recurso de casación

Mediante Auto Calificatorio de fecha veintiséis de abril de dos mil veintiuno, corriente de fojas ciento veintiuno a ciento veinticinco (doble cara) del cuaderno de casación formado en esta Sala Suprema, se declaró **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada empresa prestadora de servicios Sedapal, por las siguientes causales:

a) Infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI, así como del artículo 176° del Reglam ento de la Ley de Recursos Hídricos.

b) Infracción normativa de los artículos 1°, 2°, 90 ° y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N°29338, Ley de Rec ursos Hídricos.

c) Infracción normativa del artículo 1° del Texto Ú nico Ordenado de la Ley N° 27584, así como de los artículos VII del Título Preliminar y numerales 3 y 4 del artículo 122° del Código Procesal Civil.

d) Infracción normativa de los incisos 3 y 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

3. Asunto Jurídico en Debate

En el caso particular, la cuestión jurídica en debate pasa por dos niveles de análisis: *primero*, determinar si la sentencia de vista cumple con los estándares mínimos exigibles de respeto a los elementos que constituyen los derechos fundamentales del debido proceso y motivación escrita de las resoluciones judiciales, o si por el contrario la misma presenta defectos insubsanables que motiven su nulidad, al haberse inobservado el principio de reserva de ley en la creación y regulación de la tasa-derecho de agua subterránea contenida en el Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008 -82-VI, al no establecerse

los elementos esenciales de la tasa-derecho de agua subterránea; y, *segundo*, y en su caso, determinar si en la referida sentencia de Vista se ha infraccionado la normativa invocada, que establecería el pago de una retribución económica como tributo y si se han valorado los artículos 1°, 2° y 90° y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338.

II. CONSIDERANDO:

Antecedentes relevantes del proceso judicial

PRIMERO.- La absolución de las denuncias planteadas en el recurso de casación hace pertinente contextualizar el caso particular, con la cita y breve recuento de los actos trascendentales vinculados con el desarrollo de la presente causa judicial. Así tenemos:

1.1. Acto postulatorio de la demanda

El veinticinco de enero de dos mil diez la demandante, ***Universidad Nacional Mayor de San Marcos*** *(en adelante UNMSM),* acudió al órgano jurisdiccional interponiendo demanda sobre nulidad de acto administrativo, obrante de fojas ciento cuarenta y ocho a ciento sesenta y uno del expediente principal, planteando el siguiente **petitorio:**

- *Pretensión única*:

La nulidad del Acuerdo N° 167-024-2009 del veintiocho de septiembre de dos mil nueve, que declara infundada la apelación interpuesta contra la Resolución de Gerencia General N° 428-2009-GG del diecinueve de mayo de dos mil nueve, que declaró infundada la reclamación contra la Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE, que requirió el pago del tributo que grava el uso de aguas subterráneas, aplicado a través del suministro N° 24001186, por el periodo del mes de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho.

Se sustenta el petitorio argumentándose principalmente que: ***a)*** por Resolución N° 150-725-2008/ESCE, Sedapal considera que la tarifa a aplicarse es la tarifa comercial en aplicación del Reglamento de Calidad de la Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 088-2007-SUNASS-CD. Por inspección del diecisiete de julio de dos mil ocho se obtuvo que el uso del agua en el local materia de reclamo está comprendido en la clase no residencial. Por Resolución N° 14669-2008-SUNASS/TR ASS se declaró nula la Resolución N° 150-725-2008/ESCE, para que Sedapal r ealice nueva inspección y emita nuevo pronunciamiento; ***b)*** en la inspección realizada por Sedapal se encontraron dependencias como el Centro Pre Universitario, Centro de Idiomas y Escuela Académica Profesional de Ingeniería Industrial que son dedicadas a la educación, no habiendo Sedapal anotado en el rubro observaciones que el uso es estatal. Siendo actividades educativas inherentes a la Universidad, el agua que se usa es con fines sanitarios y no forma parte como insumo de producto comercial alguno, por lo que corresponde la tarifa estatal; y, ***c)*** en razón del literal b.2.1 del artículo 86.1 del Reglamento de Calidad de la Prestación de los Servicios de Saneamiento, los servicios o actividades educativas no les corresponde la categoría comercial y están exceptuadas de estas, y lo que corresponde aplicar es la tarifa estatal, en aplicación del literal b.2.3 del mismo artículo del Reglamento, lo que se corrobora con el hecho que la recurrente tiene sesenta y un suministros de agua con Sedapal a las que se les factura la tarifa estatal.

1.2. Formulación del contradictorio y declaración de rebeldía

La entidad demandada Sedapal mediante escrito presentado el ocho de abril de dos mil diez, obrante de fojas doscientos quince a doscientos veintinueve del expediente principal, **absuelve la demanda,** pretendiendo que ésta sea declarada infundada.

Por resolución número dos del diecinueve de mayo de dos mil diez, corriente a fojas doscientos treinta y doscientos treinta y uno de los autos principales, **se**

declaró la rebeldía de la empresa prestadora de servicios, en relación con la absolución de la demanda, por extemporánea.

1.3. Opinión de la Fiscalía Provincial

La Tercera Fiscalía Provincial Civil de Lima mediante Dictamen N° 385-2015, presentado el diecinueve de junio de dos mil quince, corriente de fojas trescientos diecinueve a trescientos veinticuatro del expediente principal, opina porque que se declare fundada la demanda contencioso administrativa.

1.4. Actuaciones relevantes

Primera sentencia de Juzgado: El Décimo Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número doce del veintinueve de enero de dos mil dieciséis, corriente de fojas trescientos veintiséis a trescientos treinta y uno del expediente principal, declaró fundada la demanda, decisión que fue objeto de apelación por Sedapal, mediante recurso corriente de fojas trescientos cuarenta y dos a trescientos cuarenta y cinco del mismo expediente.

Primera Sentencia de Sala Superior: La Segunda Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número cinco del veintiséis de enero de dos mil diecisiete, obrante de fojas trescientos setenta y seis a trescientos setenta y ocho de la causa principal, declaró nula la sentencia apelada[1].

1.5. Segunda sentencia de primera instancia

Mediante **resolución número quince** de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante de fojas trescientos ochenta y cinco a trescientos noventa y seis del

[1] La Sala Superior basó la decisión nulificante señalando que el Juez no evaluó ni determinó cuál es la materia objeto de tarifa, que según el Acuerdo N° 167-024-2009 es por el uso del agua subterránea y tampoco se pronunció sobre si la actora está exenta o no de su pago, considerando que el Acuerdo impugnado sustenta su decisión en que cobra dicha tarifa por ser una "tasa" y no un impuesto y que es el servicio de alcantarillado el que está sujeto a regulación tarifaria por parte de la SUNASS, argumentos que no fueron evaluados ni se ha emitido pronunciamiento al respecto, infringiéndose la debida motivación.

expediente principal, el Décimo Segundo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima emite nueva **sentencia de primera instancia,** declarando **infundada la demanda.**

El Juzgado fundamenta la decisión en base a los siguientes razonamientos: ***i)*** en virtud del Decreto Ley N° 17752, que aprueba la Ley General de Aguas, y el Decreto Legislativo N° 148, la parte demandante est uvo cumpliendo con pagar la tarifa por extracción de aguas subterráneas, conforme lo ha señalado la entidad demandada en la Resolución de Gerencia General N° 4 28-2009-GG, sin embargo, la demandante alega que el consumo realizado del mes enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho, no está obligada a pagar el tributo que grava el uso y/o extracción de aguas subterráneas de conformidad con el artículo 87° de la Ley Universitaria-Ley N° 23733 y el artículo 88° de la Ley General de Educación, normas que establecen que las universidades, institutos superiores y demás centros educativos no están obligadas al pago de "impuesto" que afecten bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural; ***ii)*** recogiendo el criterio señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 4899-2007-PA/TC, fundamento 11, se con cluye que la tarifa cobrada por el uso de las aguas subterráneas es calificada como una Tasa-Derecho, mas no como impuesto, todo esto en razón a que el hecho generador de extracción de aguas subterráneas se origina por la utilización de bienes públicos. Asimismo, el artículo 2° del Texto Único Ordenado del Código Tri butario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, señala que *la obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho previsto en la Ley, como generador de dicha obligación, por lo que la responsabilidad de pago nace cuando se produce el uso y/o extracción del agua subterránea.* En el caso de autos la demandante al extraer el agua subterránea mediante sus pozos acuíferos, se encuentra obligada a pagar una *tarifa-tasa* por el consumo de uso de aguas subterráneas; asimismo, la Norma II del Texto Único Ordenado del Código Tributario establece la prohibición de conceder exoneraciones tributarias vía interpretación normativa, por lo que estando a lo manifestado en la Resolución de Gerencia General N° 428-2009-GG, mediante Carta N° 100-96/-EACF, no se puede establecer una e xoneración que no esté prevista en la ley, en virtud a lo cual lo alegado por la demandante en señalar que

se encuentra exonerada de dicho tributo de conformidad con la Carta N° 100-96/EACF, no resulta procedente; ***iii)*** respecto a la exoneración del pago por el tributo que grava el uso y/o extracción de agua subterránea de conformidad con el artículo 87° de la Ley Universitaria y artículo 88° de la Ley General de Educación, se concluye que dichas normas no exoneran el tributo tasa de extracción y/o uso de aguas subterráneas, pues sólo exonera a las universidades del pago de impuesto, situación que es totalmente diferente en el caso de autos, pues según el Código Tributario, impuesto es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado, y tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente, por ello, el tributo de extracción de aguas subterráneas es considerado como Tasa. Asimismo, la demandante alega que Sedapal pretende cobrarle su indebido incremento de *uso y/o extracción del agua subterránea* de acuerdo a la sentencia del expediente N° 7533-2006-PA/TC; al respecto, conforme al artículo 33° Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, modificado por Decreto Legislativo N° 1067, se tiene que del expediente principal no se aprecia instrumental que corrobore que Sedapal en aplicación a la sentencia aludida haya emitido la Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE, sobre cobranza del tributo de extracción y/o uso de agua subterránea; y, ***iv)*** de los considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 04899-2007-PA/TC, se precisa que ni la Ley N° 23230, el Decreto Legislativo N° 148, ni su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-82-VI, se han declarado inconstitucionales en un proceso de inconstitucionalidad, sino que en ese caso de Jockey Club del Perú contra Sedapal se ha fallado por su inaplicación para un caso en concreto, no siendo así que dicha sentencia de amparo sea considerada como un precedente vinculante, motivo por el cual la inaplicación de dichas normas no resulta procedente para el presente caso, concluyéndose que el Acuerdo N° 167-024-2009 no ha incurrido en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10° de la Ley N° 27444.

1.6 Impugnación de la sentencia de juzgado

La UNMSM mediante escrito presentado el once de septiembre de dos mil diecisiete, obrante de folios cuatrocientos once a cuatrocientos veinticinco del expediente principal, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda contencioso administrativa.

La pretensión impugnatoria glosa como agravios principales los siguientes: ***a)*** la sentencia apelada al efectuar el análisis de la sentencia del expediente N° 04899-2007-PA/TC, vulnera la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley N° 28301, por cuanto en dicha sentencia se indicó que en la expedición del Decreto Legislativo N° 148 no se observó el principio de la reserva de la ley, precisando su inconstitucionalidad, así como del Decreto Supremo N° 008-82-VI. Agrega que el Tribunal Fiscal en sustento de dicha sentencia, dejó sin efecto el Acuerdo N° 140-024-2008 y los recibos, por lo que solicita sea de aplicación tal jurisprudencia; y, ***b)*** el Juzgado no ha considerado que el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0042-2004-AI/TC ha mencionado sobre el Decreto Legislativo N° 148 que no se ha cumplido con la ley ni con el principio de reserva de la ley, y que 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, y habiéndose determinado que la infracción del principio de reserva de ley se produce desde la expedición del Decreto Legislativo invocado, se concluye que la pretensión de los derechos constituciones de los actores debe retrotraerse a la fecha de inicio de su vulneración.

1.7. Opinión de la Fiscalía Superior

La Primera Fiscalía Civil y Contencioso Administrativo de Lima mediante Dictamen N° 417-2010, presentado el veintinueve de agosto de dos mil dieciocho, corriente de fojas cuatrocientos treinta y cuatro a cuatrocientos treinta y ocho del expediente principal, opina porque que revoque la sentencia apelada que declara infundada la demanda y reformándola, se declare fundada.

1.8. Sentencia de segunda instancia

SENTENCIA
CASACIÓN N° 7762-2020
LIMA

La Segunda Sala Especializada Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante **resolución número siete** del veinticinco de junio de dos mil diecinueve, corriente de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco a cuatrocientos cincuenta y nueve del expediente principal, **revocó** la sentencia apelada que declaró infundada la demandada contencioso administrativa y, **reformándola,** la declaró fundada, y en consecuencia nulo el Acuerdo N° 167-024-2009, la Resolución de Gerencia General N° 428-2009-GG y la Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE.

La Sala Superior funda su decisión en los siguientes argumentos principales: ***i)*** el Decreto Legislativo N° 148 regulaba la Tarifa de Agua Subterránea, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, en tanto recurso tributario administrado e ingreso propio de Sedapal, (artículo 1°). Por su parte, el Decreto Supremo N° 008-82-VI aprueba como tarifa inicial el porcentaje mínimo propuesto por Sedapal publicado el cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos, y el Tribunal Constitucional en sentencia emitida en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC, señaló en los considerandos 20 a 23 que se inobservó el principio de reserva de ley en la regulación de la tasa-derecho de agua subterránea; y, ***ii)*** del análisis de las normas citadas y de la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional, de obligatorio cumplimiento por los jueces, según el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se concluye que se ha inobservado el principio de reserva de ley en la creación y regulación de la tasa-derecho de agua subterránea contenida en el Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI, al no establecerse los elementos esenciales de la tasa-derecho de agua subterránea en tanto tributo, en dicho Decreto Legislativo, por consiguiente, el cobro de la tasa-derecho de agua subterránea a la Universidad demandante a través del suministro N° 2401186, por el período del mes de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho, en el monto ascendente a S/ 2’433,075.42 (dos millones cuatrocientos treinta y tres mil setenta y cinco con 42/100 soles) como deuda capital, contenido en los actos administrativos impugnados, vulnera su derecho al debido procedimiento en su

manifestación de obtener una decisión motivada y fundada en derecho, reconocida en el artículo IV, literal 2, del Título Preliminar de la Ley Nº 27444, e incurre en causal de nulidad prevista en su artículo 10°, inciso 1), por lo que corresponde revocar la sentencia apelada y, reformándola, declararla fundada.

Precisiones acerca del recurso de casación como base del sistema casatorio peruano

SEGUNDO.- Contextualizado el caso, proseguimos con hacer referencia sobre los alcances del sistema casatorio y el recurso extraordinario de casación, que delimitan la actividad casatoria de esta Sala Suprema, precisando lo siguiente:

2.1. El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el artículo 384° del Código Procesal Civil. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan al proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto.

2.2. El recurso extraordinario de casación tiene por objeto el control de las infracciones que las sentencias o los autos puedan cometer en la aplicación del derecho, partiendo a tal efecto de los hechos considerados probados en las instancias de mérito y aceptados por las partes, para luego examinar si la calificación jurídica realizada es la apropiada a aquellos hechos. No basta la sola existencia de la infracción normativa, sino que se requiere que el error sea esencial o decisivo sobre el resultado de lo decidido. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofiláctica, debe precisarse que ésta no abre la posibilidad de acceder a una tercera instancia ni se orienta a verificar un reexamen del conflicto ni la obtención de un tercer pronunciamiento por otro Tribunal sobre el mismo petitorio y proceso, constituyendo antes bien un recurso

singular que permite acceder a una Corte de Casación para el cumplimiento de determinados fines, como la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.3. Por causal de casación se entiende al motivo que la ley establece para la procedencia del recurso[2], debiendo sustentarse en aquellas previamente señaladas en la ley, pudiendo por ende interponerse por apartamiento inmotivado del precedente judicial, por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así como la falta de congruencia de lo decidido con las pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso[3], por lo que en tal sentido si bien todas las causales suponen una violación de la ley, también lo es que éstas pueden darse en la forma o en el fondo.

2.4. De otro lado, considerándose que en el caso concreto se ha declarado procedente el Recurso de Casación por causales de infracción normativa material y procesal, corresponde en primer lugar proceder con el análisis de la infracción de normas de carácter procesal -*de orden constitucional y legal*-, desde que si por ello se declarara fundado el recurso, su efecto nulificante implicaría la anulación de lo actuado hasta donde se advirtiera el vicio, con disposición, en su caso, de un nuevo pronunciamiento por el respectivo órgano de instancia, en cuyo supuesto carecerá de objeto absolver las denuncias que soportan las infracciones normativas materiales invocadas por el recurrente en el escrito de su propósito; y, si por el contrario, se declararan infundadas las infracciones procesales, corresponderá emitir pronunciamiento respecto de las infracciones materiales.

2.5. Debemos incidir señalando que la infracción procesal se configura cuando en el desarrollo de la causa no se han respetado los derechos procesales de las

[2] Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, página 359.
[3] De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F, 1940, página 222.

partes, se han soslayado o alterado actos del procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano judicial deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en evidente quebrantamiento de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Evaluación de los motivos casatorios de índole procesal propuestos en el recurso de casación

TERCERO.- Al constituir principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, entendiéndose doctrinalmente que el debido proceso es un derecho complejo al estar conformado por un conjunto de derechos esenciales y garantías de las cuales goza el justiciable, entre ellos el de motivación de las resoluciones judiciales, congruencia procesal y valoración de los medios probatorios, los mismos que se encuentran recogidos en el ***artículo 139°; numerales 3 y 5, de la Constitución Política del Perú,*** cuya infracción se denuncia en el recurso extraordinario y se identifica así en el ***acápite d) del apartado 2 de la Sección I*** de este pronunciamiento, se partirá por evocar, a manera ilustrativa, algunos apuntes legales, doctrinales y jurisprudenciales sobre los principios constitucionales implicados, que permitirán una mejor labor casatoria de este Supremo Tribunal.

3.1. Sin perjuicio de ello, y en virtud a los principios de concentración y dirección procesal, se emitirá pronunciamiento conjunto con la causal procesal también denunciada en el recurso, descrita en el ***acápite c)*** del mismo apartado y Sección de la presente Ejecutoria Suprema, referida a la ***infracción del artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 y artículos VII del Título Preliminar y 122°; numerales 3 y 4, del Código Procesal Civil,*** en razón a que las disposiciones contenidas en tales preceptos legales se encuentran vinculadas con la motivación de las resoluciones judiciales y congruencia procesal que se expresan como vertientes del derecho al debido proceso, cuyas transgresiones se reclaman. Así tenemos:

3.2. El **debido proceso** (*o proceso regular*), consagrado en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú [4], es un derecho complejo desde que está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos perezcan ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho -*incluyendo el Estado*- que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina: *"(…) por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, característica del Tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa*"[5]. Dicho de otro modo, el derecho al proceso regular constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen el derecho a ser oportunamente informado del proceso (*emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa*), derecho a ser juzgado por un Juez imparcial que no tenga interés en un determinado resultado del juicio, derecho a la tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (*publicidad del debate*), derecho a la prueba, derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso y derecho al Juez legal.

3.3. Con relación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, Pico I Junoy[6] precisa que se trata de un derecho que contiene cuatro aspectos: i) el derecho de acceso a los tribunales; ii) el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; iii) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y, iv) el derecho al recurso legalmente previsto. Sostiene el citado autor que el aspecto consignado en el literal ii) hace referencia a dos aspectos importantes, a saber: que las sentencias sean motivadas jurídicamente y que sean congruentes.

---

[4] **Artículo 139° de la Constitución Política del Perú**
"*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
(…)
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
(…)."

[5] Faúndez Ledesma, Héctor, "El Derecho a un juicio justo". En: Las garantías del debido proceso (Materiales de Enseñanza) Lima. Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP y Embajada Real de los Países Bajos, página 17.

[6] PICO I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso, José María Bosch Editor-Barcelona, 1997, páginas 40-41.

3.4. Como se ha señalado el derecho al debido proceso comprende a su vez, entre otros derechos, el de **motivación de las resoluciones judiciales,** previsto en el inciso 5 del artículo 139° de la Carta Fundamental [7], esto es, el de obtener una resolución fundada en derecho mediante decisiones en las que los Jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, dispositivo que es concordante con lo preceptuado por el numeral 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil[8] y artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial[9]. Además, la exigencia de motivación suficiente garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes, y no de una arbitrariedad de los magistrados, por lo que en ese entendido es posible afirmar que una resolución que carezca de motivación suficiente no solo infringe normas legales, sino también principios de nivel constitucional[10].

3.5. El proceso regular en su expresión de motivación escrita de las resoluciones judiciales, entiende que una motivación defectuosa puede expresarse en los siguientes supuestos: **a)** Falta de motivación propiamente dicha: cuando se advierte una total ausencia de motivación en cuanto a la decisión jurisdiccional emitida en el caso materia de conflicto, sea en el elemento fáctico y/o jurídico; **b)** Motivación aparente: cuando el razonamiento en la sentencia sea inconsistente, sustentado en conclusiones vacías que no guardan relación con el real contenido del proceso; **c)** Motivación insuficiente: cuando se vulnera el principio lógico de la

---

[7] **Artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú.-** 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.

[8] **Artículo 122°, inciso 3, 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.

[9] **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.

[10] El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1480-2006-AA/TC 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 y decididas por los jueces ordinarios"*.

razón suficiente, es decir que el sentido de las conclusiones a las que arriba el juzgador no se respaldan en pruebas fundamentales y relevantes, de las cuales éste debe partir en su razonamiento para lograr obtener la certeza de los hechos expuestos por las partes y la convicción que lo determine en un sentido determinado, respecto de la controversia planteada ante la judicatura; y, **d)** Motivación defectuosa en sentido estricto: cuando se violan las leyes del hacer/pensar, tales como de la no *contradicción* (*nada puede ser y no ser al mismo tiempo*), la de *identidad* (*correspondencia de las conclusiones a las pruebas*), y la del *tercio excluido* (*una proposición es verdadera o falsa, no hay tercera opción*), entre otros, omitiendo los principios elementales de la lógica y la experiencia común.

3.6. Ahora bien, debe evaluarse que la exigencia de motivación suficiente garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes, facilitando así la crítica interna y el control posterior de las instancias revisoras[11], todo ello dentro de la *función endoprocesal de la motivación*. Paralelamente, permite el control democrático de los Jueces que obliga, entre otros hechos, a la publicación de la sentencia, a la inteligibilidad de la decisión y a la autosuficiencia de la misma[12]. En tal virtud, los destinatarios de la decisión no son solo los justiciables, sino también la sociedad, en tanto los juzgadores deben rendir cuenta a la fuente de la que deriva su investidura[13], todo lo cual se presenta dentro de la *función extraprocesal de la motivación.*

Por ello, **la justificación racional de lo que se decide es interna y externa.** La primera gravita en comprobar que el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -*deductivamente*- válido, sin importar la validez de las propias premisas. La segunda, justificación externa, gravita en controlar la adecuación o

[11] ALISTE SANTOS, Tomás Javier. La Motivación de las resoluciones judiciales. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires. Página 157-158. Guzmán, Leandro. Derecho a una sentencia motivada. Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá 2013, páginas 189-190
[12] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Palestra-Temis, Lima-Bogotá 2014, página 15.
[13] La motivación de la sentencia civil. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México 2006, páginas 309-310.

solidez de las premisas[14], lo que admite que las normas contenidas en la premisa normativa sean normas aplicables en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera[15]. En esa perspectiva, la justificación externa requiere: a) que toda motivación sea congruente, por lo que no cabe que sea contradictoria; b) que toda motivación sea completa, debiendo motivarse todas las opciones; y, c) que toda motivación sea suficiente, siendo necesario expresar las razones jurídicas que garanticen la decisión[16].

3.7. Finalmente, tenemos que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación se concretiza logrando su vigencia efectiva, siempre y cuando se vislumbre una adecuada argumentación jurídica del órgano jurisdiccional: i) delimitando con precisión el problema jurídico que se derive del análisis del caso concreto; ii) desarrollándose 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) **justificando las premisas fácticas** derivadas de la valoración probatoria; y, iv) observando la congruencia entre lo pretendido y lo decidido. 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[17], consistente en la evaluación del encadenamiento de los argumentos expuestos, esto es verificando el vínculo y relación de las premisas normativas y su vinculación con las proposiciones fácticas acreditadas que determinará la validez de la inferencia, lo que implica el control de la subsunción, o ponderación, que culminará en la validez formal de la conclusión en la resolución judicial.

CUARTO.- Desarrollados los supuestos teóricos precedentes, corresponde ahora determinar si la resolución judicial recurrida ha transgredido el derecho al debido proceso en su elemento medular de motivación y congruencia procesal, para lo

[14]ATIENZA, Manuel, "Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En http://razonamientojurídico.blogspot.com.
[15] MORESO, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, página 184.
[16] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Ob. Cit., página 26.
[17] En: Martínez, David (2007) Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Marcial Pons, Madrid, página 39, "Una decisión está internamente justificada si y sólo sí entre las premisas utilizadas y la conclusión del razonamiento existe una conexión lógica (la conclusión se deduce lógicamente de las premisas, mediante un razonamiento válido).

cual el análisis debe efectuarse a partir de los propios fundamentos o razones que sirvieron de base a la misma, por lo que cabe realizar el examen de las razones o justificaciones expuestas en la resolución materia de casación, no sin antes dejar anotado que la función de control de este Tribunal de Casación es de derecho y no de hechos, precisando además que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso sólo pueden ser evaluados para contrarrestar las razones expuestas en la resolución acotada, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis.

4.1. Efectuadas tales precisiones, corresponde traer a colación los fundamentos que sustentan las causales procesales propuestas en el recurso, recurriendo para ello al Auto Calificatorio del Recurso aludido en el apartado 2 de la parte expositiva de la presente Ejecutoria Suprema. En cuanto a la *infracción normativa del artículo 139°, numerales 3 y 5, de la Constitución Política del Perú*, se argumenta que la recurrida adolece de una debida motivación porque ha omitido motivar los hechos y derecho sobre los cuales basa su pronunciamiento, habiéndolo solo efectuado sobre hechos no alegados por la parte demandante, resolviendo sobre pretensiones no formuladas, así como remitiéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC, que declaraba la inaplicación del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI, interpretándose que el cobro por el uso y/o explotación del agua subterránea es de naturaleza tributaria, pero no tiene carácter vinculante sino para un caso concreto, además que no constituiría una declaración de inconstitucionalidad y que ha sido emitida con anterioridad a la Ley de Recursos Hídricos, que como ley de la materia ha establecido que la retribución económica por el uso de aguas subterráneas no constituye tributo. En ese sentido, la recurrida habría incurrido en motivación aparente al no responder a lo actuado en el presente proceso y no contener la motivación suficiente que justifique la decisión final adoptada, lo que constituiría infracción a la garantía consagrada en el artículo 139°, inciso 5, de la Carta Magna.

Por su parte, en lo que se refiere a la *infracción normativa del artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 y de los artículos VII del Título Preliminar y*

122°, numerales 3 y 4, del Código Procesal Civil; la parte recurrente señala que la motivación exige respetar el principio de congruencia, y que en este caso se ha demandado la nulidad del Acuerdo N° 167-024-2009, que en última instancia administrativa resuelve la reclamación presentada contra la Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE, por la cual se le requiere el pago de la tarifa por uso de aguas subterráneas del periodo de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho; sin embargo, la sentencia de vista recurrida iría más allá de lo pedido en la demanda y lo fijado como puntos controvertidos, al declarar la nulidad del Acuerdo citado así como de la Resolución de Gerencia General N° 428-2009-GG y de la Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE, no impugnadas estas dos últimas, y que además la recurrida se sustentaría en hechos no alegados en la demanda, dado que en ésta no se cuestiona la legalidad de la emisión de la referida Resolución de Determinación N° 110-2008/E por el cobro de la tarifa por uso de aguas subterráneas, ni se contradicen los volúmenes de consumo extraídos, sino que lo pretendido es que judicialmente se determine si le corresponde la tarifa estatal o comercial, como se habría fundamentado en la demanda; sin embargo, la recurrida al revocar la sentencia de primera instancia sustentaría su decisión en hechos que no habrían sido alegados por la parte demandante y resolvería sobre pretensiones no demandadas, con lo que se habría vulnerado el principio de congruencia.

4.2. La absolución de las infracciones denunciadas implica acudir a la base fáctica fijada por las instancias de mérito, así como a los argumentos esgrimidos en la sentencia impugnada, requiriendo dicha labor identificar el contenido normativo de las disposiciones constitucionales y legales para establecer si los numerales 3 y 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú y artículos VII del Título Preliminar y 122°, numerales 3 y 4, del Código Procesal Civil, han sido vulnerados, para cuyo efecto este Supremo Tribunal debe verificar si el paso de las premisas fácticas y jurídicas a la conclusión arribada en la sentencia de vista recurrida en casación, ha sido lógica o deductivamente válido, sin sobrevenir en contradictoria.

4.3. Encaminados al logro del propósito aludido, debe decirse sobre la justificación racional de lo que se ha decidido por el Tribunal de Apelación que, en cuanto a la

justificación interna, se observa que el orden lógico elaborado por el Colegiado Superior es como sigue:

Premisa normativa. Decreto Ley N° 17752; Ley N° 29338; Decreto Supre mo N° 021-81-VC; Ley N° 23230; Decreto Legislativo N° 148 ; y, Decreto Supremo N° 008-82-VI; normas legales referidas a la Ley General de Aguas, Ley de Recursos Hídricos, Decreto Supremo que reserva las aguas subterráneas de los acuíferos de las Provincias de Lima y Callao a favor de la Empresa de Saneamiento de Lima; Ley General de Endeudamiento; Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima; y, Reglamento del Decreto Legislativo N° 148, respectivamente.

Premisa fáctica. Por Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE del treinta de diciembre de dos mil ocho, se requirió a la institución superior de estudios demandante el pago del tributo que grava el uso de agua subterránea, aplicado a través del suministro N° 2401186, por el periodo de l mes de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho, ascendente a la suma de S/ 2’433,075.42 (dos millones cuatrocientos treinta y tres mil setenta y cinco con 42/100 soles) de deuda capital.

Conclusión. Del análisis de lo previsto en la Ley General de Aguas-Decreto Ley N° 17752; Decreto Supremo N° 021-81-VC; Ley N° 23230; Decreto Legislativo N° 1248; Decreto Supremo N° 008-82-VI, y de la interpr etación constitucional que se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC, se concluye que en el caso de autos se ha inobservado el principio de reserva de ley en la creación y regulación de la tasa-derecho de agua subterránea contenida en el Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI, al no establecerse los elementos esenciales de la tasa-derecho de agua subterránea en tanto tributo, en dicho Decreto Legislativo; por consiguiente, el cobro de la tasa-derecho de agua subterránea a la universidad demandante por el periodo del mes de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho, contenido en los actos administrativos impugnados, vulnera el debido

procedimiento en su expresión de debida motivación y fundada en derecho, acarreando la nulidad de las Resoluciones cuestionadas.

4.4. La aludida inferencia es adecuada, toda vez que la conclusión arribada tiene como antecedente la subsunción de las premisas fácticas dentro de las premisas normativas utilizadas para resolver la controversia analizada, advirtiéndose la justificación interna del razonamiento, la que se encuentra conectada con la estructura lógica -coherencia lógica- del razonamiento, en el entendido que una decisión judicial estará justificada internamente siempre que la conclusión sea la consecuencia lógica necesaria de las premisas (normativas y fácticas) invocadas[18]. Ello es así desde que se ha precisado cuál es la premisa normativa o norma jurídica introducida en el silogismo jurídico que apoya el razonamiento desarrollado en la sentencia confirmatoria cuestionada.

4.5. Ahora bien, en torno a la justificación externa de la decisión superior, este Supremo Tribunal considera que la realizada por la Sala de alzada es adecuada, desde que las premisas fácticas y jurídicas precitadas en el apartado 4.3 de este considerando contienen proposiciones válidas y normas aplicables en el ordenamiento jurídico nacional, además de ser igualmente adecuadas para analizar lo que ha sido materia de revisión, al haber absuelto el grado de acuerdo a los agravios que sustentaron la pretensión impugnatoria de la UNMSM, vinculada con la pretensión de declaración de nulidad del Acuerdo N° 167-024-2009 del veintiocho de septiembre de dos mil nueve, emitida por el Directorio de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima; en consecuencia, estando a la corrección de las premisas normativa y fáctica, la conclusión a la que arribó la Sala Superior fue lógicamente adecuada. En esa perspectiva, la sentencia recurrida explica y justifica las premisas factuales y jurídicas elegidas por el Colegiado Superior, cumpliendo con la exigencia de logicidad en la justificación interna de la resolución examinada y con el estándar de motivación exigido por el artículo 139°, numerales 3 y 5, de la Carta Fundamental, y artículos VII del Título Preliminar y 122°, numerales 3 y 4, del Código Procesal Civil; por tanto, no se

[18] **TUESTA SILVA, Wilder**. Material Auto Instructivo Curso: "Argumentación Jurídica" Segundo Nivel de la Magistratura. Año 2016, página 29.

observa la infracción del derecho al debido proceso en vinculación con la motivación de las resoluciones judiciales, congruencia procesal y la tutela jurisdiccional efectiva, razones que determinan que las causales procesales de naturaleza constitucional y legal sean **infundadas.**

4.6. Es pertinente acotar que lo precisado no es equivalente a que este Supremo Tribunal concuerde con el alcance final la decisión recurrida, desde que no cabe confundir debida motivación de las resoluciones judiciales con debida aplicación del derecho objetivo. En el primer supuesto se examinan los criterios lógicos y argumentativos referidos a la decisión de validez, la decisión de interpretación, la decisión de evidencia, la decisión de subsunción y la decisión de consecuencias, en tanto que en el segundo supuesto debe determinarse si la norma jurídica utilizada ha sido aplicada de manera debida, con ajenidad de las premisas fácticas fijadas en sede de instancia.

QUINTO.- Ahora bien, sobre las mismas causales casatorias procesales, la empresa recurrente extiende sus denuncias a la infracción del artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, para lo cual solo efectúa una sucinta descripción de dicho artículo, sin contener el recurso un desarrollo argumentativo que funde la alegada vulneración, por lo que el recurso en este extremo tampoco resiste una calificación estimatoria. Asimismo, en lo concerniente a la alegada afectación de la debida motivación en su expresión de congruencia procesal, porque a decir de la empresa recurrente la Sala Superior habría evaluado hechos no invocados por las partes y resuelto sobre aspectos que no han sido expresamente demandados por la UNMSM (como es que se determine si corresponde aplicar la tarifa estatal o comercial), es preciso acotar que el análisis lógico jurídico realizado por el Tribunal de Apelación ha respondido al marco funcional que la pretensión recursiva ha planteado, en concordancia con lo previsto en el artículo 370° del Código Procesal Civil, del cual se extrae que la competencia de la función jurisdiccional del Juez Superior será fijada por el contenido del recurso de apelación, bajo el entendido que aquello que se denuncie como agravio comportará la materia que el impugnante desea que la Sala Superior revise. Y si bien, de acuerdo a los antecedentes judiciales, se desprende que el petitorio de la

demanda solo ha comprendido la pretensión de nulidad del Acuerdo de Sesión de Directorio N° 024-2009 del veintiocho de septiembre de dos mil nueve y, no obstante ello la Sala habría amparado además de dicha pretensión, la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 428-2009-GG del diecinueve de mayo de dos mil nueve, por la que se declara infundados los recursos de reclamación presentados, así como la Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE del treinta de diciembre de dos mil ocho, que determina la deuda tributaria del periodo de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos ocho, sin embargo tal situación no genera vicios de motivación en su faz de congruencia procesal como se reprocha.

5.1. En efecto, no olvidemos que estamos frente a un proceso contencioso administrativo, el mismo que según el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, que ha sido también invocado por la misma casante, establece que la acción contenciosa administrativa *"(…) tiene por* ***finalidad el control jurídico*** *por el Poder Judicial* ***de las actuaciones de la administración pública*** *sujetas al derecho administrativo* ***y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados*****"** (énfasis agregados), lo que importa que el administrado pueda solicitar tutela jurisdiccional frente a una actuación de la Administración Publica que no solo se circunscriba a la revisión de la legalidad del acto administrativo, declarando la validez o no del mismo, sino que pueda recibir una efectiva tutela al entender el legislador que se ha transitado a un sistema de amplia tutela, de allí la contemplación legal de la pretensión de "plena jurisdicción".

5.2. En términos del profesor Giovanni Priori *"(…) el proceso contencioso administrativo se presenta como un medio a través del cual el Poder Judicial controla la constitucionalidad y la legalidad de la actuación administrativa, (…) brindando, además, una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los administrados que puedan haberse lesionado o que se hallen amenazadas por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal. Lo expuesto quiere decir, además, que la labor del Poder Judicial no se restringe a una declaración de invalidez del acto administrativo, sino a una auténtica sustitución de la decisión*

administrativa pues sólo así se brinda una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los ciudadanos"[19].

5.3. En esa perspectiva, no queda duda que si bien no formó parte del petitorio de la demanda las pretensiones de declaración de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 428-2009-GG y de la Resolución de Determinación N°110-2008/ESCE, empero al constituirse éstas en actos que posteriormente dieron lugar a la emisión del Acuerdo de Sesión Directorio N° 02 4-2009, se aprecia su estrecha vinculación y concatenación, de tal manera que la nulidad de esta última que declara infundada la apelación formulada contra la Resolución de Gerencia aludida y ésta, a su vez, declara infundada la reclamación contra la Resolución de Determinación precitada, genera necesariamente la nulidad de estos dos últimos actos administrativo, en el marco de una efectiva tutela jurisdiccional que inspira el proceso contencioso administrativo, que va más allá de un limitado control de legalidad del acto administrativo.

Bajo dicho escenario de actuación judicial, lo que se denuncia como incongruencia procesal no se materializa en el caso concreto en virtud de las razones expuestas, determinando que este extremo del recurso extraordinario también resulte **infundado.**

Evaluación de los motivos casatorios de naturaleza material

SEXTO.- Habiéndose desestimado las causales casatoria de naturaleza procesal, tenemos que en la línea estructural de la labor casatoria fijada en el fundamento 2.4 de la presente Ejecutoria Suprema, nos encontramos habilitados para proseguir con el análisis casatorio de las infracciones normativas materiales, identificadas en los acápites a) y b) del punto 2 de la Sección I del presente pronunciamiento, referidas a la ***infracción del Decreto Legislativo N° 148, del Decreto Supremo N° 008-82-VI y artículo 176° del Re glamento de la Ley de Recursos Hídricos,*** así como de los ***artículos 1°; 2°y 90°y Octava Disposición***

[19] PRIORI POSADA, Giovanni "Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo" 4ta Edición. Ara Editores, Lima 2009, páginas 90 y 91.

Complementaria Final de la Ley N° 29338 - Ley de Recursos Hídricos, correspondiendo se proceda al examen de los fundamentos que las respaldan, que aluden a temas sobre la vigencia y constitucionalidad de las normas legales citadas, las aguas subterráneas como recurso natural renovable y vulnerable que debe recibir la protección ambiental del caso y el interés de la Nación y que por ello deba contribuirse económicamente con su uso sostenible y eficiente, debiéndose entonces a través del presente control objetivo de legalidad evaluar tales asuntos, que revisten importancia, desde que las circunstancias actuales nos dirigen a prestar especial atención a un imprescindible recurso natural como es el agua, para así efectivizar no solo la aludida labor de control, sino además la materialización objetiva de lo que viene a ser una solución justa del caso concreto, fin perseguido en la dilucidación de todo tipo de controversia judicial.

Sobre el derecho fundamental al agua y medio ambiente

6.1. Debemos partir afirmando que es indudable la relación existente entre el derecho humano al agua, los derechos humanos y el medio ambiente, como así se ha establecido durante el 19° Periodo de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas del dieciséis de diciembre de dos mil once[20]. 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 que se consigna que en torno a esta relación existe un triple planteamiento: *i)* el hecho que la vida y la dignidad humana solo son posibles si las personas tienen acceso a un medio ambiente dotado de ciertas cualidades básicas. La degradación del medio ambiente, incluida la contaminación del aire, el agua y la tierra, pueden afectar a 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; y, *iii)* la integración de los derechos humanos y el medio ambiente en el concepto de desarrollo sostenible. Así también en cuanto a las principales amenazas ambientales para los derechos humanos,

[20] http://www.ohchr.org(Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-34-SP.

ubica: 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. Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual 2015[21], Capítulo IV.A sobre *"Acceso al agua en las Américas una aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano*", determinó que la formulación del derecho al agua en el sistema universal se deriva en primer lugar de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 25° estableció: *"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, la vivienda (…)*". De acuerdo al 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".* El párrafo primero del artículo 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-PIDESC, considera que el derecho al agua se ubica en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, principalmente porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia, en base a lo cual dispuso que los Estados tengan la obligación de asegurar inmediatamente que el derecho al agua sea ejercido sin discriminación alguna. Para ello el Comité de DESC ha instituido condiciones esenciales para el acceso al agua, como son: a) la disponibilidad, b) la calidad, y, c) la accesibilidad. A ésta última se le asignan cuatro dimensiones: 1) accesibilidad física; 2) accesibilidad económica; 3) no discriminación; y, 4) acceso a la información. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 64/292 adoptada en Asamblea General de julio de dos mil diez, reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al

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

saneamiento, reafirmando que el agua potable limpia y el saneamiento son vitales para la realización de todos los derechos humanos.

6.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH incluye el concepto de vida digna dentro de las obligaciones impuestas por el artículo 4° de la Convención. En los casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek con Paraguay, consideró que el Estado no había tomado las medidas necesarias para otorgarles 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 con 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, desnutrición, precarias condiciones de su vivienda y entorno, limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y **agua potable,** así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales. Estimó 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. Se constató que los miembros de la Comunidad carecieron de acceso al agua en cantidad suficiente y apta para el consumo humano, y resolviendo 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 amplio de dichos derechos, entre los que se destacan por su vinculación con el acceso al agua, el derecho de toda persona a la salud (a*rtículo 10°*) y el derecho a vivir en un medioambiente sano y a contar con servicios básicos (a*rtículo 11°*).

6.5. En lo concerniente a las principales afectaciones al derecho de acceso al agua en las Américas informadas a la CIDH, se anuncian aquellas como la implementación de proyectos extractivos, uso de agroquímicos, contaminación de las fuentes hídricas, falta de acceso al agua para personas y comunidades viviendo en pobreza y pobreza extrema, especialmente en zonas rurales, y por los cortes del servicio de provisión del agua potable, todo lo cual genera impactos desproporcionados en los derechos humanos de las personas, grupos y colectividades históricamente discriminadas. En la Audiencia *"Derechos Humanos y el Agua en América"* llevada a cabo el veintitrés de octubre de dos mil quince durante el 156 Periodo Ordinario de sesiones de la CIDH, se indicó que en la Región existe un modelo de desarrollo basado en la explotación de materias primas, lo que estaría encaminándonos hacia una agudización en la explotación de nuestras fuentes de agua[22]. 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, esto 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. Por último, la CIDH entre otras medidas recomienda diseñar, implementar y aplicar efectivamente un marco normativo adecuado para garantizar el acceso al agua apta para el consumo humano, en cantidad suficiente y 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.

Sobre la importancia, protección y explotación del "agua" en documentos jurídicos internacionales y nacionales

[22] Página 22 del Diagnóstico del Agua en las Américas.

SÉPTIMO.- En principio anotaremos que *"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*"[23]. Es un recurso finito que se recicla constantemente con el denominado ciclo hidrológico o ciclo del agua. Esta permanente renovación conlleva a dos supuestos: a) el agua ha sido considerada un bien público o de acceso libre; y, b) se ha creado conciencia de su escasez, llegando 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 metros cúbicos, volumen respecto del cual solo una mínima parte es apta para uso humano, el 97.5% del agua es salada, quedando un 2,5% dulce, del primer porcentaje solo el 79% está congelada en los casquetes polares, 20% son aguas subterráneas, solamente 1% de agua está disponible para uso humano; peor aún, 38% de ese 1% es la humedad de los suelos, 8% vapor de agua atmosférico, 1% es parte de los organismos vivos, 52% de los lagos y 1% en ríos; esto es, solo la centésima parte de 1% del agua del plantea es asequible al uso humano. Tal cantidad de agua podría ser suficiente para cubrir las necesidades humanas, sin embargo, existen graves problemas al respecto, como son: a) el agua está distribuida desigualmente en el planeta, existen zonas donde abunda y otras donde escasea; b) su demanda crece rápidamente; c) existe mucho dispendio por parte de la sociedad, sustentado en la concepción de que es un bien libre o público; y, d) la consecuencia del mal uso en los últimos 150 años ha generado un severo deterioro de su calidad, debido a la contaminación y escasez de agua.

7.1. La importancia del agua radica sin duda en su carácter vital para la vida, pues ningún ser vivo puede sobrevivir sin ella, por tanto, es indispensable para la salud, el bienestar humano y la preservación del medio ambiente. La crisis por su

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

escasez y la preocupación por su conservación motivaron que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Cumbre llevada a cabo el año dos mil dos en Johannesburgo, aprobara entre sus objetivos fomentar la ordenación integrada de los recursos hídricos y la elaboración de planes para la utilización eficaz del agua, buscando reducir el número de personas que no pueden acceder a este recurso; posteriormente, con la finalidad de continuar con estos propósitos, en diciembre de dos mil tres proclama el *"Decenio Internacional para la Acción, El agua fuente de vida. 2005 -2015"*, con el propósito 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 y cantidad.

7.2. En el ámbito de los documentos jurídicos internacionales sobre protección y conservación del agua, encontramos que actualmente existe una corriente de preocupación y exigencia a los Gobiernos para que cumplan con emitir las medidas necesarias para lograr dicha protección. Tenemos por ejemplo la Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible, que se produjo en conclusión de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (*CIAMA*), realizada en la ciudad de Dublín entre el veinte y el treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y dos, como reunión técnica previa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (*CNUMAD*), que se llevó a cabo en la ciudad de Río de Janeiro en junio de mil novecientos noventa y dos. En la Sesión de Clausura se adoptó la llamada Declaración de Dublín sobre el Agua y Desarrollo Sostenible, Conferencia que llama la atención sobre la necesidad de invertir las tendencias de consumo excesivo, de contaminación y amenazas crecientes derivadas de las sequías y las crecidas. El Informe CIAMA enuncia recomendaciones para que sean adoptadas a nivel local, nacional e internacional, a la luz de principios rectores, como son: a) el agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente; b) el aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles; c) la mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua; y, d) **el agua tiene un valor económico** en todos sus diversos usos a

los que se destina y debe reconocérsele como un bien económico. Atendiendo precisamente a ese valor económico es que el agua no puede razonablemente ser cedida sin contraprestación alguna.

7.3. Dados los hechos que sobre el agua se están presentando a nivel mundial, particularmente en lo atinente a su progresiva escasez, y como se ha adelantado, la Organización de las Naciones Unidas declaró el *"Decenio Internacional para la Acción - El agua, fuente de vida. 2005-2015"*, precisándose 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"*. Cabe destacar que el objetivo durante el Decenio del Agua para la Vida ha sido promover los esfuerzos para lograr los objetivos que la comunidad internacional se había marcado en el campo del agua y saneamiento para 2015, que ha sido considerado crítico para la agenda de agua y saneamiento, motivo por el cual la Asamblea General de las Naciones Unidas ha acordado un nuevo objetivo de desarrollo sostenible en su setentava sesión, intentándose que el agua tenga mayor importancia en la agenda global y visibilizar el trabajo trasformador de tantos que llevan a cabo proyectos y programas en el agua, un trabajo que ayuda a salvar vidas y empodera a las poblaciones. De allí que en septiembre 2015 la Asamblea General de la Naciones Unidas acordó un objetivo específico (*el numero 6*): *"Asegurar la disponibilidad y la gestión sostenible de agua y saneamiento para todos*". **Esto significa que realmente el agua y el saneamiento se han convertido en una prioridad para los Estados Miembros de la Organización Mundial,** donde las Organizaciones del sistema de Naciones Unidas, los expertos, los diferentes grupos de actores y partes interesadas y la comunidad del agua en general, han contribuido a ello a través de sus esfuerzos para mostrar a los políticos y a las Administraciones la importancia de los proyectos y programas de agua y saneamiento, aportando sus conocimientos basados en buenas prácticas y en tecnologías apropiadas.

7.4. En el ámbito internacional regional tenemos que el acceso al agua y saneamiento han sido reconocidos como derechos fundamentales por el Comité

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativo al derecho al agua[24], y el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos identifica como contenido protegido el acceso equitativo del agua; los instrumentos de derechos humanos y el Informe de la Experta Independiente plantean que en esencia del agua depende la vida humana, es un derecho de cuya satisfacción también se logran concretizar otros derechos fundamentales vitales, como el derecho a vivir con dignidad, derecho a la salud, derecho al bienestar e incluso incidiendo en derechos de naturaleza laboral y económicos, encaminando a una mayor justicia social y ambiental, importando un gran avance del acceso universal al agua potable y saneamiento, destacándose la importancia de disponer de agua en condiciones equitativas como elemento esencial del disfrute de todos los derechos humanos, a la par de reafirmándose la responsabilidad de los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos que deben ser tratados en forma global, justa, equitativa y en pie de igualdad, recibiendo la misma atención. Esto cobra mayor relevancia en nuestro país, desde que es un hecho conocido que no todas las personas tienen igual acceso al agua, demandando que el Estado sea más eficiente en la concretización de su uso justificado y racional en armonía con el interés social, argumentando la exigencia de cobranza por el uso y disfrute de dicho recurso natural con el propósito de invertir en programas de ampliación y de acceso más equitativo para sectores menos favorecidos.

7.5. En el contexto jurídico nacional, convencidos que el agua es fuente de vida, es que en ese saber el derecho fundamental al agua potable fue entendido por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental autónomo no enumerado, como se desprende de la lectura de las sentencias emitidas en los Expedientes N°s 6546-2006-PA/TC y 6534-2006-PA/TC, que tienen igual fundamentación en lo relativo del derecho al agua potable. Luego mediante Ley de Reforma Constitucional N° 30588, del quince de junio de dos mil diecisiete, se reconoció a nivel constitucional (artículo 7°-A) el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. Las Constituciones reconocen los derechos

[24] El Comentario General número 15 (2002), señala que conforme a los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se determina el alcance y el contenido de los derechos humanos relacionados al acceso al agua.

humanos al ser exigencia de la dignidad de la persona, por lo que la jurisprudencia podrá, a través de la interpretación conforme al criterio de fuerza normativa de la Constitución[25], actualizar el texto constitucional, registrando nuevos derechos no reconocidos expresamente, a partir del artículo 3° de la Norma Fundamental, que contiene la llamada *cláusula de los derechos implícitos*, además de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, entre los que figura el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo primer párrafo del artículo 11° reconoce tal posibilidad. Asimismo , es indiscutible la vinculación del derecho al agua potable con otros derechos fundamentales, al tener como objeto el aprovechamiento de un recurso natural como el agua, que es *"un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de dicho elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aún aquéllas otras que sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia[26]*. Así también, el agua tiene un papel esencial en pro del individuo y de la sociedad en su conjunto, lo que *"permite considerar su estatus no solo a nivel de un derecho fundamental, sino de un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar"*[27]. Alcanza relieve que el derecho al agua potable se relaciona con otros derechos fundamentales, enfatizándose la importancia del agua en el desarrollo social y económico del país, a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores como la agricultura, la minería, el transporte o la industria.

7.6. Un antecedente remoto sobre el tratamiento jurídico de protección constitucional del agua, como recurso natural, lo encontramos en la Constitución Política del Perú de mil novecientos setenta y nueve, así como en la actual de mil novecientos noventa y tres, cuerpos normativos en los que se establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que su aprovechamiento está sujeto a condiciones, dando protección preferente al recurso natural del agua y

[25] HESSE, K, Escritos de Derecho Constitucional. Madrid 1983, página 50.
[26] Fundamento 18 de la STC N° 06534-2006-PA/TC.
[27] Fundamento 6.

dando lugar al nacimiento de la obligación de impedir el uso indiscriminado de dicho elemento, entre otras medidas o formas, además del pago de una contraprestación por su explotación. Así, la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, establecía el artículo 118° que: *"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*****"**; en tanto que el Artículo 119° regulaba: *"El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico"*. Por su parte la vigente Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres prevé en el Artículo 66° que: "*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*", con lo que se reconoce al agua como recurso vital, valioso y esencial para el desarrollo sostenible, disponiéndose que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares se fijarán por ley orgánica, siendo obligación del Estado elaborar una política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de los recursos naturales, como lo disciplina el artículo 67° al prever que: *"El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales"*. De tales preceptos constitucionales se tiene que el aprovechamiento del agua debe ser racional, sujeto a condiciones y contar con la autorización de la autoridad administrativa correspondiente, quien tiene la obligación en todos los casos de promover su conservación y protección.

7.7. Concordante con ello, mediante Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a que se refiere la Ley N° 26821 de mil novecientos noventa y siete, se reafirma la posición de que los recursos naturales son renovables o no renovables y constituyen patrimonio de la nación, reconociendo al agua superficial y subterránea como recursos naturales susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y con valor actual o potencial en el mercado, como lo señala el inciso

a) del artículo 3°; así también determina que a través de Leyes especiales se promoverá el aprovechamiento de esos recursos y elaborarán las políticas del desarrollo sostenible, entre otros, como se lee de su artículo 7°.

Sobre la importancia, protección y explotación de las "aguas subterráneas"

OCTAVO.- Las aguas subterráneas nos trazan la idea de aquellas aguas que se encuentran debajo de la superficie; sin embargo, ello no debe significar que toda agua que penetra el suelo es propiamente agua subterránea, ni toda el agua que se infiltra se almacena de tal manera que pueda extraerse en cantidades suficientes para satisfacer necesidades humanas. Recurriendo a la noción científica sobre el particular, la hidrología subterránea la define como aquellas que se infiltran descendiendo hasta la zona saturada. Así también el Glosario Hidrológico Internacional la conceptualiza como las aguas del subsuelo que ocupan la zona saturada. La Hidrología subterránea define al acuífero, como estrato o formación geológica que permite la circulación del agua por sus poros o grietas de manera tal que el hombre puede aprovecharlas en cantidades económicamente apreciables para ayudar a sus necesidades. Comprenden un componente más del sistema de los recursos hídricos que debe ser utilizado conjunta y planificadamente, en conjunto con las aguas superficiales.

8.1. La importancia que deriva de dicho recurso natural puede advertirse desde tres puntos cardinales: *i)* tienen un papel trascendental en el ciclo hidrobiológico, como factor fundamental de algunos procesos geológicos; *ii)* su movimiento afecta a la distribución de la temperatura en las capas superiores de la corteza terrestre; y, *iii)* son un recurso natural renovable e indispensable para la existencia y subsistencia humana y de gran beneficio para el desarrollo de la sociedad. La relevancia se ha visto acentuada debido al aumento de la demanda de agua, lo que trae consigo la necesidad de mejorar su uso y aprovechamiento y se ha convertido en un tema prioritario, con actividades que demandan su uso integral, racional y eficiente bajo el control de la Administración, evitando su desperdicio y contaminación, permitiendo su disfrute hoy y mañana; por ello, se hace necesario

implementar una real y efectiva contraprestación por el uso de dichas aguas que permita su mejor uso y protección (*ningún consumo es gratuito*).

8.2. Protección de las aguas subterráneas a nivel Constitucional y Legal: 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 la protección constitucional y legal reconociéndola como patrimonio de la Nación, siendo el objetivo normativo conservar y preservar el agua en todos sus estados físicos y que su uso se efectúe en armonía con el bien común y de forma responsable, garantizando la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones, como se desprende de las siguientes anotaciones.

8.2.1 El artículo 37° de la Constitución Política de mil novecientos treinta y tres establecía que: "*Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legamente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares"*.

8.2.2. La Ley General de Aguas aprobada por Decreto Ley N° 17752, vigente del veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y nueve al treinta y uno de marzo de dos mil nueve, que fue derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29338, publicada el treinta y uno de marzo de dos mil nueve -*que reemplazó al Código de Aguas de mil novecientos dos*-, fijó el régimen legal de las aguas estableciendo las condiciones de su uso y concesión, disponiendo sin excepción que son propiedad del Estado, que su dominio es inalienable e imprescriptible, que no hay propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas, con orientación a su uso justificado y racional, otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país (*artículo 1°*), de necesidad y utilidad pública. 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; y, 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 (*artículo 4°*). Declaró de necesidad y utilidad pública: conservar, preservar e incrementar los recursos hídricos, regularizar el régimen de las aguas, obtener una racional, eficiente, económica y múltiple utilización de los recursos hídricos, promover, financiar y realizar las investigaciones, estudios y obras necesarias para tales fines (*artículo 9°*). También estableció que se requería una licencia o autorización para la extracción del recurso hídrico e imponía por el uso un pago, como se desprendía del artículo 12°, señalando que los usuarios tenían que pagar una tarifa por el uso del agua por unidad de volumen para cada uso, que servían de base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluyendo las del subsuelo. Lo indicado permite aseverar que desde aquella época la exigibilidad y justificación del cobro por el uso y extracción del agua subterránea fue fijado como una tarifa y no como un recurso económico de naturaleza tributaria, entendiéndose como una contraprestación por el uso del agua subterránea.

8.2.3. En quince de junio de mil novecientos ochenta y uno se expide el Decreto Legislativo N° 148 bajo el título general de *"Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima*", y el cuatro de abril de mil novecientos ochenta y dos el Decreto Supremo N° 008-82-VI, publicado bajo el título de *"Aprueban como tarifa inicial el porcentaje mínimo propuesto por SEDAPAL*" (*a dichas datas estaban vigentes la Ley General de Aguas y la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve*). Dichas disposiciones legales reconocen a los recursos económicos que se pagan por el uso y aprovechamiento de las aguas subterráneas carácter tributario, como se desprende del artículo 1° del primero de los citados textos legales, estableciendo que: *"Las tarifas de agua subterránea, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias, de Lima y Constitucional del Callao, serán aprobadas por Decreto Supremo.* ***El recurso tributario*** *será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima, constituyendo ingresos propios de esta*", y el artículo 1° del segundo de los cuerpos legales mencionados prevé que: *"Las personas naturales o jurídicas que con fines de consumo doméstico, comercial o industrial utilicen agua extraída mediante pozos*

tubulares, en la jurisdiccional 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".

8.2.4. Es necesario precisar que la configuración de la tarifa como tributo exigirá acudir al marco normativo que regula el régimen jurídico de las aguas subterráneas, como lo señala el artículo 2° del Decreto Ley N° 25988, Ley de Racionalización del Sistema Tributario Nacional y Eliminación de Privilegios y Sobrecostos, debiendo tenerse presente que conforme a los parámetros constitucionales de los principios de reserva de ley y de legalidad contenido en el artículo 139° de la Carta Magna de mil novecientos setenta y nueve, se exigía ley expresa para crear tributos y que la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación.

8.3. *Periodos de Regulación sobre el pago por el uso de agua subterránea como tarifa.* El cuadro normativo sobre el régimen jurídico del derecho de aguas permite advertir hasta tres momentos, en lo que concierne a la naturaleza jurídica atribuida al recurso económico que se paga como tarifa por el uso de aguas subterráneas:

8.3.1. Del veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y nueve al doce de junio de mil novecientos ochenta y uno. De tarifa como retribución económica. Se inicia con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, y culmina con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 148. El precitado Decreto Ley establecía sin excepción alguna que las aguas son de propiedad del Estado, su dominio es 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, conforme al texto de su 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; y, e) realizar y mantener actualizaos los estudios, según lo establecido en el artículo

2°. También estableció en su artículo 4° que la pro tección comprende las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacional, en todos sus estados físicos. En su artículo 9° declaró de neces idad y utilidad pública: conservar, preservar e incrementar los recursos hídricos, regularizar el régimen de las aguas, obtener una racional, eficiente, económica y múltiple utilización de los recursos hídricos, así como promover, financiar y realizar las investigaciones, estudios y obras necesarias para tales fines. La Ley General de Aguas no reconocía naturaleza tributaria al recurso económico que se pagaba como tarifa, coligiéndose que no existía tributo alguno en ese periodo. El objetivo de la legislación ha sido la de conservar y preserva el agua, en todos sus estados físicos, y que su uso se efectúe en armonía con el bien común y de forma responsable, buscando garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

8.3.2. Del trece de junio de mil novecientos ochenta y uno hasta el dieciséis de agosto de dos mil quince. De tarifa como recurso tributario. Se abre con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 148, en el q ue como ya se adelantó la naturaleza jurídica de la tarifa se reconfigura, convirtiendo el recurso económico recaudado como uno de carácter tributario. Recuérdese que la tarifa que preexistía al precitado Decreto Legislativo solo fue precisada en su naturaleza jurídica, para dejar de ser no tributaria y pasar a ser tributaria, por lo que la determinación de si cumple o no con el principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria, debe realizarse desde el régimen legal especial que la creó y reguló como tarifa, de acuerdo a lo señalado en el último párrafo del artículo 2° del Decreto Ley N° 25988.

Debe asimismo quedar puntualizado que el régimen especial lo constituyó originariamente el Decreto Ley N° 17752 (*Artículo 12°*), y posteriormente la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos (*artículos 90° y 91°*), que deroga a aquella, con la excepción contemplada en su Octava Disposición Complementaria Final, pues esta última Disposición es la que posibilita que el Decreto Legislativo N° 148, en concordancia con el Decreto Supremo N° 021-81-VC, e n su artículo 1°, mantenga aún su calificación como "*recurso tributario*", hasta la entrada en vigencia del

Decreto Legislativo N° 1185 del quince de agosto de dos mil quince, que regula el Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento, en que se materializa el cambio de la *"tarifa por el uso del agua subterránea por el de la categoría de retribución económica por el uso del agua subterránea"*, introducida por la Ley N° 29338. 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 requieren la realización de obras de captación, cuyo estudio previo debe ser aprobado por la Autoridad Administrativa del Agua, como encargada del control de la explotación de aguas subterráneas, verificando si su utilización se realiza en concordancia con los derechos de uso otorgados. Igualmente, cuando la disponibilidad del agua subterránea disminuya y se torne insuficiente para cubrir la demanda, deberá establecerse el régimen de uso más adecuado para conservar y controlar su calidad atendiendo a las prioridades que en su artículo 35° establece la Ley de Recursos Hídricos, conforme lo prevén los artículos 225° (*de la definición de agua subterránea*), 232° (*control de la explotación de aguas subterráneas*) y 233° (*del establecimiento del régimen de uso por limitación del recurso*) de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG.

De similar modo, el *"Reglamento de los Títulos I, II y III del Decreto Ley N° 17752 sobre Ley General de Aguas"*, aprobado por Decreto Supremo N° 261-69-AP del doce de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, consideró en sus artículos 21°, 22°, 28° y 29° una serie de disposiciones relacionadas con la determinación de las tarifas por el uso del agua subterránea.

8.3.3. Del diecisiete de agosto de dos mil quince a la actualidad: De retribución económica. Se inicia con la derogación del Decreto Legislativo N° 148, a través de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185. Es de señalarse que si bien la Ley N° 29338 deroga el Decreto Ley N° 17752, su Octava Disposición Complementaria Final estableció 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 (…)".

Tratándose de las Provincias de Lima y Constitucional del Callao, la norma legal que decretó la reserva de aguas subterráneas de los acuíferos en favor de la empresa de Saneamiento de Lima, hoy Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima-Sedapal, fue el Decreto Supremo N° 021-81-V IC, expedido sobre la base de lo previsto en el inciso a) del artículo 7° del Decreto Ley N° 17752, así como de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 261-6 9-AP, en concordancia con el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 148.

Durante este tercer momento, para otras circunscripciones distintas a las de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao, la Ley N° 29338 es la que modifica la naturaleza jurídica del recurso económico que se cobra por uso de aguas subterráneas, denominándosele *"retribución económica por el uso del agua subterránea*", dejando la retribución económica de tener naturaleza tributaria.

La reserva prevista en virtud del artículo 1° del D ecreto Supremo N° 021-81-VC, en concordancia con el artículo 2° del Decreto Legisla tivo N° 148, aún está vigente de acuerdo a lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Modificatoria y Única Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1185.

Sobre el pago por el uso del agua subterránea

NOVENO.- La Constitución Política de mil novecientos noventa y tres recoge en su artículo 66° la protección constitucional a los rec ursos naturales renovables y no renovables, que constituyen patrimonio de la Nación, delegando las condiciones de su utilización por Ley Orgánica. Bajo dicho mandato constitucional se expidió la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, publicada el veintiséis de junio de mil n ovecientos noventa y siete, constituyéndose en 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, de acuerdo al texto de su artículo 1°. Tiene como objetivo procurar un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la

conservación de los recursos naturales y del ambiente, así como el desarrollo integral de la persona humana. Su artículo 20° prevé que el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los particulares da lugar a una retribución económica determinada por criterios económicos ambientales, incluyendo todo concepto que debe aportarse al Estado por el recurso, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título, establecidos por leyes especiales.

9.1. De otro lado, el artículo 12° del Decreto Ley N° 17 752 señaló que: *"(…) 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 necesarias para el desarrollo de la zona (…)"* (*sin resaltado en el original*). 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° 23521 (*veintiuno de diciembre de dos mil novecientos ochenta y dos*), Ley N° 24516 (*cuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis*) y Decreto Supremo N° 033-86-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.

9.2. Posteriormente, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales N° 26821 definió a las aguas superficiales y subterráneas como recursos naturales, cuyas condiciones de utilización y otorgamiento a particulares los regula por disposición de los artículos 66° y 67° de la Norma Fundamental. Igualmente, contempla que los particulares deberán otorgar una retribución económica por todo aprovechamiento de los recursos naturales como el agua, dando lugar a una retribución económica 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, de acuerdo a lo previsto por los artículos 20° y 21°.

9.3. Con tal propósito, se expide la Ley N° 29338 del t reinta y uno de marzo de dos mil nueve, cuya regulación comprende entre otras al agua subterránea. Entre las clases de usos del agua y orden de prioridad comprende: i) Uso primario: es la utilización directa y efectiva, en las fuentes naturales y cauces públicos para satisfacer necesidades humanas primarias; ii) Uso poblacional: captación del agua tratada de una fuente o de una red pública, para satisfacer necesidades humanas básicas como la preparación de alimentos y aseo personal; y, iii) Uso productivo: utilización en los diversos tipos de procesos de producción o previo a los mismos. También considera tres clases de derechos de uso de agua: a) Licencia de Uso: para usar el agua con un fin y lugar determinados, puede ser para uso consuntivo y no consuntivo; b) Permiso de Uso: para épocas de superávit hídrico, facultad de usar cantidad indeterminada de agua variable proveniente de una fuente natural; y, c) Autorización de uso de agua: otorga a su titular la facultad de usar una cantidad anual de agua para cubrir exclusivamente las necesidades de agua derivadas o relacionadas directamente con la ejecución de estudios, obras o lavado de suelos. Así también 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. Se establecen como obligaciones de los titulares de la licencia de uso, el cumplir oportunamente con el pago de la retribución económica por el uso del agua y las tarifas cuando corresponda, disponiendo también que aquéllos 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, conforme aparece de sus artículos 90° y 91°, al igu al que en la configuración que previó el Decreto Ley N° 17752 en su artículo 12°, coincidiendo ambos preceptos legales en establecer el pago por el uso del agua subterránea por norma con rango de ley.

9.4. En la misma dirección, el Reglamento de la Ley N° 29338, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG del veintitrés de ma rzo de dos mil diez, en general, reitera que todos los usuarios se encuentran obligados a contribuir económicamente al uso sostenible y eficiente del recurso hídrico a través del 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 abonar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, al 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 y 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; y, c) según forma y plazos regulados por la Autoridad Nacional del Agua.

9.5. Más adelante se expidió el Decreto Supremo N° 014- 2011-AG del veintiocho de diciembre de dos mil once y el Decreto Supremo N° 023-2012-AG del 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.

De los antecedentes legales precedentemente comentados se colige que históricamente para los usuarios del agua superficial y subterránea siempre ha existido la obligación de pagar una contraprestación económica, que en los inicios por el Decreto Ley N° 17752, Decreto Legislativo N° 148, Decreto Supremo N° 008-82-VI, Ley N° 23521, Ley N° 24516 y Decreto Sup remo N° 033-86-VC, se denominó tarifa, y posteriormente las Leyes N°s 268 21 y 29338 y los Decretos Supremos N°s 001-2010-AG, 014-2011-AG y 023-2012-AG , la denominaron retribución económica.

9.6. Ahora bien, debe precisarse que a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 769-Código Tributario, publicado el treinta y un o de marzo de mil novecientos noventa y dos, la tarifa por el uso de agua subterránea constituyó una tasa de la especie *"derecho"*, definiendo la Norma II de su Título Preliminar que por éstas

últimas se *"(…) retribuyen la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos".* Este mismo concepto se mantuvo en el Código Tributario aprobado por Decreto Ley N° 25 859, publicado el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, así como en los sucesivos Códigos Tributarios, como los aprobados por Decreto Legislativo N° 773 publicado el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres y por Decreto Legislativo N° 816. Cabe concluir que por su naturaleza, originariamente el pago de la *"tarifa por el uso del agua subterránea"* fue una obligación impuesta por norma con rango de ley; posteriormente, dicha tarifa fue especificada como un *"recurso tributario"* a través del Decreto Legislativo N° 148, hasta que dicha tarifa fue derogada por la Ley número 29338, que la define bajo dos matices, esto es, como una "*retribución económica por el uso de agua subterránea"* (*artículo 91°*) y una "*tarifa por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas*" (*artículo 94°*). Cabe precisar que dicha derogación genera efectos para las demarcaciones de Lima y Callao, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185 del dieciséis de agosto de dos mil quince, en virtud a lo previsto en la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos.

Sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la tarifa por el uso de agua subterránea como un recurso tributario

DÉCIMO.- En el marco de la delegación de facultades legislativas a favor del Poder Ejecutivo otorgada por la Ley N° 23230, del 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, cuyo artículo 1° estableció que las tarifas de agua subterránea para fines poblacionales e industriales para Lima y Callao serían aprobadas por Decreto Supremo, agregándose que el recurso tributario sería administrado por la referida empresa, y en su artículo 3° se precisó que la última instancia administrativa sería el Tribunal Fiscal. Luego, se emitió el Decreto Supremo N° 008-82-VI que aprobó la tarifa propuesta por Sedapal, antes ESAL.

10.1. Los preceptos legales citados fueron objeto de revisión en los procesos a que se refieren las sentencias emitidas en los Expedientes N° 04899-2007-PA/TC (*caso Jockey Club del Perú y otros*) y N° 01837-2009-PA/TC (*caso Gloria Sociedad Anónima y Trupal Sociedad Anónima*), en las que el Tribunal Constitucional consideró que la tarifa de agua subterránea es de naturaleza tributaria, por lo que en armonía con el artículo 74° de la vigente Constitución Política del Estado su cobranza se encuentra sujeta a los principios de reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y respeto de los derechos fundamentales. 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 previó expresamente 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, precisando que la tarifa puesta a cobro es inconstitucional, declarando fundadas las demandas de los procesos señalados e inaplicables a la parte accionante el Decreto Legislativo N° 148, en lo que se refiere al recurso tributario creado como tarifa de uso de agua subterránea, así como el Decreto Supremo N° 008-82-VI y demás normas conexas y relacionadas; en ese panorama, se señaló que la empresa Sedapal se encuentra impedida de efectivizar el cumplimiento de la obligación siempre y cuando sea consecuencia de la aplicación de los mencionados dispositivos legales, encontrándose también impedida de restringir el servicio de agua potable o agua subterránea.

10.2. Es de precisarse que en las precitadas sentencias N° 04899-2007-PA/TC y N° 01837-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional guardando la misma línea de pensamiento al analizar la clasificación tributaria de la tarifa de agua subterránea, señaló en los fundamentos 13.b y 11.b de tales pronunciamientos, respectivamente, que: *"La clasificación del pago de la tarifa por el uso de agua subterránea como un tributo, precio púbico 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 tendentes a la vigencia y observancia de los principios orientadores que ofrece nuestro marco constitucional".* Lo anotado permite la admisión de regular dicha tarifa como un recurso tributario, que es precisamente la elección realizada por el Poder Ejecutivo

y, en ese contexto, debía cumplir no sólo con los principios constitucionales tributarios, en atención a la naturaleza de la obligación impuesta, esto es, el pago por el uso o aprovechamiento de un recurso natural como el agua subterránea, sino además con las normas legales tributarias, de tal manera que la tarifa creada por Decreto Ley N° 17752 en su pase a recurso tributario, debía tener en cuenta la clase de *"tributo"* (*tasa*) y la especie del mismo (*derecho*), que le correspondería desde que el agua subterránea es un recurso natural.

10.3. Ahora bien, la comprensión del carácter tributario del recurso que se desprende del Decreto Legislativo N° 148, exige tener en cuenta dos situaciones de importancia, a saber: que dicho precepto no es el que crea la *"tarifa"* como obligación de pago por el uso o explotación del agua subterránea, pues solo reconoce la tarifa ya creada con la Ley General de Aguas, y que dicha tarifa debe entenderse regulada originariamente por la citada norma, Decreto Ley N° 17752, y luego por la Ley N° 29338, que la deroga, con la excepción contemplada en su Octava Disposición Complementaria Final, que en concordancia con el artículo 1° del Decreto Supremo N° 021-81-VC, permite que aún se mantenga su rigor como *"recurso tributario"* hasta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185, que cristaliza el pase de *"tarifa por uso del agua subterránea"* al de *"retribución económica por uso del agua subterránea"*, textualizado por la Ley N° 29338. Es necesario precisar que la norma tributaria general que mantiene aún vigente la norma de tener en cuenta el régimen de la ley especial en la configuración de una *"tasa"* de la especie *"derecho"*, es la contemplada en el último párrafo del artículo 2° del Decreto Ley N° 25988, Ley de Racionalización del Sistema Tributario Nacional y de Eliminación de Privilegios y Sobrecostos, que señala: *"Los derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes"*.

La "tarifa por el uso del agua subterránea" entendida como "recurso tributario"

DÉCIMO PRIMERO.- Ampliando lo glosado precedentemente y en atención a lo que es materia de examen en este tópico en atención al subtítulo anotado, es

conveniente dejar sentado que en la explicación del Tribunal Constitucional no existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley en materia constitucional tributaria. Ello es así porque mientras que el primero de ellos, en sentido general, importa la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se encuentra sometida a un control de legitimidad por Jueces independientes; el segundo, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, únicamente por ley, de ciertas materias[28]. En otros términos, 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 solamente mediante una ley. Así, debe considerarse que el principio de reserva de ley en materia tributaria es relativo (*con excepción del supuesto previsto en el último párrafo del artículo 79° de la Norma Fundamental, que se encuentra sujeto a una reserva absoluta de ley, por ley expresa*). Ello porque los supuestos considerados en el artículo 74° de la Carta Magna, tales como la creación, modificación, derogación y exoneración tributaria, pueden realizarse previa delegación de facultades, mediante Decreto Legislativo[29]. Así también, en lo concerniente a la creación del tributo, la reserva de ley puede admitir, extraordinariamente, derivaciones al Reglamento, siempre que los parámetros se encuentren claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley[30]. De tal manera que cuando la propia ley o norma con rango de ley no contempla todos los elementos esenciales y los límites de la potestad tributaria derivada, se enfrenta a lo que ha sido llamado como delegación en blanco de las atribuciones que el constituyente ha pretendido proteger mediante el principio de reserva de ley.

11.1. Con tales descripciones, ingresamos a analizar si en el caso concreto se cumple o no los principios tributarios constitucionales. Encaminados a dicho objetivo, partimos señalando que el tributo es concebido como la obligación

[28] Fundamento 9 de la STC N° 0042-2004-AI/TC.
[29] En opinión de José Juan Ferreiro Lapatza, en *"Curso de Derecho Financiero Español"*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2006, dado que la Constitución ha asumido el modelo de Estado social y democrático de Derecho, la potestad tributaria no deviene en absoluta, sino que 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 coactividad del tributo no proviene del Estado sino de la norma legal válida y vigente.
[30] Fundamento 12 de la STC N° 0042-2004-AI/TC. Páginas 324 a 326.

jurídicamente pecuniaria que nace de la misma ley, cuyo sujeto activo es en principio el acreedor, esto es quien reclama el pago del tributo, como podría ser el Estado y los Gobiernos Locales, entre otros, y cuyo sujeto pasivo, también llamado deudor tributario, es toda aquella persona natural o jurídica obligada al pago de tributos a favor del sujeto activo, es decir por cumplir la condición que establece la ley para que el tributo pueda aplicarse. Se configura como sus elementos primordiales: i) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el poder jurídico que tiene el Estado para imponer normas y organizarse, imponer sanciones, realizar expropiaciones, imponer tributos, administrar los recursos, ejecutar actos administrativos, entre otros; y, iii) su carácter coactivo, pero que lo diferencia de la sanción por acto ilícito[31].

11.2. El Tribunal Constitucional en el fundamento doce de la sentencia recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI/TC, ha establecido **la relatividad del principio de reserva de ley en materia tributaria,** en el sentido que los elementos esenciales del tributo puedan ser previstos en derivaciones al Reglamento de la Ley, siempre que los parámetros se encuentren expresamente previstos en la ley o norma reglamentada; en ese contexto, resalta la importancia de determinar cuál es la materia objeto de regulación por el Decreto Legislativo N° 148, desde que ello permitirá determinar las normas que devienen aplicables al caso concreto. La citada disposición jurídica tiene como objeto de regulación las reservas de las aguas subterráneas de los acuíferos de las Provincias de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, otorgada a favor de la Empresa de Saneamiento de Lima de aquél entonces, hoy Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima, a fin de brindarle financiamiento por medio del pago de la *"Tarifa de Uso de Agua"*, ya considerada así en el artículo 12° de la Ley General de Aguas, configurándose ésta como *"recurso tributario"*, y con el propósito de conservar la reserva no sólo se le encarga la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas, sino que también establece que tal recurso será administrado por la ahora demandante, instituyendo ingresos propios de la empresa pública.

[31] ATALIBA, Geraldo. *"Hipótesis de Incidencia Tributaria"*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987, página 37.

11.3. Lo esbozado revela que la *"tarifa"* que fue creada por el Decreto Ley N° 17752, por medio del Decreto Legislativo N° 148 se configura como un recurso tributario del género *"Tasa"* y de la especie *"Derecho"*, al relacionarse con el cobro por la explotación o uso de un recurso natural[32]. Y considerando que se trata de un bien de uso público, conforme a lo previsto en el artículo 2° de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, corresponde su tratamiento como un Derecho de acuerdo a la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario; por ende, siendo un bien estatal reservado al uso público, el mismo se ajusta al grupo de bienes de dominio público, coincidiendo así con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en las sentencias que han declarado la inaplicación del precitado Decreto Legislativo.

11.4. Ahora bien, si la *"tarifa"* como tal aparece ya creada por una Ley especial -*Ley General de Aguas*- que regula las aguas en aplicación directa de lo previsto por el artículo 118° de la Carta Magna de mil novecientos setenta y nueve, es innegable que la configuración de la referida *"tarifa"* como un recurso tributario también debía de considerar el régimen particular exclusivo del recurso natural, en concordancia con el cuadro normativo tributario, desde que el artículo 2° del Decreto Ley N° 25988 establece en cuanto a los derechos referidos a la explotación y otros similares de los recursos naturales, que se rigen por sus normas correspondientes. Así, si se tiene en cuenta que el pago de la tasa se determina por el costo de prestación efectiva del servicio que brinda el Estado, en el caso de los recursos naturales el criterio para determinar el monto de la tasa de la especie derecho no resulta aplicable, toda vez que el criterio para establecerlo es diferente, desde que se dirigirá a reconocer el tipo de recurso natural que se pretenda regular y por cuanto en el caso de tales bienes naturales el Estado no brinda servicio alguno.

[32] La Norma II del Título Preliminar del Código Tributario establece que los tributos comprenden a los Impuestos, Contribuciones y Tasas. Definiéndose esta última como aquel tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público o individualizado en el contribuyente. Dentro de las tasas se distingue a los Arbitrios, Derechos y Licencias. Los Derechos son tasas que se abonan por la prestación de un servicio administrativo público o por el uso o aprovechamiento de bienes públicos. Sobre el concepto de Tasa - Derecho se tiene que los Derechos son Tasas que se pagan en dos supuestos, a saber: a) por la prestación de un servicio administrativo público, y, b) por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

11.5. En ese sentido, la determinación de la Tasa en el caso de la regulación de las aguas subterráneas no estará condicionada al costo del servicio prestado sino a otros elementos, los mismos que deben ser establecidos a partir de los principios previstos en la Ley especial, Ley N° 17752, y en la Ley N° 26821, Ley para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, en atención a la especial esencia de los recursos naturales, que no permite que sea regulada con los componentes tradicionales de la Tasa-Derecho. En esa perspectiva, este Tribunal de Casación reitera que la norma de la cual procede la obligación de pago de la Tasa-Derecho no es solo el Decreto Legislativo N° 1 48 o su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-82-VI, sino que también lo es el Decreto Ley N° 17752, por constituirse en la norma con rang o de ley que creó la *"Tarifa"*, que es calificada como *"recurso tributario"* en el Decreto Legislativo N° 148, cuyos efectos se proyectan hasta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185, al estar vigente la reserva legal a favor de la demandante, según la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338 . En tal contexto, si bien la Ley General de Aguas fue derogada por la Ley de Recursos Hídricos, sin embargo, es durante el periodo de vigencia del régimen de la reserva en que se han generado las obligaciones cuyo cumplimiento de pago pretende la pretensora y, en ese entendido, es que se realiza su examen para determinar si se cumplió con establecer los elementos primordiales del tributo.

11.6. Dirigidos a ello, debemos anotar que la *"tarifa"* como *"recurso tributario"* surge por la consideración del hecho generador del tributo, la determinación de los sujetos y el método del cálculo. Así, en lo concerniente al hecho generador, éste es impuesto taxativamente por el artículo 12° del D ecreto Ley N° 17752, consistente en el *"uso o explotación del agua subterránea"*, en concordancia con el Decreto Legislativo N° 148. La determinación de los sujetos, a partir de la obligación impuesta a todas aquellas personas usuarias del agua subterránea a favor del Estado, que al contar con una autorización para ejercer la explotación de dicho recurso natural, conocían previamente de su obligación de asumir el pago por el uso de dichas aguas. En cuanto al método de cálculo que debía ser fijado por unidad de volumen para *"cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluyendo el subsuelo (…)",* se observa que la alícuota

contemplada en el Decreto Supremo N° 008-82-VI, la fija en un monto equivalente al veinte por ciento de las tarifas de aguas que para tal efecto tenga fijada la empresa para los servicios de agua conectadas al sistema que administra, haya creado o variado la determinación del hecho generador del tributo o los sujetos obligados del tributo, desde que dichos elementos básicos siempre se mantuvieron presentes en la ley especial a la que hace referencia el último párrafo del artículo 2° del Decreto Ley N° 25988 *"Ley de Racionalización del Sistema Tributario Nacional y de Eliminación de Privilegios y Sobrecostos"*, en cuanto preceptúa que: *"Los derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes"*.

11.7. Determinada la naturaleza de la *"Tarifa"* configurada como *"recurso tributario"*, este Tribunal de Casación concibe que en el lapso en que se verificó el consumo del recurso natural, la tarifa es una de Tasa-Derecho, en atención a que la escrituración de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario puntualizó que: *"Las Tasas, entre otras, pueden ser: (…) 2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos",* definición que se ha conservado en la Norma Tributaria aprobada por Decreto Legislativo N° 816 y en los Textos Únicos Ordenados, tales como el Decreto Supremo N° 135-99-EF, y sus respectivos antecedentes, normativa que estuvo vigente a la época del consumo de las aguas subterráneas.

11.8. No debe relegarse que son las normas legales de carácter especial reguladoras de los recursos naturales, las que definen cuál es el tratamiento que debe aplicarse al recurso natural del que se trate. Como ya se ha adelantado, tratándose de recursos hídricos no es posible el cálculo de la tasa sobre la base del costo de la prestación efectiva, debido a que el Estado por el uso o explotación del recurso natural en mención, al margen de la gestión o mantenimiento que ejerza sobre ella, no brinda ninguna prestación; por tanto, la determinación de la tarifa como *"Derecho"* no dependía del costo de la prestación sino de otros

elementos, como la unidad de volumen para cada caso, según se estableció en el artículo 12° del Decreto Ley N° 17752 [33].

11.9. Precisamente, el *"Reglamento de los Títulos I, II y III del Decreto Ley número 17752"*, aprobado por Decreto Supremo N° 261-69-AP del doce de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, estableció disposiciones para regular el pago de la tarifa, tales como el artículo 21° que dispuso: *"Anualmente, el Ministerio de Agricultura y Pesquería, mediante Decreto Supremo, o Decreto Ley, según el caso, fijará las tarifas que deberá abonarse para cada uno de los usos considerados en la Ley General de Aguas, pudiendo ser distinta en cada distrito de riego, cuenca o sistema hidrográfico*", el artículo 22° previó que: *"Las tarifas serán cobradas a los usuarios de las aguas por unidad de volumen y se calcularán teniendo en cuenta los gastos de administración de las mismas, los ocasionados o previstos para los estudios y obras de derivación, regulación o captación, medición, distribución y evacuación así como los de mantenimiento y conservación de la obra de infraestructura y defensa de tierras agrícolas*", y su artículo 24° regula para el caso específico de las aguas subterráneas, el monto que debería cubrir los diversos rubros de la tarifa.

11.10. En ese contexto, este Supremo Tribunal de Casación, en consonancia con lo expresado por el ex magistrado del Tribunal Constitucional Landa Arroyo en su voto singular emitido en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC, considera que la determinación de la tarifa como Tasa-Derecho debió ser fijada al amparo de los principios previstos en la normativa jurídica especial, es decir durante el periodo de su vigencia, tales como el Decreto Ley N° 17752, la Ley N° 26821 y la Ley N° 29338.

Evaluación sobre la Infracción del Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI que se reprocha

[33] El voto singular del Magistrado Landa Arroyo, expuesto en el Fundamento 4 de la STC N° 04899-2007-PA/TC, expone que: "(…) la determinación de la tasa en este caso no dependerá del costo de la prestación sino de otros elementos. La determinación de tales elementos deben ser establecidos a partir de los principios establecidos en la ley especial y la Ley para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 26821). Esto se explica debido a la especial esencia de los recursos naturales, cuya explotación no puede (sic) regulada con los elementos tradicionales de la Tasa-Derecho".

DÉCIMO SEGUNDO.- La empresa estatal casante respecto al extremo del recurso extraordinario bajo examen, parte de la afirmación que en la recurrida no se habría efectuado un análisis acorde a derecho sobre la vigencia del Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI, así como de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 4899-2007-PA/TC y N° 1837-2009-PA/TC, que no son precedentes; acota que al realizarse el examen sobre el cumplimiento o no del principio de reserva de ley da por sentada la naturaleza tributaria del cobro por uso de aguas subterráneas que Sedapal realiza, inaplicando el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, que señala que la retribución económica percibida por el uso del agua subterránea no constituye tributo, como también lo señala la Ley N° 29338, en sus artículos 1°, 2°, 90° y Octava Disposición Complementaria Final que habrían sido inobservados en la recurrida. También precisa que en la recurrida no se consideraría que el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 148 ni del Decreto Supremo N° 008-82-VI, y que se habría inobservado la validez y vigencia de las citadas normativas y el derecho de la empresa recurrente para el cobro de la tarifa por el uso de aguas subterráneas. Agrega, que el cobro de la tarifa por Sedapal está autorizado en el Decreto Ley N° 17752, vigente desde el veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y nueve, y la Constitución Política de 1979, que en su artículo 119° garantizaba la preservación de los recursos naturales como obligación constitucional del Estado, reafirmando en el artículo 118° la condición de Patrimonio de la Nación de los recursos naturales, entre ellos, del agua y, por ende, bienes de dominio público, pero que en la recurrida se omitiría analizar los antecedentes y la normativa que dieron origen al cobro que la parte recurrente realiza por el uso y extracción del agua subterránea, las cuales reconocen el derecho de uso, reserva y al cobro de la tarifa por dicho concepto, según su propia normativa como la Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento, que lo establecen como una retribución económica de carácter obligatorio y no como tributo, por lo que postula que deben ser interpretadas en ese contexto y sentido las disposiciones del Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento, los cuales al no prever el cobro de un tributo, no han infringido el principio de reserva de ley.

12.1. De lo extraído del Auto Calificatorio del recurso, se observa que los asuntos que fundan la causal propuesta inciden en temas sobre la vigencia del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82- VI, sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, respecto del cumplimiento o no del principio de reserva de ley, la no inconstitucionalidad de las normas bajo revisión y sobre el cobro de la tarifa por la recurrente como una retribución económica de carácter obligatorio y no como tributo, lo que en puridad trasluce una disconformidad con el criterio asumido por el Tribunal de Apelación, en estricto, en lo referente a que -según el juicio de la entidad recurrente- el pago que efectúan los usuarios respecto del uso y consumo del agua subterránea no se constituye en un tributo y, por tanto, que deba satisfacer el principio de reserva de ley, postura contraria a la adoptada por el Colegiado Superior, para el que de acuerdo al marco jurídico evocado, que alude a los antecedentes normativos que sobre la regulación del agua y del agua subterránea se han expedido, y los hechos contrastados, ha concluido que la tarifa de agua subterránea regulada en el Decreto Legislativo N° 148°, en concordancia con su Reglamento, aprobado p or Decreto Supremo N° 008-82-VI, se constituye en un recurso tributario administrado por Sedapal que, de acuerdo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos, entre otros, en la sentencia dictada en el Expediente N° 04899-9 007-PA/TC, debe observar el principio de reserva de ley en la creación y regulación de la tasa derecho de agua subterránea contenida en los dispositivos legales invocados, estimando que dicha situación evidencia la vulneración del derecho al debido procedimiento en su manifestación de obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

12.2. Dicho lo anterior y examinando nuevamente las consideraciones de la sentencia de vista, se desprende que la denuncia casacional bajo revisión no se configura; contrariamente, se aprecia que a partir de su cuarto considerando el Tribunal de Apelación expresa las razones que sustentan su decisión final, indicando que las normas jurídicas bajo revisión devienen en inaplicables en atención a lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el expediente N° 04899-2007-PA/TC; en esa línea de raz onamiento, los argumentos

de la empresa recurrente revelan su discrepancia con el criterio adoptado por la Sala Superior, motivo por el cual la causal bajo revisión deviene en **infundada.**

12.3. Sin perjuicio de lo indicado, es menester anotar que históricamente todas las disposiciones que regulan el uso del agua superficial y subterránea, han establecido la imposición de un pago por parte de los usuarios, denominada inicialmente *"tarifa por uso de agua"* y, posteriormente *"retribución económica"*. Tal abono económico no solo contribuye al sostenimiento y eficiencia del recurso hídrico, sino también constituye una limitante al uso indiscriminado del agua, por lo que restringir o prohibir su pago significaría vulnerar la Constitución Política del Estado y las leyes que protegen los recursos naturales y en especial el uso racional del agua, conforme a los comentarios que sobre tales asuntos se han desarrollado en los precedentes considerandos.

12.4. En virtud a lo indicado es necesario recordar que el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 01837-2009-PA/TC y N° 04899-2 007-PA/TC, si bien dispone la inaplicación del Decreto Legislativo N° 148 y de l Decreto Supremo N° 008-82-VI, sin embargo no ha proscrito la posibilidad de hacer efectivo el pago de la retribución económica por el uso del agua, desde que solamente ha prohibido la cobranza con la calidad de recurso tributario por no satisfacer los presupuestos exigidos por los principios de reserva de ley y de legalidad, entre otros, de donde se concluye que la empresa estatal casante se encuentra constitucional y legalmente facultada para cobrar la retribución económica por el uso del agua subterránea que, según la Ley número 29338, es obligatorio en su pago por parte de los usuarios; por consiguiente, la accionada tiene derecho y se encuentra autorizada para proceder a cobrar a la UNMSM la deuda por la retribución económica generada por el uso o extracción de agua subterránea del periodo de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho, en cuyo contexto y para que este Tribunal de Casación declare tal derecho a favor de la recurrente es imprescindible actuar con atención a lo que prevé el inciso 2 del artículo 5° de la Ley N° 27584.

SENTENCIA
CASACIÓN N° 7762-2020
LIMA

Evaluación sobre la Infracción de los artículos 1°, 2° y 90° y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos

DÉCIMO TERCERO.- Afirma la empresa casante que dichos textos legales habrían sido inobservados, los mismos que establecen que el agua es un recurso natural renovable pero vulnerable, que se trata de 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 garantizar su protección y salvaguarda, que con la emisión de la legislación en materia de recursos hídricos, ocurrida con posterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se la garantiza, y también se señala expresamente que el cobro por el uso de aguas subterráneas no constituye un tributo, es más, la Ley N° 29338, en su Octava Disposición Final y Transitoria, reconoce la subsistencia del derecho otorgado a Sedapal respecto al cobro de la tarifa por el uso de las aguas subterráneas en la circunscripción de Lima y Callao, reservada a su favor mediante el Decreto Supremo N° 021-81-VC.

13.1. Absolviendo lo que corresponde a los **artículos 1° y 2° de la Ley N° 29338,** debe decirse que ciertamente la sentencia de vista no analiza tales dispositivos legales; sin embargo, tal situación se encuentra justificada partiendo de que el pronunciamiento de la Sala Superior ha significado la absolución de los agravios formulados en el escrito de apelación interpuesto por la UNMSM, recurso de cuya exposición se aprecia que se sintetiza en la afirmación sobre la inconstitucionalidad de la tarifa, al entenderse que los elementos esenciales del tributo, esto es, los sujetos pasivos, la base y la alícuota, no aparecen satisfechos con la expedición del Decreto Legislativo N° 148, presentándose la infracción al principio de reserva de ley debido a que aquella norma juntamente con el Decreto Supremo N° 008-82-VI han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, motivo por el cual no correspondía emitir pronunciamiento sobre agravios no contenidos en la pretensión recursiva. Además, debe evaluarse que las alegaciones que sustentan este extremo del recurso no se encuentran,

estrictamente, en discusión, en tanto a través de ellas no puede pretenderse el cobro de una tarifa de la cual el Tribunal Constitucional ha declarado que su normativa jurídica infringe el principio de reserva de ley. Tales términos no traslucen que el Colegiado Superior desconozca que el agua es un recurso natural con todas las características esenciales que el artículo 1° le atribuye, y no existe objeción respecto a que el agua constituya patrimonio de la Nación ni que el dominio sobre ella sea inalienable e imprescriptible, tampoco se desconoce la administración otorgada a Sedapal de los acuíferos, ni se establece que hay propiedad privada sobre el agua, dado que la existencia de la obligación de pago de la tarifa por el uso del agua subterránea es un tema que, en forma absoluta, no fue tratado por el Tribunal Constitucional. Además, la designación de un órgano gestor del recurso hídrico no implica que el agua deje de ser patrimonio de la Nación; por tanto, el recurso en dicho extremo debe declararse **infundado.**

13.2. En lo concerniente a la infracción normativa de la **Octava Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29338,** iniciamos el análisis afirmando que el principio de soberanía del Estado sobre los recursos naturales confiere a los poderes públicos una amplísima libertad de configuración para fijar la naturaleza, forma y cobro de las retribuciones debidas por la utilización de un recurso natural como es el agua. A partir de tal libertad puede entenderse razonablemente que por causas operativas o administrativas, los pagos a realizarse puedan tener el carácter de un canon, de una retribución económica o incluso la de un tributo como la Tasa-Derecho, siendo lo relevante que cualquiera que sea la forma elegida se coadyuve a una mejor realización de los fines de protección encargados al Estado para el aprovechamiento sostenible del recurso. Es precisamente en ese panorama que debe interpretarse lo previsto por la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338, según la cual: *"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"*.

13.3. Examinada la sentencia de vista, se desprende de su texto que no contiene razonamiento alguno que importe la modificación del régimen legal de la reserva de las aguas subterráneas de los acuíferos de las Provincias de Lima y del Callao,

a favor de la recurrente. Lo que dispone el precepto legal en cuestión es un reconocimiento a favor de Sedapal del recurso natural y que se rige en cada caso por la ley que la autoriza. Tal reserva subsistió aún con la entrada en vigencia de la Ley N° 29338, habiéndose solo precisado su régimen según lo previsto en la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1185, que regula el régimen especial de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento; por consiguiente, la recurrida no vulnera directamente la vigencia del régimen de la reserva, por lo que debe **desestimarse** el recurso también en este extremo, máxime si la obligación del uso del agua subterránea es impuesta originariamente por mandato legal, en virtud al artículo 12° del Decreto Ley N° 17752 (*que reemplazó al Código de Aguas de mil novecientos dos*) y luego por los artículos 90° y 91° de la Ley N° 29338.

13.4. Ahora bien, la Ley de Recursos Hídricos ha establecido un régimen especial para el aprovechamiento de las aguas subterráneas, refiriendo su tratamiento al Decreto Legislativo N° 148 y sus normas complementarias. Si bien el Tribunal Constitucional ha advertido defectos en dicho Decreto Legislativo que impedirían su utilización legal, empero debe considerarse que las anomalías detectadas por el Supremo intérprete de la Constitución Política han sido superadas por la precitada Octava Disposición Complementaria Final de la Ley bajo revisión, dado que interpretar que el Decreto Legislativo N° 148 no pueda ser válidamente utilizado en su integridad generaría que el agua, como recurso indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, se encuentre fuera de los alcances de la Ley Orgánica destinada a regular su aprovechamiento, así como de las normas especiales orientadas a lograr su debida retribución, contexto en el que no solo el Estado estaría faltando a los deberes impuestos por la Norma Fundamental, sino que los magistrados del país estarían prefiriendo una interpretación que pondría en peligro un recurso natural, afectando no solo a la sociedad actual sino a las futuras generaciones.

13.5. Distinta situación se presenta en torno al **artículo 90° de la Ley N° 29338,** que establece: *"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". La casante ha denunciado que los titulares de los derechos de uso de agua deben contribuir económicamente con su uso sostenible y eficiente, como en su momento lo estableció el Decreto Ley N° 17752, a través de su artículo 12°, como ya se ha enunciado; sobre el particular, considerando los periodos de consumo por los que se exige el pago de la *"tarifa por el uso de agua subterránea" -enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho-* y que el tema debatido es uno de puro derecho, debe determinarse, *en primer lugar*, de dónde nace la obligación de pago, asunto sujeto a discusión entre las partes, dado que para la accionada nace con el artículo 12° del Decreto Ley N° 17752 y, ahora, con el artículo 90° de la Ley N° 29338, en tanto que la de mandante, al amparo de lo resuelto en las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 04899-2007-PA/TC y N° 01837-2009-PA/TC, consider a que nace como tributo con su configuración como *"recurso tributario",* al expedirse el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI; y, *en segundo lugar*, si la configuración de la tarifa como un *"recurso tributario"* satisfizo los principios constitucionales tributarios.

13.6. En los procesos constitucionales antes citados, el Tribunal Constitucional estableció que para las causas en ellos ventilados, el campo de estudio de la norma impugnada debía circunscribirse al Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-82- VI[34] . Este Tribunal de

[34] Fundamento 21 de la STC N° 04899-2007-PA/TC y fundamento 19 de la STC N° 01837-2009-PA/TC.

Casación considera que en la medida que la obligación de pago de la tasa-derecho se deriva, a su vez, de la obligación de pago de la tarifa por el uso del agua subterránea prevista en el artículo 12° del Decreto Ley N° 17752, para el caso particular debió tenérsele como bloque de constitucionalidad, al momento de determinar si la configuración de la tasa-derecho establecida por el Decreto Legislativo invocado había cumplido o no con los principios constitucionales tributarios, desde que fue el antecedente legislativo que sirve de base para imponer el nuevo régimen legal contemplado por la Ley N° 29338.

13.7. Si bien el Decreto Ley N° 17752 fue derogado por la Ley N° 29338, ello no impide tenerlo en cuenta, desde que el pago de la *"retribución económica"* luego de la entrada en vigencia de esta Ley, para las reservas establecidas a favor de la casante, según el artículo 1° del Decreto Supremo N ° 021-82-VC y del Decreto Legislativo N° 148, se han mantenido incluso hasta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185 del quince de agosto de dos mil quince, conforme a lo dispuesto en su Primera Disposición Complementaria Modificatoria y su Única Disposición Complementaria Derogatoria, en concordancia con su Primera Disposición Complementaria Final. En ese panorama, corresponde la aplicación del Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento al p resente caso por el periodo de consumo cuyo cobro es reclamado por la empresa recurrente.

13.8. El texto del artículo 12° del Decreto Ley N° 17752 contiene una disposición que en forma precisa establece el hecho que genera la obligación de pago **(*uso del agua*),** así como los sujetos de la obligación, desde que menciona expresamente a los **usuarios del agua** que deben abonar la retribución respectiva como *"tarifa"*, además de acotar que dicho pago será fijado por **unidad de volumen.** Tal articulado evidencia que no es el Decreto Legislativo N° 148 el que crea la obligación de pago de la tarifa por el uso del agua subterránea, sino lo que crea es el tratamiento de la tarifa como una tasa de la especie *"derecho"* dentro de la circunscripción de Lima y Callao, habiéndose dado otras normas para otras circunscripciones territoriales, desde que la Ley en mención y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 261-69-AP en sus ar tículos 21°, 22° y 24°, establecían que anualmente el Ministerio de Agricultura y Pesquería debía fijar las

tarifas que debían abonarse para cada uno de los usos de agua, que incluía las subterráneas. Por ello, es criterio de este Tribunal de Casación que el Decreto Ley N° 17752 es el que incorporó en sus disposiciones los parámetros generales que establecen la determinación del monto del tributo. Así, en su artículo 12° consideró el criterio para cubrir los costos de explotación y distribución del recurso agua, y en su artículo 11° estableció la medición volumétrica como unidad de medida. La Ley N° 26821 en su artículo 20° también consideró crite rios económicos, sociales y ambientales para fijarlo.

13.9. Con mayores alcances, la Ley N° 29338 ha regulado también los elementos esenciales de la obligación como una retribución económica, pues su artículo 90° remitió al Reglamento la determinación de algunos elementos de tal retribución, como la oportunidad y periodicidad. Su artículo 91° ha definido la *"retribución por el uso del agua"* como: *"(…) 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 cubico 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*". Dicha disposición distingue así el pago de la *"tarifa por el servicio de monitoreo y gestión de las aguas subterráneas",* definido en su artículo 94° como: *"La tarifa por el servicio de monitoreo y gestión de las aguas subterráneas es el pago que hacen los usuarios de aguas subterráneas con fines productivos y cuyos fondos se destinan a monitorear el uso de esta agua y el nivel freático, así como para gestionar el uso de esta agua para hacer sostenible su disponibilidad".*

13.10. Sobre la base de lo expuesto, se colige que la inaplicación del Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI, establecida en las sentencias emitidas en los procesos de Amparo a que se refieren los expedientes N° 04899-2007-PA/TC y N° 01837-2009-PA/TC, impiden que la empresa casante cobre en calidad de tributo la tarifa por el uso de agua subterránea, prohibiendo su cobranza sólo con la calidad de recurso tributario, por no reunir los valores correspondientes los presupuestos exigidos por los principios de reserva de ley y legalidad, entre otras; empero, no limita la capacidad de hacer efectiva la retribución económica

por el uso del agua, más aún si de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 91° de la Ley N° 29388, y artículos 175° y 176° de su Reglame nto aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG, el pago de la retribución e conómica por el uso del agua superficial o subterránea es obligatorio para todos los usuarios como contraprestación por el uso del recurso. Por tanto, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no pueden ser entendidos como una proscripción total a la posibilidad de hacer efectivo el pago de la retribución económica por el uso del agua subterránea, quedando la demandante habilitada constitucional y legalmente para cobrar por el uso de esa agua, según la Ley de Recursos Hídricos N° 29388, que estuvo vigente en el periodo reclamado. Por consiguiente, Sedapal se encuentra autorizada para proceder a cobrar a la UNMSM la deuda por la retribución económica generada por el uso o extracción de agua subterránea por el periodo de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho, debiendo esta Sala Suprema declarar ese derecho, con arreglo al inciso 2 del mencionado artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584.

13.11. Aunado a ello, tenemos que, como se ha adelantado, la existencia de la obligación de pago es un asunto que no fue evaluado por el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 04899-2007-PA/TC y N° 01837-20 09-PA/TC, pronunciamiento el primero de ellos que ha servido de marco para que el órgano judicial revisor funde su decisión basado en que el Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento al inobservar el principio de reserva de ley en la creación y regulación de la tasa derecho de agua subterránea, infringe el derecho de obtener una decisión motivada y fundada en derecho, incurriendo en causal de nulidad los actos administrativos que se identifica en su parte resolutoria.

DÉCIMO CUARTO.- Bajo la perspectiva reseñada y, particularmente, a mérito de la sucesión de normas que han establecido en común la obligatoriedad de un pago por parte de los usuarios por el uso del agua subterránea, denominada en un inicio como tarifa y posteriormente retribución económica, este Tribunal de Casación considera que se incurrió en vicio de nulidad en la recurrida por **infracción del artículo 90° de la Ley N° 29338,** toda vez que a pesar de estar vigente a la fecha en que se realizó el consumo sobre la base de su antecedente legal el Decreto Ley

N° 17752, la instancia superior de mérito no ha resuelto adecuadamente la controversia, con atención a las circunstancias concretas al tema en cuestión y a la relevancia social que ello conlleva, por lo que debe **estimarse la causal examinada.**

Actuando en sede de instancia

DÉCIMO QUINTO.- El desarrollo argumentativo que se desprende de las anteriores consideraciones han determinado que la sentencia de vista incurrió en la infracción del artículo 90° de la Ley N° 29338, por lo que en ese escenario corresponde a esta Suprema Sala, en aplicación del primer párrafo del artículo 396° del Código Procesal Civil, resolver el conflicto de modo definitivo, considerando las premisas jurídicas precedentemente citadas y evocándose la base factual determinada por la instancia de mérito fijada en los siguientes términos: *"(…) si procede o no declarar la nulidad del Acuerdo N° 167-024-2009 del 28 de setiembre de 2009, expedida por el Directorio de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima-SEDAPAL y si corresponde determinar si la tarifa que le corresponde a la parte demandante es la tarifa estatal o comercial; (…) la demandante alega que el consumo realizado del mes de enero de 1996 a noviembre de 2008, no está obligado a pagar el tributo que grava el uso y/o extracción de aguas subterráneas de conformidad con el articulo 87° de la Ley Universitaria-Ley N° 23733 y el artículo 88° de la Ley General de Educación (…)"*[35]. Dicha estructura fáctica trasluce que la Resolución de Determinación N° 110-2008/ESCE[36] fue emitida por Sedapal por el incumplimiento de pago por parte de la UNMSM, por la extracción y uso de aguas subterráneas correspondiente al periodo de enero de mil novecientos noventa y seis a noviembre de dos mil ocho, lapso en el cual se generó la obligación de pago por el aprovechamiento del recurso hídrico del agua subterránea, liquidada en la suma de S/ 2'433,075.42 (dos millones cuatrocientos treinta y tres mil setenta y cinco con 42/100 soles).

[35] La segunda transcripción forma parte del décimo considerando de la sentencia de primera instancia.
[36] Inserta a fojas 39 del expediente administrativo acompañado.

15.1. La sentencia de vista incurre en infracción normativa, al señalar que no se puede pretender el cobro de un tributo cuya inconstitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional al transgredir el principio de reserva de ley tributaria, sin haber advertido que de acuerdo a los términos de las sentencias emitidas en los procesos de amparo que aluden los expedientes N° 04899-2007-PA/TC y N° 01837-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional únicamente ha prohibido cobrar con calidad de recurso tributario la tarifa por el uso del agua subterránea, más no hacer efectivo el pago de la retribución económica por dicho uso que, de acuerdo a lo previsto por los artículos 90° y 91° de la Ley N° 2 9338 y artículos 175° y 176° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2 010-AG, es obligatorio en su pago por parte de los usuarios como contraprestación por el uso del recurso agua.

15.2. Es más, considera este Supremo Tribunal que el efecto de las consideraciones del Tribunal Constitucional en las sentencias citadas no tiene otra consecuencia distinta a la de excluir del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 148 el término *"tributario"*, en el entendido que la única circunstancia que vicia a la norma invocada, bajo las dos situaciones advertidas por el acotado Tribunal, es la supuesta necesidad de configurarlo como un tributo; por tanto, el Decreto Legislativo evocado salvo la palabra *"tributario"* mantiene plenamente sus efectos y como lo autoriza la propia norma, las tarifas puedan ser fijadas mediante Decreto Supremo, además que el recurso del agua subterránea pueda ser administrado por la recurrente, de donde la obligación de pago se encuentra 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 en cuestión.

Asimismo, es necesario anotar que la legitimidad de Sedapal para exigir la satisfacción de la suma adeudada por el uso de las aguas subterráneas, no se ve afectada por la calificación jurídica que pueda otorgarse a la contraprestación por dicho uso, aseveración que se expresa desde la óptica que la defensa de un recurso natural de una naturaleza esencial para el presente y futuro de nuestro país, no puede brindarse debidamente si nos detenemos en una disyuntiva formal, pues lo más relevante es reconocer que, de un modo u otro, existe la obligación de

pago, que ésta ha sido calculada debidamente y el procedimiento previsto para su determinación y cobro ha garantizado el derecho de defensa de los particulares. La necesidad de preservar y utilizar racionalmente los recursos naturales obliga entonces a una interpretación amplia e inspirada en los principios constitucionales de las normas que rigen la administración, goce y protección de los recursos naturales y, en especial, el agua.

15.3. A manera de reflexión, esta Sala de Casación considera necesario anotar que no es posible una interpretación de las normas contraria a la que se ha desarrollado en el presente pronunciamiento, pues ello revelaría un panorama dañoso, al implicar el desconocimiento de interpretaciones que optimizan la protección del bien natural en mención.

15.4. De otro lado, la Resolución de Determinación N° 11 0-2008/ESCE, a través de la cual se pretende el cobro por el uso de aguas subterráneas, se enmarca en los alcances normativos del artículo 90° de la Ley N° 29338 y su Reglamento, en concordancia con el artículo 20° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821 [37], y artículo 66° de la Carta Política, manteniendo su exigibilidad, correspondiendo que la UNMSM realice el pago de la tarifa, hoy retribución económica, por el uso y extracción de agua subterránea.

III.- DECISIÓN:

Por tales razones y de conformidad con lo regulado además por el artículo 396° del Código Procesal Civil, **RESOLVIERON:**

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandada, Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima.

[37] 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.

SEGUNDO.- CASAR la sentencia de vista contenida en la resolución número siete del veinticinco de junio de dos mil diecinueve, corriente de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco a cuatrocientos cincuenta y nueve del expediente principal, emitida por la Segunda Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima.

TERCERO.- ACTUAR en sede de instancia y CONFIRMAR por los fundamentos contenidos en la presente Ejecutoria Suprema la sentencia apelada emitida mediante resolución número quince del trece de julio dos mil diecisiete, obrante de fojas trescientos ochenta y cinco a trescientos noventa y seis del mismo expediente, **que declaró infundada la demanda.**

CUARTO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el diario oficial *"El Peruano"*, conforme a ley; en los seguidos por la demandante, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos,* con la demandada/recurrente, *Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima-Sedapal*, sobre *nulidad de acto administrativo*; y los devolvieron. ***Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta.***

S.S.
YAYA ZUMAETA
QUISPE SALSAVILCA
YALÁN LEAL
BUSTAMANTE ZEGARRA
RUIDIAS FARFÁN

Mam/ahv