

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

**SUMILLA:** "Es condición constitucional para el uso del agua subterránea el pago obligatorio e ineludible de una retribución económica, en el marco del derecho fundamental del acceso equitativo al agua y de una explotación racional del recurso natural hidráulico basada en el interés público; pago que no constituye tributo sino retribución económica, conforme al artículo 66 de la Constitución Política, artículo 20 de la Ley N° 26821 Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los recursos naturales, y artículos 90 y 91 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos".

Lima, cuatro de octubre  
de dos mil dieciséis.-

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

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

**1. Antecedentes**

La pretensión principal de la demanda consiste en la declaración de nulidad total de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 que revocó el Acuerdo N° 046-007-2012 del cuatro de abril de dos mil doce y la Resolución de Gerencia General N° 036-2012-GG de fecha trece de enero de dos mil doce y dejó sin efecto la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE emitida por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL el seis de octubre de dos mil once, ante *el incumplimiento de pago por extracción y uso de aguas subterráneas del mes de Septiembre 2011 por parte de la Universidad Nacional de Ingeniería*. La pretensión accesoria en que se restituya en todos sus efectos la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE.

**2. Sentencia materia de casación**

La sentencia de vista contenida en la resolución número dieciséis de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y uno del

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

expediente principal, expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, que **confirmó** la sentencia apelada contenida en la resolución número nueve, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos setenta y seis, que **declaró infundada la demanda** interpuesta por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL contra el Tribunal Fiscal y la Universidad Nacional de Ingeniería – UNI, sobre Nulidad de Resolución Administrativa y otra. Sustenta que el cobro constituye un tributo cuya regulación vulneraría el principio de legalidad según lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 4899-2007-PA/TC, que **declaró inaplicable** el Decreto Legislativo N° 148 en cuanto al recurso tributario creado como tarifa de agua subterránea y el Decreto Supremo N° 008-82-VI, **dispuso que Sedapal está impedida de efectivizar el cumplimiento de la obligación de Jockey Club del Perú** sin importar la fecha en que se haya generado, que sea consecuencia de la aplicación de los decretos referidos, además **dispuso que Sedapal está impedida y debe abstenerse de restringirle los servicios de agua potable o agua subterránea, por la deuda generada;** y en razón de ello, las instancias consideraron que la resolución del Tribunal Fiscal, resultaría válida y no contravendría el ordenamiento jurídico.

### **3. Recurso de casación y Auto calificadorio**

**3.1** El Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante SEDAPAL) interpuso recurso de casación de fecha cinco de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho del expediente principal, declarado *procedente* por auto calificadorio de fecha cuatro de diciembre de dos mil quince, obrante a fojas ochenta y siete del cuaderno formado en esta Sala Suprema, por las siguientes infracciones normativas:

- i. *Infracción normativa procesal del derecho a un debido proceso, prevista en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado e inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil;* por omisión de motivar los supuestos de hecho y derecho, referido a la naturaleza tributaria de las aguas subterráneas, presentando motivación aparente.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

- ii. *Infracción normativa material del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N°008-82-VI, al no realizar un análisis respecto a la vigencia de las normas invocadas, dando por sentada la naturaleza tributaria del cobro por el uso de aguas subterráneas, inaplicando la legislación sobre recursos hídricos que regula la retribución económica percibida no constituye tributo.*

**4. Dictamen Fiscal**

Con *lo expuesto* en el Dictamen Fiscal N° 804-2016-MP-FN-FSCA de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis, obrante a fojas noventa y ocho del cuaderno de casación formado en esta Sala Suprema, en el cual la Fiscalía Suprema opina que el recurso de casación debe ser declarado **infundado**.

**II. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.- Delimitación del objeto de pronunciamiento**

**1.1** La línea argumentativa a desarrollar inicia con absolver la denuncia procesal examinando si la sentencia impugnada ha infringido la norma del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, y la norma del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil; de no establecer la infracción denunciada, en *segundo orden* se procederá analizar las infracciones materiales referidas al Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N°008-82-VI.

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

**SEGUNDO: Sobre la infracción al artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política y del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil**

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

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

**2.2** En la actualidad la motivación de las decisiones judiciales se plantea como un imperativo de validez y legitimidad, residiendo la atención en el control de constitucionalidad de la motivación verificando la materialización en cada caso, al ser garantía de la correcta administración de justicia, del respeto de los derechos fundamentales y legales, y la proscripción de la arbitrariedad.

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

Al evaluar la justificación interna del razonamiento en la motivación de las resoluciones judiciales, se incide en el control del aspecto lógico de la sentencia<sup>3</sup>, consistente en la evaluación del encadenamiento de los argumentos utilizados; se verifica, el nexo y relación de las premisas jurídicas y su vinculación con las

---

<sup>1</sup> Constitución Política: **Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:** (...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

<sup>2</sup> Código Procesal Civil: Contenido y suscripción de las resoluciones.-

Artículo 122.- Las resoluciones contienen:

3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; (...)

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

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

proposiciones fácticas que determinará la validez lógica de la inferencia<sup>4</sup>; el control de la subsunción, culmina en la validez formal de la conclusión<sup>5</sup>, sin que implique la corrección material de la misma en justificación externa, que en este *caso difícil*, es pertinente examinar al absolver las infracciones materiales en la resolución judicial.

**2.3** Desarrolladas las premisas jurídicas precedentes, y examinando la sentencia de vista se advierte que ha cumplido con justificar su decisión, delimitando el objeto de pronunciamiento en el *considerando tercero*, ciñéndose a la absolución de los agravios del recurso de apelación, considera que la Resolución N° 16447-10-2012 expedida por el Tribunal Fiscal, no incurre en causal de nulidad, justificando las premisas jurídicas en los *considerandos quinto al octavo* de la sentencia de vista, concluyendo en el *considerando noveno* que del análisis del caso concreto, el cobro por el uso de agua subterránea constituye un tributo, refiriendo como argumento medular que el Tribunal Constitucional ha determinado en la STC N° 4899-2007-PA/TC que la regulación en el Decreto Supremo N° 00 8-82-VI de los elementos del anotado tributo vulneran el principio de legalidad en materia tributaria.

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

**TERCERO: Premisas previas sobre el asunto en casación**

---

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

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

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

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

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

---

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

<sup>7</sup> El Informe de Naciones Unidas de 2016, registra en cuadros que la Costa del Perú muestra una relación extracción/disponibilidad del agua equivalente a un stress hídrico medio, índice de frecuencia de escasez de agua por mes en algunos lugares de la costa de 0.4-0.8; que, cuando se extrae de forma sostenible y se permite la recarga durante los períodos de abundante agua de superficie, **las aguas subterráneas ofrecen oportunidades de almacenamiento que pueden servir como un amortiguador para compensar las épocas de sequía**; hay evidencia clara de que el recurso está disminuyendo, 21 de los 37 acuíferos más grandes del mundo tienen grave

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

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

**3.2** Debido a la crisis mundial la Organización de las Naciones Unidas declaró el “Decenio Internacional para la Acción - El agua, fuente de vida 2005-2015”<sup>9</sup>, ratificando su protección destacó que: “*ningún ser vivo sobre la Tierra puede sobrevivir sin agua, la que es indispensable para la salud y el bienestar humano así como para la preservación del medio ambiente*”; reconocido el “**derecho humano al agua**” por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Julio del 2010<sup>10</sup>.

Recientemente reconocido, el “*derecho fundamental al acceso al agua y saneamiento*”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Relativo al Derecho al Agua<sup>11</sup>, y el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, **identifican como contenido protegido el acceso equitativo al agua**; los instrumentos de derechos humanos<sup>12</sup>, y el Informe de la Experta Independiente<sup>13</sup>, destacan que *es un derecho de cuya satisfacción también se logra concretizar otros derechos fundamentales* tan importantes como derecho a vivir con dignidad, derecho a la salud, derecho al bienestar; incluso incide en derechos de naturaleza laboral y económicos, y *encamina a una mayor justicia social y ambiental, significando un gran paso al acceso universal al agua potable y saneamiento*; enfatizando la Asamblea de las Naciones Unidas, la importancia de disponer de agua en condiciones equitativas como componente esencial del disfrute

---

sobreexplotación, que las aguas subterráneas bajo mayor presión están ubicadas en muchos de los mismos lugares donde el agua de superficie también está bajo una fuerte presión; que según un estudio reciente realizado por Veolia y el IFPRI (2015, p. 3): “*se prevé que el deterioro de la calidad del agua aumente rápidamente en los próximos decenios, lo que, a su vez, aumentará los riesgos para la salud humana, el desarrollo económico y los ecosistemas*”; <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002441/244103s.pdf>.

<sup>8</sup> <http://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/aguas-dulces/climage-change>

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

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

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

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

<sup>13</sup> En: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcompage.aspx>

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

de todos los derechos humanos, *reafirmando la responsabilidad de los Estados de promover y proteger tales derechos universales, indivisibles, interdependientes, relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención*<sup>14</sup>; aspectos que tienen especial e indisoluble incidencia en la resolución del presente caso.

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

**3.4** En relación a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional que vinculan a los jueces, conforme al tercer párrafo del artículo VI del referido código, y a la primera disposición final de la Ley N° 28301 L.O.T.C., es necesario señalar:

**3.4.1** El Tribunal Constitucional sobre la determinación de la naturaleza tributaria de un cobro, **ha expresado diversa interpretación**; en la sentencia referida por las instancias N° 04899-2007-AA, centra el análisis en un Decreto Legislativo y un Decreto Supremo<sup>15</sup>, a diferencia de la Sentencia N° 01078-2007-AA de fecha tres de setiembre de dos mil siete, caso Fondo Nacional de Vivienda - FONAVI, concluyó que los aportes no constituyen un tributo, en el fundamento 3.a señala que el análisis de algún fenómeno jurídico, debe realizarse a la luz del régimen tributario

---

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

<sup>15</sup> En el fundamento 21 precisa que su ámbito de análisis de la norma impugnada se limita al Decreto Legislativo N° 148 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 008-82-VI.



**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

constitucional, esto es el artículo 74 de la Constitución en relación a la creación de los tributos, que *no debe atenerse a lo dispuesto por normas infraconstitucionales o de orden legal, sino mas bien en lo dispuesto por la Constitución*, debiendo utilizar otros métodos de interpretación que tengan en cuenta los fines de la norma, el contexto histórico, sus características, elementos; **este Colegiado Supremo coincide y aplica el segundo criterio interpretativo.**

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

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

**3.4.4** Así, en el caso de la sentencia del proceso de amparo que declaró inaplicables los decretos, dispone que Sedapal está impedida de efectivizar el cobro sin importar la fecha en que se haya generado, que sea consecuencia de la aplicación del Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI, que está impedida y debe abstenerse de restricción de los servicios de agua potable o

---

<sup>16</sup> El Dr. Domingo García Belaúnde sustenta: *"la vinculación a las interpretaciones ahí contenidas no es absoluta como en el caso de las razones suficientes, hayan o no sido declaradas como precedentes vinculantes, sino más bien es una vinculación relativa"*. El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, En: Estudios y Jurisprudencia del Código Procesal Constitucional, Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Miraflores, Lima 2009.página 41.

<sup>17</sup> Inciso 2 del artículo 139 de la Constitución

<sup>18</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo, op citado, página 44.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

agua subterránea; es relevante puntualizar que: 1) La sentencia parte de la premisa que a juicio del Tribunal, es indiscutible que la tarifa de agua subterránea es de naturaleza tributaria<sup>19</sup>. 2) Señala como aspecto sustancial, que **el pago de la tarifa por el uso de agua subterránea, sea como tributo, precio público o cualquier otra categoría jurídica**, no es óbice para que en todas se de cumplimiento a los cánones en su diseño normativo conforme al marco constitucional<sup>20</sup>. 3) Considera fundado el extremo de la demanda, de que el Decreto Legislativo N° 148 excedió la materia de regulación delegada por Ley N° 23230, no otorgando la facultad expresa para crear un tributo tasa, como el materia de análisis, no cumpliendo el principio de reserva de ley, ni delegación expresa. 4) Indica que los elementos esenciales del tributo están en el Decreto Supremo N° 008-82-VI, vulnerando el principio de reserva de ley. 5) Concluye en la inconstitucionalidad de la tarifa, al fijar los elementos del tributo en el Decreto Supremo, infringiendo el principio de reserva de ley desde su expedición; retrotrae los efectos desde la fecha de inicio de la vulneración de los derechos de los actores, como el derecho de propiedad al exigir el cumplimiento de una obligación viciada desde sus orígenes.

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

**3.4.5 Coincidiendo este Tribunal Supremo**, que sí debe pagarse por el uso y extracción del recurso natural, que el diseño normativo del pago debe cumplirse conforme al marco constitucional, que los referidos Decretos no cumplen las exigencias para crear y regular un tributo; sin embargo, **nos desmarcamos de que la naturaleza de la tarifa sea de tributo**<sup>21</sup>, pues, conforme al marco constitucional y legal, la naturaleza jurídica es de retribución económica cuyo pago es obligatorio e ineludible, como se desarrolla más adelante.

<sup>19</sup> STC N° 4899-2007-PA/TC considerando 8, y N° 1837-2 009-AA/TC considerando 6.

<sup>20</sup> En el considerando 13, lo precisa como uno de los dos aspectos sustanciales.

<sup>21</sup> Señala Luis Castillo Córdova, que cuando se está ante una norma constitucional adscrita (concreción directa de la norma constitucional estatuida), ésta puede ser formal y materialmente constitucional, y en los casos que sea manifiesto que **la norma adscrita sea materialmente inconstitucional, no vinculará**, con base al principio, de que el derecho y la norma injusta no es verdadero derecho, contravienen una exigencia de justicia constitucionalizada, no pudiendo ser tenidas como Derecho válido. *Las Decisiones Inconstitucionales del Tribunal Constitucional*, En, Themis 67, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2015. página 291.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en interpretación vinculante<sup>23</sup>, tiene señalado que la *garantía vinculada con la correcta administración de justicia* (que por cierto, encauza la función constitucional del Poder Judicial), *protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra*<sup>24</sup>; que, *cuando el Estado ha ratificado un tratado como la Convención Americana, los jueces como parte del aparato del Estado, están sometidos a ella*, obligándoles a velar porque los efectos de las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin<sup>25</sup>; puntualiza que *el Poder Judicial debe ejercer el "control de convencionalidad", entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y las normas convencionales*<sup>26</sup>; que *no se puede invocar las disposiciones de derecho interno como justificación para incumplir obligaciones convencionales*<sup>27</sup>; que la CIDH es una vía residual y subsidiaria a la que se acude cuando los poderes y órganos internos no cumplen con su *obligación de protección de los derechos fundamentales*, incurriendo en responsabilidad el Estado<sup>28</sup>; señala que *las afectaciones al derecho de acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las*

<sup>22</sup> Inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política, artículo 8° CADH y artículo 14.1 PIDCIP que establecen el derecho de toda persona a un tribunal independiente e imparcial.

<sup>23</sup> La cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, establece la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú. El artículo V del Código Procesal Constitucional, establece la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, conforme con la DUDH, los tratados sobre derechos humanos, las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte.

<sup>24</sup> Sentencia de la CIDH, caso Tristan Donoso VS Panamá. Excepción Preliminar, Fondo de Reparaciones y Costas, del 27/01/2009, párrafo 153.

<sup>25</sup> La CIDH en el caso Gudiel Álvarez vs Guatemala de 20 de noviembre de 2012, precisó que la vinculación no es solo a la CADH, sino a los tratados sobre derechos humanos del que el Estado es parte; en igual forma en el caso Masacres de Río Negro vs Guatemala de 14 de octubre de 2012, párrafo 262.

<sup>26</sup> Sustenta el Dr. Eloy Espinoza Saldaña, que en la evolución del control de convencionalidad se hace patente en aspectos importantes, que órganos deben ejercer el control de convencionalidad, que "**en principio, y de oficio, la labor de control de convencionalidad estaba confiada, dentro de cada Estado, a sus jueces (zas)**". "Incidencia de la Jurisprudencia de Tribunales Supranacionales, como la Corte Interamericana, en el ordenamiento jurídico Peruano", Texto de la Conferencia presentada en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 25/03/2015, Convencionalización, Parte I a III, página 440.

<sup>27</sup> Sentencia de la CIDH caso Boyce vs Barbados, 20 de noviembre de 2007.

<sup>28</sup> Opinión Consultiva OC 21/14 Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional. OC 2/82 de 24 de setiembre de 1982.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

*condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, que es obligación de los Estados garantizar tales derechos*<sup>29</sup>.

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

**3.4.7** Los cambios en el sistema jurídico crean una situación singular en relación a las interpretaciones de la jurisprudencia constitucional, son los tribunales del Poder Judicial los que tienen el primer contacto con los conflictos que se suscitan bajo estas circunstancias, advirtiendo las modificaciones sustanciales en el derecho, los cambios normativos e interpretativos; **adquiriendo especial trascendencia en este caso sobre las condiciones de uso y extracción de aguas subterráneas, en contexto convencional y constitucional que contribuyen e inciden en el sentido normativo de las disposiciones legales e infralegales aplicables**, atendiendo que el recurso hídrico y su acceso equitativo está a la fecha reconocido como derecho fundamental en proyección social, condiciones de igualdad, preservación y protección del recurso; que se ha transitado por tres constituciones, la legislación ha variado sustancialmente, ha sido derogada la Ley General de Aguas de 1969 en cuya vigencia se dictaron los decretos en cuestión, y se ha emitido nuevas leyes con nuevos supuestos y soluciones de derecho, circunstancias que van incidir en la respuesta y solución jurídica.

**3.4.8** Esta Sala Constitucional **optimiza en mayor medida la protección del núcleo del derecho fundamental**, identificado por la Observación 15-2002 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y

---

<sup>29</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, CIDH Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 167.

<sup>30</sup> El Dr. Eloy Espinoza Saldaña en su trabajo "*El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú: surgimiento, usos, evolución retos y riesgos*", señala que en el Estado Constitucional es presupuesto básico el de limitación de poder, en lógica de corrección funcional con repartición de competencias ( exclusivas o compartidas), el respeto de la supremacía constitucional, reconocimiento y tutela de los Derechos Fundamentales, fin último; que el rol del TC de supremo interprete no implica que sea un superior jerárquico de aquellas otras autoridades, o que todas las instituciones del Estado Peruano se encuentren subordinadas al TC; que, el juez o jueza ordinario, puede no solo armonizar con un precedente, puede criticar, limitar, cuestionar o distinguirse, y que el apartamiento del precedente es siempre una posibilidad excepcional y razonada; y, que se tiende a apuntalar como justificaciones adecuadas para apartarse de un precedente, la del cambio de condiciones existentes, que pueden habilitar un tratamiento distinto en esa materia, la de mayor o menor tutela de los derechos fundamentales, pudiendo ir más allá en defensa y aplicación de la progresividad inherente a derechos como los de carácter fundamental. En, AAVV Código Procesal Constitucional Comentado. Arequipa, Adrus, 2009, páginas 994, 995, 996.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

Social de las Naciones Unidas, como *el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*, que, **para fines de un mayor acceso y distribución equitativa, el uso del agua está sujeta entre otras condiciones al pago de una prestación económica**, pues el derecho al agua no es un derecho ilimitado ni irrestricto, anotándose que factores como su carácter finito, su vulnerabilidad, y los costos económicos que requiere su preservación, distribución y tratamiento, desechan una visión de acceso ilimitado y gratuito del agua<sup>31</sup>, siendo oneroso el uso poblacional y productivo, a diferencia del uso primario<sup>32</sup>.

En el tránsito **de la universalidad a la especificidad** de derechos humanos, impone la promoción del derecho fundamental de acceso equitativo al agua para los grupos de la población menos favorecidos, en razón de la persistencia de las condiciones de desigualdad y discriminación en nuestro país en que no todos cuentan con igual acceso al agua<sup>33</sup>, **justificando la obligación de aquellos que si usan y disfrutan de este recurso esencial de vida, al pago de una retribución económica, necesaria para invertir en programas de ampliación y de acceso más equitativo al agua**, asimismo, conforme a los derechos fundamentales vinculados al agua, *de vivir con dignidad, a la salud, bienestar, acceso universal al agua potable y saneamiento, que encaminan a una mayor justicia social y ambiental*, constituye un deber de las autoridades nacionales velar por el recurso natural en compatibilidad con la protección del derecho humano y evitar situaciones que produzcan discriminación y desigualdad en el acceso y el uso, resultando inadmisibles y no supera el control de convencionalidad, que algunas personas naturales y jurídicas puedan hacer uso y extracción del agua subterránea sin restricciones y sin pago alguno, se disponga a su favor la abstención de cobro y de impedir el uso del recurso por la falta de pago, cuando un sector significativo de la población nacional no tiene acceso directo al agua, y paga costos elevados por una

---

<sup>31</sup> PEÑA CHACÓN, Mario, op citado, Página 4.

<sup>32</sup> Artículos 90, 91, 35 y siguientes de la Ley de Recursos Hídricos.

<sup>33</sup> El Informe Anual 2015 de la CIDH anota información alarmante respecto al acceso, calidad y disponibilidad del agua **en América, la situación de escasez del abastecimiento del agua se habría agravado por la creciente presión por el recurso**, para el desarrollo de las actividades extractivas, y, **sobre situaciones de discriminación y desigualdad con respecto al acceso al agua**.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

provisión casi nula y en otros casos deficiente<sup>34</sup>, lo cual no es compatible con el derecho fundamental además de crear una situación de injusticia<sup>35</sup>.

**CUARTO: Sobre las infracciones normativas sustantivas**

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

**4.2** El asunto de cobro por el uso y extracción de aguas subterráneas, ha generado y sigue ocasionando la judicialización de una gran cantidad de casos, que en la larga data se han dado pronunciamientos jurisdiccionales en diferente sentido, que requieren ser uniformizados **apartándonos de los criterios anteriores de las sentencias de esta Sala Suprema**<sup>36</sup>, al amparo de lo previsto en el artículo 22 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en base al desarrollo argumentativa de esta sentencia en compatibilidad con el marco normativo convencional, constitucional y legal del derecho fundamental al agua.

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

---

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

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

<sup>36</sup> Al amparo de lo previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos apartamos del criterio anterior de la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, como el contenido entre otras, en la Consulta N° 529-2014, Casación N° 9068-2013, N° 3311-2010, N° 17816-2013.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

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

- a) El Decreto Legislativo N° 148, cuenta con antecedente en el *artículo 37 de la Constitución de 1933*<sup>37</sup> (en cuyo marco se expidió la Ley General de Aguas) el cual establecía, que el agua y las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, delegando a la ley para que fije las condiciones de utilización por el Estado o de su concesión a los particulares.
- b) La ley autorizada era el *Decreto Ley N° 17752* (que reemplazó al Código de Aguas de 1902), vigente del 26 de Julio de mil 1969 al 31 de marzo de 2009<sup>38</sup> denominada Ley General de Aguas, estableció las condiciones de uso y concesión, y que las aguas son de propiedad del Estado, su dominio es inalienable e imprescriptible, **orienta al uso justificado y racional del agua, otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.**
- c) Cuando se expide el *Decreto Legislativo N° 148* del 15 de junio de 1981 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI del 4 de abril de 1982, estaba vigente la referida Ley General de Aguas, y en vigencia la *Constitución de 1979*, que en su artículo 119 garantizaba la preservación de los recursos naturales como obligación constitucional del Estado<sup>39</sup>, reafirmando en el artículo 118 la condición de patrimonio de la Nación de los recursos naturales entre ellos el agua<sup>40</sup>, por ende bienes de dominio público<sup>41</sup> consagrando la pertenencia al Estado.

---

<sup>37</sup> Constitución Política de 1933

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

<sup>38</sup> Vigente desde el 26 de julio de 1969 hasta el 31 de marzo de 2009 en la que fue derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29338 "Ley de Recursos Hídricos", publicada el 31 marzo 2009 en el diario oficial el Peruano.

<sup>39</sup> Establecía: "El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico".

<sup>40</sup> *Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares.* [Subrayado agregado].

<sup>41</sup> "(...) Duguít entiende que los bienes de dominio público no pueden ser, por su propia naturaleza jurídica (no por la física) susceptibles de propiedad. La Vinculación del Estado con esos bienes no es la típica del propietario, ya que carece de las facultades propias de este, en particular de la facultad de disposición. El Estado tiene más bien, respecto de los bienes de dominio público, **un deber de protección y de garantía de la afectación, es decir, del destino que motiva su inclusión en dicha categoría**" Citado por Jiménez, Roberto (2015) en: "la Constitución Comentada". Gaceta Jurídica. Tomo II. Pp. 546

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

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

d.1 Estableció de **necesidad y utilidad pública: conservar, preservar e incrementar los recursos hídricos, regular, obtener una racional eficiente, económica y múltiple utilización** de los recursos hídricos, promover, financiar y realizar las investigaciones, estudios y obras necesarias para tales fines.

d.2 Requería una licencia o autorización para la extracción del recurso hídrico, el pago por el uso, y preveía la caducidad del derecho por no pagar la tarifa<sup>42</sup>.

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

Los antecedentes, normas de la Constitución de 1979 y del Decreto Ley N° 17752 vigentes a la fecha de dación del Decreto Legislativo N° 148 y su reglamento, **nos permite afirmar desde aquella data la exigibilidad y justificación del cobro por el uso y extracción del agua subterránea, fijado como tarifa y no como tributo.**

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

El primer párrafo del artículo del decreto estableció *la aprobación de las tarifas de agua subterránea* con fines poblacionales e industriales, por decreto supremo<sup>43</sup>; el

---

<sup>42</sup> **Ley General de Aguas:** Artículo 116°.-Los usos de las aguas caducan: (...)

b. Por no pagar durante dos años consecutivos la tarifa a que se refiere esta Ley, salvo los casos de suspensión, prórroga o exoneración que decrete el Poder Ejecutivo por razón de calamidad pública;

<sup>43</sup> **Artículo 1°.-** *Las tarifas de agua subterránea, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias, de Lima y Constitucional del Callao, serán aprobadas por Decreto Supremo: El recurso tributario será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima, constituyendo ingresos propios de esta.*

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



**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

segundo párrafo se refiere a la tarifa como “*recurso tributario*”, el artículo tercero señala que *los recursos impugnatorios son resueltos en última instancia por el Tribunal Fiscal con arreglo al Código Tributario*, y el artículo cuarto señala la derogación y modificación de normas que se opongan.

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

**4.7** Como se advierte los decretos en cuestión no crean ni desarrollan un tributo, y la sola referencia en un párrafo de “*recurso tributario*” no lo convierte en tributo, no cuenta con sustento en las normas fuente, ni produce efectos tributarios en tanto las disposiciones de los decretos cuestionados no pueden ser interpretadas en forma aislada, sino en forma sistemática con sus propias normas y conforme a una interpretación compatible con las normas constitucionales y legales antes señaladas, que: **a) no establecieron el cobro como tributo, b) no permiten interpretar los decretos como normas tributarias<sup>44</sup>, c) el cobro fue constituido como tarifa, d) la norma derogatoria y modificatoria del decreto no afectaron normas de mayor jerarquía como la Constitucional y la Ley General de Aguas<sup>45</sup>.**

**4.8** Continuando con el análisis, **la normatividad vigente a la fecha de emisión de la resolución de determinación, esto es, mes de septiembre de 2011,** contribuyen en interpretación sistemática determinar el sentido normativo de los decretos cuestionados, que establecen coherente y uniformemente que se trata de retribución económica y no un tributo, normativa omitida e infraccionada por la sentencia recurrida, pese su carácter vinculante y jerarquía.

---

<sup>44</sup> Al no cumplir con los parámetros constitucionales del principio de reserva y legalidad contenido en el artículo 139 de la Constitución de 1979, que exigían ley expresa para crear tributos y establecían que la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación

<sup>45</sup> Conforme al principio de derecho "ley superior deroga ley inferior" y no a la inversa.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

- a. La norma fundante de nuestro ordenamiento jurídico es la constitucional, que se impone a las normas legales e infralegales, la *Constitución Política de 1993* en el artículo 66 recoge la protección constitucional a los recursos naturales renovables y no renovables, que constituyen patrimonio de la Nación, **delegando las condiciones de su utilización, por ley orgánica.**
- b. **La norma atribuida constitucionalmente con competencia para regular las condiciones de utilización del agua, y entre ellas la naturaleza jurídica del cobro por dicho concepto es, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821**, publicada el 26 de junio de mil novecientos noventa y siete, que establece:
- b.1** El régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos reconocidos como patrimonio de la Nación, *condiciones y modalidades de otorgamiento a particulares* en armonía con el mandato contenido en los Artículos 66 y 67 de la Constitución Política y concordancia con el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú.
- b.2** En el artículo 20, señala que el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los particulares (entre ellos, el agua subterránea<sup>46</sup>), **da lugar al pago de una retribución económica** determinada por criterios económicos ambientales, que incluye todo concepto que debe aportarse al Estado por el recurso, sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título, establecidos por leyes especiales.

**En este punto, se concluye que la Ley Orgánica N° 2 6821 establece el pago de una retribución económica, no contempla que el uso del agua se encuentre gravada con tributos, no ha creado tributo ni régimen tributario.**

- c. La *Ley de Recursos Hídricos Ley N° 29338* de fecha 31 de marzo de 2009<sup>47</sup>, ley especial referida por la Ley Orgánica, regula el uso y gestión de los recursos hídricos, comprendiendo al agua subterránea; instituye como principio la

---

<sup>46</sup> Ley Orgánica Para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, **Ley N° 26821: Definición de recursos naturales.** Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

a. las aguas: superficiales **y subterráneas** (...).

<sup>47</sup> Dejó sin efecto la Ley General de Aguas conforme a su única disposición derogatoria, derogando el Decreto Ley N° 17752, la tercera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo N° 1007, el Decreto Legislativo N° 1081 y el Decreto Legislativo N° 1083; así como las demás disposiciones que se opongan a la Ley.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

valoración del agua y la gestión integrada, que **el agua tiene valor sociocultural, valor económico y valor ambiental**, por lo que su uso debe basarse en la gestión integrada y en el equilibrio entre estos<sup>48</sup>, prevé:

**c.1** En el artículo primero, reconoce y establece que el agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas, ciclos naturales y la seguridad de la Nación; el artículo segundo lo constituye como patrimonio de la Nación, con dominio inalienable, imprescriptible, bien de uso público y delimita su administración, la cual debe ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental, y el interés de la Nación.

**c.2** Reconocimiento a la diversidad de recursos hídricos y su regulación, en el caso del agua superficial y subterránea identifica varios tipos de uso y el tratamiento legal y económico, establece el pago de una retribución económica, la que **no está prevista ni calificada de naturaleza jurídica tributaria**<sup>49</sup>.

**c.3** El artículo 20 contempla que *la retribución económica es determinada por criterios económicos, sociales y ambientales*, e incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia; es causal de revocación de los derechos la falta de pago de dos cuotas consecutivas de la retribución económica o de cualquier otra obligación económica<sup>50</sup>.

**c.4** El artículo 90 establece la obligación de los titulares de los derechos de uso de agua, al pago de: 1) **retribución económica** por el *uso del agua*; 2) **retribución económica** por el *vertimiento de uso de agua residual*; 3) **tarifa** por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales; 4) **tarifa** por la *utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor*; 5) **tarifa** por *monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas*; valores determinados periódicamente por la Autoridad Nacional del Agua, y aprobados por decreto supremo.

<sup>48</sup> Inciso 1, del artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29338.

<sup>49</sup> La Sentencia de Acción Popular N° 0141-2014-Lima, destaca los tipos de uso del agua y reglas en relación al cobro el cual no tiene naturaleza tributaria; desde el artículo 35 al 43, la Ley N° 29338 contempla el uso primario gratuito en la utilización directa y efectiva de las fuentes naturales y cauces públicos de agua, con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias básicas, sin fin lucrativo; el uso poblacional del agua tratada, es oneroso sujeto al pago de retribuciones; el uso productivo del agua en la utilización en procesos de producción o previos a los mismos, agropecuario y agrícola, acuícola y pesquero, energético, industrial, medicinal; minero, recreativo, turístico, y de transporte, es oneroso, se ejerce mediante derechos de uso.

<sup>50</sup> Inciso primero del artículo 72 de la Ley de Recursos Hídricos.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

**c.5** El artículo 91 establece que **la retribución económica por el uso del agua, es el pago que en forma obligatoria deben abonar todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso**, sea cual fuere su origen; se fija por metro cúbico de agua utilizada y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos<sup>51</sup>.

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

d. *El Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos Decreto Supremo N°001-2010-AG* (publicado el 24 de marzo de 2010), regula el uso y gestión integrada de los recursos hídricos incluyendo el agua *subterránea*, orientado al desarrollo sostenible del país y de los ecosistemas; prevé la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión<sup>52</sup>, atribuye a la Autoridad Nacional del Agua la administración del agua y de sus bienes asociados en forma exclusiva, los gobiernos regionales y locales participan a través de Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca y conforme a sus leyes orgánicas, los usuarios participan organizados conforme señala la Ley y el Reglamento.

**d.1** El artículo 176.1 del citado reglamento reafirma que la retribución económica es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. Prevé que el pago **“No constituye tributo”**; regula la gestión integrada<sup>53</sup>, el ANA establece la metodología para determinar el valor de las retribuciones por el uso del agua superficial y subterránea, en base estudios técnicos económicos que establecen el valor, toma en cuenta criterios sociales, económicos y ambientales, se determinan anualmente y se aprueban mediante Decreto Supremo, es destinado para la formulación de los planes de gestión, desarrollo y administración de los recursos hídricos, y para financiar las medidas de control y vigilancia destinadas a la protección de la calidad, el

<sup>51</sup> Artículo 91 de la Ley de Recursos Hídricos.

<sup>52</sup> Artículo 1.1 del Reglamento.

<sup>53</sup> Disposición cuya constitucionalidad y legalidad fue confirmada en control orgánico por Sentencia de Acción Popular N°0141-2014-Lima, la que constituye cosa juzgada constitucional.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

incremento de la disponibilidad de los recursos hídricos y la conservación de las fuentes productoras de agua.

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

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

Cabe anotar que conforme al artículo 109 de la Constitución las normas legales tienen carácter obligatorio, sus términos vinculan a autoridades como a los administrados, que en dimensión subjetiva de la supremacía constitucional involucra en un Estado de Derecho, que todas las personas –gobernantes y gobernados- en sus actuaciones se encuentran vinculados en primer lugar a la Constitución y por ésta a la ley, y a los términos de la norma jurídica que impone la obligación de pago por el uso del agua como retribución económica.

**Concluyendo, que la ley de Recursos Hídricos y su reglamento, en coherencia con la Ley Orgánica de Recursos Naturales, sustentan la obligación de pago de la retribución económica por el uso del agua, y no prevén tributo alguno.**

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

**4.9.1** Tiene señalado este Tribunal Supremo, que el principio de legalidad vincula la potestad tributaria a la ley y a los principios de reserva de ley, igualdad ante la ley, respeto a los derechos fundamentales y no confiscatoriedad, que los tributos se

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

crean, modifican o derogan, o se establecen exoneraciones por ley<sup>54</sup>, **requiriendo norma legal expresa para la creación de un tributo**<sup>55</sup>.

**4.9.2** Se ha señalado, que la potestad tributaria se ejerce en función de determinados mandatos que modulan los principios y límites constitucionales y que garantiza la legitimidad constitucional y la legalidad de su ejercicio, colocando al Estado en su actuación en el mismo plano de sumisión al Derecho que la actuación de un particular, **afirmando que la creación y coactividad del tributo no proviene del Estado sino de la norma legal válida y vigente**<sup>56</sup>.

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

**4.9.4** Nuestro ordenamiento constitucional y legal, así como los principios tributarios acogidos en el Título Preliminar del T.U.O. del Código Tributario, en una sola línea y en coherencia, han acogido como *exigencia para la creación de un tributo, la emisión de una ley expresa, específica y precisa*; sumándose la norma IV del referido código, señala que sólo por Ley o por Decreto Legislativo (por delegación), se puede crear tributos, señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota, el acreedor tributario, el deudor tributario y el agente de retención o percepción; supuestos que no aparecen en la desarrollada normatividad constitucional, legal e infralegal sobre recursos hídricos, las que no

---

<sup>54</sup> En la Casación N° 4392-2013-Lima de fecha 24 de marzo de 2015, considerando 3.4 se anota que *la potestad tributaria atribuida al Estado tampoco es absoluta debiendo ser ejercida con arreglo a los fines, principios, derechos y límites que las normas del bloque de constitucionalidad establecen, sometiendo igual al Estado al principio de reserva de ley y de legalidad*, así el artículo 74 acoge el *Principio de Legalidad* vinculando la potestad tributaria a la ley y a los principios de reserva de ley, igualdad ante la ley, respeto a los derechos fundamentales y no confiscatoriedad; estableciendo que **los tributos se crean, modifican o derogan, o se establecen exoneraciones "exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades" y en el caso de aranceles y tasas se regulan por decreto supremo**.

<sup>55</sup> A nivel doctrinario se define jurídicamente el tributo "*como una obligación de dar una suma de dinero establecida por Ley, conforme al principio de capacidad, en favor de un ente público para sostener sus gastos*". FERREIRO LAPATZA, José Juan, op. Citado, página 323-324.

<sup>56</sup> FERREIRO LAPATZA, Jose Juan, Curso de Derecho Financiero Español, Editorial Marcial Pons, Madrid 2006, página 324, 326.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

han creado tributo, han previsto una retribución económica, llevándonos a **reafirmar que el cobro por el uso del agua no tiene naturaleza jurídica de tributo**, habiendo sostenido este Tribunal Supremo en forma coherente y el mismo sentido, en la Sentencia del Proceso de Acción de Popular N° 0141-2014-Lima<sup>57</sup>.

**4.9.5** La calidad **bien de dominio público hidráulico**<sup>58</sup>, con dominio inalienable e imprescriptible, de interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos<sup>59</sup>, **no convierte el cobro en un tributo**, pues si bien la norma II inciso 2 del Código Tributario señala que las tasas entre otras, pueden ser derechos que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos, no establece que todo uso o aprovechamiento constituya una tasa, sino que puede ser; teniendo especial relevancia el principio de reserva de ley y legalidad tributaria recogido en el artículo 74 de la Constitución, que en supremacía constitucional se impone en el ordenamiento, en el sentido de que no puede crearse un tributo sino por mandato de ley, en compatibilidad y armonía con la norma también constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe<sup>60</sup>, estableciendo las leyes el pago obligatorio por el uso del agua, y no obligan que se deba cobrar como tributo, sino como retribución económica.

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

---

<sup>57</sup> En el mismo sentido, en la Acción Popular N° 0141-2014-Lima, hemos señalado sobre la naturaleza jurídica del cobro por el uso del agua: "en el cobro por el uso del agua no hay norma legal o decreto supremo que haya creado un tributo por el uso del agua, tampoco hay norma jurídica que establezca que dicho concepto constituya tributos, además de estar proscrito en nuestro ordenamiento jurídico la creación de tributos vía interpretación normativa; por lo que hasta este punto y de acuerdo a la norma del artículo 74 de la Constitución Política y normas legales antes citadas del artículo 91 de la Ley N° 29338 y artículo 20 de la Ley N° 26821, el cobro por el uso del agua viene a constituir una retribución económica, sin haberle conferido por norma legal la calidad de tributo"; que la Ley de Recursos Hídricos, reguló el pago por el uso de las aguas subterráneas en la modalidad de retribución económica, en plena concordancia con el artículo 20 de la Ley Orgánica de aprovechamiento sostenible de recursos naturales y el artículo 66 de la Constitución Política del Estado.

<sup>58</sup> Establecido en el artículo segundo y séptimo de la Ley N° 29338.

<sup>59</sup> Con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos, para la conservación e incremento del agua, asegurar su calidad fomentando una cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

<sup>60</sup> Literal a del inciso 24, artículo 2 de la Constitución Política de 1993.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

Alemania, Canadá, Grecia, Italia, Japón entre otros, prevén el pago de un canon por extracción de agua subterránea, Bélgica, Flandes, los Países Bajos establecen el pago de un impuesto<sup>61</sup>; en nuestro Estado las normas citadas, uniformemente han *previsto el cobro de una retribución económica que puede ser contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título, tarifa, dependiendo la exigencia y tipo de pago según el tipo de uso del agua*<sup>62</sup>.

**4.9.7 Tampoco estamos ante un supuesto de tributo encubierto**, el cobro no tiene naturaleza tributaria por las especiales características que lo distingue esencialmente de los tributos<sup>63</sup>, pues si bien es una *prestación de dar* de naturaleza pecuniaria, **no hay una relación jurídico ex lege “de prestación tributaria”** como producto del acaecimiento de una hipótesis de incidencia tributaria<sup>64</sup>; desde la inexistencia de vínculo y relación jurídica tributaria establecida por ley entre acreedor y deudor tributario, los diferentes tipos de uso del agua, la gratuidad de algunas y onerosidad de otras, así como las diversas formas de autorización, concesión y derecho de uso del agua subterránea, el sistema de gestión integrada al que se encuentra sometido el uso y aprovechamiento del agua, participando entes de derecho público y privado; la metodología para la determinación de los valores **no atiende a la capacidad contributiva del deudor**, sino que es regulada en base a informes técnicos teniendo en cuenta criterios sociales, económicos y ambientales, cuyos montos van variando y son reajustados periódicamente; ratifican que en el caso del cobro por el uso del agua subterránea, no se dan los supuestos para el tributo, esto es hipótesis de incidencia tributaria, hecho imponible, y obligación tributaria, manteniendo su naturaleza jurídica de retribución económica.

**4.9.8** Es pertinente anotar, que la competencia **del Tribunal Fiscal** prevista en el artículo tercero del Decreto Legislativo N° 148 no convierte el cobro en tributo, ésta fue normativamente atribuida para resolver el asunto en segunda instancia; en igual

<sup>61</sup> [http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/presentacion\\_dia\\_21\\_nov\\_ana\\_0\\_0.pdf](http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/presentacion_dia_21_nov_ana_0_0.pdf)

<sup>62</sup> Fundamento 4.5 de la sentencia de Acción Popular N° 141-2014-Lima, publicada con fecha 19/06/2016.

<sup>63</sup> Como se tiene desarrollado en la Casación N° 4392- 2013, el Código Tributario no contiene una definición de tributo, sino una referencia en la Norma II<sup>63</sup> que establece que el referido Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos; acoge **el principio de reserva de la ley** previsto en el inciso a) del artículo IV, que establece que sólo por ley o decreto legislativo (cuando hubiere delegación), se crea, modifica y suprime tributos, se señala el hecho generador de la obligación tributaria, la base para el cálculo y la alícuota, el acreedor tributario, el deudor tributario, los agentes de retención y de percepción.

<sup>64</sup> *“prestación de dar de naturaleza pecuniaria que no constituya una sanción por acto ilícito, cuyo cumplimiento es dispuesto por la instauración de una relación jurídico obligatoria ex lege (deber jurídico de prestación tributaria), como producto del acaecimiento de una hipótesis de incidencia tributaria, y cuyo sujeto activo es en principio, un ente de derecho público”* Bravo Cucci, Jorge, Op. Cit., pág. 311.



**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

forma ha sido modificada en la nueva normatividad de la Ley de Recursos Hídricos, y normas reglamentarias; estableciendo el artículo 17 de la Ley de Recursos Hídricos de 2009, la estructura Orgánica de la Autoridad Nacional, compuesta por un Consejo Directivo, Jefatura, Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas, y órganos de apoyo, asesoramiento, línea, desconcentrados y administraciones locales de agua que dependen de las autoridades administrativas; el artículo 22 establece que el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas es el órgano que, con autonomía funcional, conoce y resuelve en última instancia administrativa las reclamaciones y recursos administrativos contra las resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa del Agua y la Autoridad Nacional, según sea el caso; asimismo, a la fecha el **Decreto Legislativo N° 1185** de fecha 16 de agosto de 2015 (citado para efectos ilustrativos), que regula el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma, entre ellas Sedapal<sup>65</sup>, señala que la tarifa de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas es el pago que deben efectuar las personas naturales y jurídicas comprendidas en dicha norma, dispone en la tercera disposición complementaria final, que los reclamos vinculados al cobro de la retribución económica por el uso del agua serán resueltos por la ANA y los referidos a la tarifa de monitoreo y gestión del agua subterránea serán resueltos en primer instancia por la EPS y en última instancia por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de la SUNASS; en consecuencia con la normatividad actual, el propio Tribunal Fiscal ha declarado su incompetencia para la cognición de reclamos en materia de cobro de tarifa por el uso de aguas subterráneas, emitiendo precedente administrativo en ese sentido<sup>66</sup>.

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

**1) Se ha dado cumplimiento a los cánones en su diseño normativo conforme al marco constitucional, que por mandato de la norma suprema, las condiciones de uso y la naturaleza jurídica del cobro fueron reguladas por la Ley Orgánica de Recursos Naturales, la Ley de Recursos Hídricos y su reglamento, como una**

<sup>65</sup> En la segunda disposición complementaria final, reconoce a Sedapal en los acuíferos de las provincias de Lima y Callao, como operador del servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas y adecuación.

<sup>66</sup> El Tribunal Fiscal en la Resolución N° 03820-Q-2016 publicado en Diario Oficial El Peruano el 8/11/2016, establece precedente administrativo, en el sentido de que no es competente para resolver los procedimientos relacionados con el cobro que efectúa SEDAPAL, por la tarifa que se devenga a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1185.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

retribución económica de carácter obligatorio e ineludible, y no como tributo, debiendo ser interpretadas en ese contexto y sentido las disposiciones del Decreto Legislativo 148 y su reglamento, los cuales al no prever el cobro de un tributo, no han infringido el principio de reserva de ley.

2) El cobro por uso y extracción de agua subterránea, se justifica en el interés nacional y necesidad pública, la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos, para la conservación e incremento del agua, asegurar su calidad fomentando una cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones<sup>67</sup>, destinada a efectivizar el derecho al acceso equitativo al agua, calificado en el siglo XXI como derecho fundamental esencial por su trascendencia en las actividades humanas.

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

**QUINTO: Actuación en sede de instancia**

5.1 Conforme se tiene desarrollado, la sentencia de vista infringe las normas denunciadas, al señalar como fundamento medular de la decisión judicial, que puntualiza en el considerando octavo, que no se puede pretender el cobro de una tarifa cuya inconstitucionalidad es incuestionable por infracción del principio de reserva de ley; sin haber advertido que de acuerdo al marco normativo constitucional y legal válido y vigente, **la utilización del agua genera la obligación de pagar una retribución económica que no tiene naturaleza tributaria**; por lo tanto, la sentencia de vista incurre en infracción normativa, que bajo una premisa incorrecta de supuesta naturaleza tributaria del cobro por el uso de aguas subterráneas, e inaplicación de los dispositivos contenidos en el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI desestima la pretensión contenciosa administrativa, contraviniendo el contexto convencional, constitucional y legal vigente, que obligan al pago de una retribución económica.

---

<sup>67</sup> El artículo 90 de la ley especial, prevé en relación al pago de los usuarios de agua subterránea, que los fondos se destinan al monitoreo del uso del agua, nivel freático, gestionar el uso para hacer sostenible su disponibilidad.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

**5.2** Habiendo determinado que la sentencia de vista ha incurrido en las infracciones denunciadas, corresponde actuar en sede de instancia, para tales efectos, expuestas las premisas jurídicas precedentes, corresponde acudir a la base fáctica determinada por la instancia de mérito, habiendo fijado la sentencia que: *“mediante la cuestionada resolución administrativa, obrante a folios diez a doce, el Tribunal Fiscal resuelve revocar el Acuerdo N° 046-007-2012, del cuatro de abril del dos mil doce, y la Resolución de Gerencia General N° 036-20 12, del trece de enero de dos mil doce, y dejar sin efecto la Resolución de Determinación número 240118100013858-2011/ESCE emitida por SEDAPAL y a través de la cual se estableció el monto que la Universidad Nacional de Ingeniería debía pagar por concepto del Tributo por el Uso de Aguas Subterráneas correspondiente al mes de setiembre de dos mil once”*.

**5.3** De la estructura fáctica se desprende que la Resolución de Determinación fue emitida por SEDAPAL ante el **incumplimiento** de pago por parte de la Universidad Nacional de Ingeniería por **la extracción y uso de aguas subterráneas**, correspondientes **al mes de septiembre de 2011**, fecha en la cual se generó la obligación de pago de la retribución económica por el aprovechamiento del recurso natural hídrico consistente en la extracción y uso del agua subterránea.

**5.4** Revisada la resolución del Tribunal Fiscal N° 1644 7-10-2012<sup>68</sup> materia de demanda, se advierte que contraviene el ordenamiento jurídico, la norma constitucional del artículo 66, la norma del artículo 20 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, y el artículo 90 de la Ley de Recursos Hídricos, desarrolladas precedentemente, incurriendo en causal de nulidad sancionada en el inciso primero del artículo 10 de la Ley N° 27444<sup>69</sup>.

**5.5** Al resultar nula la resolución administrativa impugnada, la consecuencia jurídica es el reestablecimiento, esto es, la restitución de la resolución de determinación anulada por la Resolución del Tribunal Fiscal; máxime que la resolución de determinación notificada con fecha seis de octubre de dos mil once de cobro por el

---

<sup>68</sup> Resolución emitida con anterioridad a la expedición del Decreto Legislativo N° 1185 en que se modificó la competencia del tribunal fiscal conforme al fundamento 3.7.7 de la presente sentencia de casación.

<sup>69</sup> **Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

uso de aguas subterráneas se enmarca en los alcances normativos del artículo 90 de la Ley de Recursos Hídricos – Ley N° 29338 de fecha treinta de marzo de dos mil nueve y su reglamento de fecha veintitrés de marzo de dos mil diez, que encuentra concordancia y coherencia con las normas encadenadas contenidas en el artículo 20 de la Ley de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales de 1997 y el artículo 66 de la Constitución Política del Estado, manteniendo su exigibilidad, que conforme a lo antes desarrollado, esta Sala Suprema reafirma la protección constitucional del recurso hídrico, que el recurso de aguas subterráneas es un recurso valioso y limitado, cuyo cobro encuentra justificación en la sostenibilidad del recurso y la disponibilidad con mayor cobertura a la población conforme al derecho fundamental de acceso equitativo al agua potable.

En consecuencia, queda subsistente la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE de fecha seis de octubre de dos mil once; emitidas por SEDAPAL al ser convencional, constitucional y legalmente válidas; correspondiendo que la Universidad Nacional de Ingeniería realice el pago de la retribución económica por el uso y extracción de agua subterránea.

**III. DECISIÓN:**

Por tales consideraciones; declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL de fecha cinco de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número dieciséis, de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y uno, expedida por la Sexta Sala especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima; y **actuando en sede de instancia REVOCARON** la sentencia apelada contenida en la resolución número nueve, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, obrante fojas trescientos setenta y seis, que declaró infundada la demanda y **REFORMÁNDOLA declararon FUNDADA la demanda**, en consecuencia Nula la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 de fecha tres de octubre de dos mil doce; **quedando SUBSISTENTE** la Resolución de Determinación N° 240118100013858-

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

2011/ESCE de fecha seis de octubre de dos mil once; debiendo el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL proseguir con la cobranza de la retribución económica por la extracción y uso de aguas subterráneas por parte de la Universidad Nacional de Ingeniería; en los seguidos por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL contra el Tribunal Fiscal y otro, sobre impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Rueda Fernández.-**

**S.S.**

**VINATEA MEDINA**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**TOLEDO TORIBIO**

**MALCA GUAYLUPO**

YEF/jps

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

**I. MATERIA DEL RECURSO**

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

Se trata del recurso de casación interpuesto por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal, de fecha cinco de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho, contra la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y uno, que confirmando la sentencia apelada de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos setenta y seis, declaró infundada la demanda. Su pretensión impugnatoria principal, es que se anule la sentencia de vista y, la subordinada, que se revoque la sentencia apelada que declaró infundada la demanda y reformándola se declare fundada.

**II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO**

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha cuatro de diciembre de dos mil quince, obrante a fojas ochenta y siete del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **a) Infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI**; argumenta la parte recurrente que la sentencia de vista no efectúa un análisis respecto a la vigencia de estos dispositivos legales, solo examina si cumplen con el principio de reserva de ley, dando por sentada la naturaleza tributaria del cobro por uso de aguas subterráneas, inaplicando la legislación sobre recursos hídricos, que de manera taxativa regula que la retribución económica percibida no constituye tributo; además, no se considera que el artículo 100 del Código Procesal Constitucional establece que el plazo para la interposición de una demanda de inconstitucionalidad es de seis años; y, **b) Infracción normativa del derecho a un debido proceso, previsto en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado y el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil**; señala la parte impugnante que la sentencia de vista no motiva los supuestos de hecho y derecho en los cuales basa su pronunciamiento referido a la naturaleza tributaria de las aguas subterráneas, *máxime* si la legislación sobre recursos hídricos señala que su naturaleza no es tributaria; asimismo, adolece de una debida motivación porque únicamente se remite a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

resueltos en los Expedientes N° 01837-2009-PA/TC y N° 4899-2007-PA/TC. Precisa que la tarifa por aguas subterráneas no constituye un recurso tributario sino financiero, de conformidad con los artículos 118 y 66 de las Constituciones Políticas de mil novecientos setenta y nueve y mil novecientos noventa y tres, respectivamente; por lo que, en aplicación de la teoría de la continuidad y del artículo 12 del Decreto Ley N° 17752, se debe determinar que la clasificación de recurso tributario contenida en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 148 constituye un error de técnica jurídica.

**III. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**1.1.** El artículo 148 de la Constitución Política del Perú consagra al proceso contencioso administrativo como un mecanismo para el control judicial de la legalidad de la administración pública, mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el Poder Judicial cuestionando las decisiones administrativas que los afecten<sup>70</sup>.

**1.2.** Señala Danós Ordóñez<sup>71</sup> que esta consagración constitucional del proceso contencioso administrativo cumple los objetivos siguientes: i) Garantiza el equilibrio entre los poderes del Estado, pues permite que las decisiones de la administración pública, de cualquiera de los tres niveles de gobierno, puedan ser revisadas por el Poder Judicial; ii) Refuerza el principio de legalidad que fundamenta a la administración pública, pues todo acto administrativo debe ceñirse al ordenamiento jurídico vigente, lo cual debe ser verificado por el Poder Judicial; iii) Consagra el derecho de los administrados a cuestionar las decisiones administrativas ante el órgano judicial competente, lo cual satisface el derecho a la tutela judicial efectiva; iv) Establece una tácita reserva constitucional para que el control jurisdiccional de los actos administrativos, exclusivamente a través del proceso contencioso administrativo; v) No existen normas que excluyan a los actos administrativos del control jurisdiccional.

---

<sup>70</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La Constitución comentada, "Proceso contencioso administrativo", Gaceta Jurídica, Tomo II, primera edición, diciembre 2005, p. 702.

<sup>71</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op cit. pp. 702-703.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

Según Huapaya Tapia<sup>72</sup>: *“Precisamente, el ordenamiento ha diseñado una serie o gama de medios de control de la actuación de la Administración Pública, destinados a garantizar y efectivizar su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Uno de estos medios, es el denominado control jurisdiccional de la Administración Pública, y dentro de este rubro se posiciona el denominado proceso contencioso administrativo, como medio ordinario de control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública y del sometimiento de los fines que la justifican”.*

**1.3.** Del contenido de los artículos 38, 43, 45 y 148 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, podemos concluir que en mérito al deber general de respetar la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, lo que representa un límite para el ejercicio del poder por parte del Estado, en un marco nacional de separación de poderes, dentro del cual se ha dividido competencias procurando un equilibrio de poderes, la proscripción de la arbitrariedad y del abuso del poder. A partir de tal soporte normativo, el Poder Judicial ejerce el control jurídico sobre los actos de la administración pública, en clara manifestación del control del poder y proscripción de la arbitrariedad. En tal sentido, el proceso contencioso administrativo tiene como fin revisar los actos que se emiten en un procedimiento administrativo, cuando se omite la formalidad establecida o la decisión del funcionario no se ajusta a derecho.

**1.4.** El artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Procedimiento Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N°13-2008-JUS<sup>73</sup>, indica que la finalidad de la acción contencioso administrativa o proceso contencioso administrativo prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado es 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. Como se

---

<sup>72</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Tratado del Proceso Contencioso Administrativo, Jurista Editores, primera edición, mayo 2006, pp. 219-220.

<sup>73</sup> T.U.O. Ley N°27584: Artículo 1.- Finalidad. La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política 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. Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.



**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

observa, el proceso contencioso administrativo surge como la manifestación del control judicial que debe existir sobre las actuaciones de las entidades administrativas, entre ellas, los actos administrativos, el silencio administrativo y las actuaciones materiales administrativas, protegiendo al administrado frente a errores, de forma y de fondo, que pueden cometerse al interior de un procedimiento administrativo.

**SEGUNDO: ANTECEDENTES DEL PROCESO**

**2.1. DEMANDA**

El **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal** demanda como pretensión principal la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012, de fecha tres de octubre de dos mil doce, que revoca el Acuerdo N° 046-007-2012, de fecha cuatro de abril de dos mil doce y la Resolución de Gerencia General N°036-2012-GG del trece de enero de dos mil doce y deja sin efecto la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE; como pretensión accesoria solicita se restituya en todos sus efectos jurídicos la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE. En los fundamentos de la demanda, señala que: 1) La Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 adolece de vicio de nulidad por contravenir el artículo 3 inciso 3 concordante con el numeral 5.3 del artículo 5 de la Ley N°27444, asimismo, contraviene el artículo 66 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, concordante con los artículos 1, 2, 3 y 20 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales, Ley N°26821, con los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N°29338 y, con los artículos 4, 5, 6 y 7 inciso 7.1) de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611; las cuales establecen la naturaleza jurídica de las aguas y desarrollan el principio de no existencia de propiedad privada sobre ellas, pues como recursos naturales el Estado es soberano en su aprovechamiento y en su recuperación. Agrega, que en la resolución impugnada se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para aplicar el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI, considerándolos inconstitucionales; sin embargo, no toma en

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

cuenta el bloque de constitucionalidad relacionado con el régimen para el aprovechamiento de las aguas subterráneas como recurso natural, tampoco busca un sentido interpretativo que pueda salvar la supuesta inconstitucionalidad, habiendo analizado únicamente el artículo 74 de la Constitución Política del Estado, referido a los Principios de Legalidad y Reserva de Ley Tributaria. Finalmente, manifiesta que se ha omitido un examen sobre la naturaleza de la “Tarifa de Agua Subterránea”, que es esencialmente un recurso financiero del Estado, que se obtiene por la explotación de recursos naturales orientado en este caso a financiar las actividades de Sedapal para la preservación y conservación de los acuíferos de Lima y Callao, y no por la prestación de un servicio público, que es el supuesto básico de una tasa.

**2.2. CONTESTACIÓN**

Mediante escrito de fecha veintisiete de marzo de dos mil trece, obrante a fojas doscientos sesenta y ocho, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del **Ministerio de Economía y Finanzas** contesta la demanda indicando que Sedapal alega que el Tribunal Fiscal debió observar determinadas reglas para efectuar el “Control Difuso” del Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI, establecidos en los precedentes de observancia obligatoria de las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 3741-2004-AA/TC y N° 00008-20 10-PI/TC, como son: **1)** Que el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro del procedimiento administrativo; **2)** Que dichas normas no puedan ser interpretadas de conformidad con la Constitución actual de mil novecientos noventa y tres; y **3)** Al momento de apreciar los supuestos vicios de inconstitucionalidad se debe reconocer el “bloque de constitucionalidad” entendido como el conjunto de disposiciones constitucionales e infraconstitucionales relacionadas directamente con el régimen para el aprovechamiento de las aguas subterráneas como recurso natural. Agrega el codemandado que, se debe tomar en consideración que si bien el Tribunal Constitucional consideró que la Tarifa de Agua Subterránea constituye un derecho cuyo hecho generador es la utilización de un bien público, esto es, el

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

agua; sin embargo, dicho tributo (tarifa de agua subterránea) no ha sido creado conforme a ley, es decir, acorde al Principio de Reserva de Ley recogido en el artículo 74 de la Constitución Política del Estado. Por su parte, la codemandada **Universidad Nacional de Ingeniería**, a través del escrito de fecha tres de abril de dos mil trece, obrante a fojas trescientos seis, contesta la demanda señalando que la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 resolvió el recurso administrativo originado a partir del cobro que realizó Sedapal por un tributo de agua subterránea cuya exigencia de pago es inconstitucional; asimismo, indica que el mencionado Tribunal acogió sus fundamentos en el sentido que el cobro del tributo por el uso de aguas subterráneas en la circunscripción de Lima y Callao, es inconstitucional por vulnerar el Principio de Reserva de Ley, más aún, la resolución administrativa impugnada se encuentra debidamente motivada, estando sus fundamentos adecuados y suficientemente explicados.

**2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La sentencia de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos setenta y seis, declara infundada la demanda, argumentando que el Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°008-82-VI, no han sido expedidos con arreglo al Principio Constitucional de Reserva de Ley, al considerarse que la tarifa de agua subterránea es un derecho-tasa, por tanto, se debió cumplir con la exigencia de determinar los elementos esenciales del tributo (sujeto pasivo, hecho imponible y alícuota) y configurarse de manera clara en la propia ley o en una norma con rango de ley para su plena vigencia, circunstancia que ha sido materia de análisis por parte del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 048 99-2007-PA/TC. Agrega el Juez que, en este caso, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 resolvió dejar sin efecto la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE porque estaba sustentada en una norma que fue declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional, al concluir que en la regulación de la tarifa de uso de agua subterránea se había incurrido en vulneración del principio de reserva de ley.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

**2.4. SENTENCIA DE VISTA**

Ante la apelación interpuesta por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal (fojas trescientos noventa y dos), se emite la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y uno, que confirma la sentencia apelada. Argumenta que la decisión adoptada por el Tribunal Fiscal obedece a la fuerza vinculante que poseen las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, acorde con lo prescrito por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aplicando para tal efecto el criterio esgrimido en la sentencia recaída en el proceso de amparo del Expediente N° 4899-2007-PA/TC, en cuya virtud se inaplica el Decreto Legislativo N° 148, en cuanto a la tarifa de uso de agua subterránea se refiere, así como el Decreto Supremo N° 008-82-VI, pues en la regulación de dicha tarifa se ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, al transgredir ambas normas el Principio Constitucional de Reserva de Ley Tributaria, pues si bien es cierto que a través de la Ley N° 23230 se delegó al Poder Ejecutivo la facultad de expedir Decretos Legislativos sobre legislación tributaria, entre otras materias, no es menos verdad que esta norma autoritativa no previó de manera expresa la facultad otorgada para crear nuevos tributos.

**TERCERO: MATERIA DEL CONFLICTO JURÍDICO**

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

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos N° 29338, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG, que de manera taxativa establece que la retribución económica por el uso de agua subterránea no constituye tributo. No se considera que el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad de estas normas y la Sala Superior no toma en cuenta el Principio de Seguridad Jurídica, a partir del cual el Estado creó la tarifa de aguas subterráneas para las provincias de Lima y Callao, al amparo de la Ley N° 23230, oportunidad en la cual no se definía como tributo o tasa, conceptos que fueron incorporados con posterioridad al ordenamiento jurídico mediante Decreto Supremo N° 135-99-EF. La legislación sobre recursos hídricos señala que no constituye tributo, lo cual es coherente con la Ley General de Aguas N° 17552 que en su artículo 12 asigna por el uso y aprovechamiento de aguas subterráneas, tarifas base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluso las del subsuelo. La sentencia recurrida no ha considerado que al crearse la tarifa por uso de aguas subterráneas según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 148, así como por su naturaleza, los ingresos económicos obtenidos por el Estado, a través de Sedapal, no constituían un recurso tributario sino un recurso financiero, conforme al artículo 118 de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve y al artículo 66 de la Constitución de mil novecientos noventa y tres, así como en aplicación del principio de continuidad y el artículo 12 del Decreto Ley N° 17752, la calificación de recurso tributario constituye un error de técnica jurídica. Asimismo, la Ley de Recursos Hídricos N° 29338 establece que la retribución económica por el uso del agua es la contraprestación que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser un recurso natural que es patrimonio de la Nación, no constituye tributo.

**3.2.** En ese sentido, por las circunstancias anotadas y los argumentos expuestos en el recurso de casación, la controversia radica en determinar si el concepto denominado tarifa por agua subterránea constituye una retribución económica, como indica el recurrente, o tributo, como lo determinan las instancias de mérito y el Tribunal Fiscal, en cuyo caso deberá verificarse si las normas que exigen su cobro, se encuentran acordes con los principios

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

constitucionales que regulan el régimen tributario, como son: la reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva y respeto a los derechos fundamentales. Siendo ello así, atendiendo a las denuncias declaradas procedentes se debe iniciar el análisis del recurso por la causal contenida en el *literal b)*, dado sus efectos nulificantes en caso de ser amparada, y de no ampararse, se procederá a examinar la causal contenida en el *literal a)*, que incluirá a los dispositivos legales que contemplan el cobro por el uso de aguas subterráneas.

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

**4.1.** Que, al haberse declarado procedente el recurso por la infracción normativa del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, corresponde examinar el marco jurídico de las garantías de los derechos fundamentales a un debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la debida motivación de las resoluciones judiciales, a fin de que se ejercite adecuadamente la finalidad esencial del recurso de casación, y se resguarde la tutela de los derechos procesales con valor constitucional, con la clara observancia de las normas sustantivas y procesales que garantiza al justiciable el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada y fundamentada, respetando los principios de jerarquía de las normas, el de congruencia procesal, la valoración de los medios probatorios.

**4.2.** Sobre el derecho fundamental al debido proceso, el Tribunal Constitucional<sup>74</sup> en reiterada jurisprudencia, viene sosteniendo que se trata de un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. En ese sentido, afirma que: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una

---

<sup>74</sup> Expediente N°03433-2013-PA/TC. Sentencia de fecha dieciocho de marzo de dos mil catorce, en los seguidos por Servicios Postales del Perú S.A. – SERPOST S.A. Fj. 3.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en el puedan encontrarse comprendidos.”<sup>75</sup>. En ese contexto, podemos inferir que la vulneración a este derecho se efectiviza cuando, en el desarrollo del proceso, el órgano jurisdiccional no respeta los derechos procesales de las partes; se obvien o alteren actos de procedimiento; la tutela jurisdiccional no es efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus resoluciones.

**4.3.** Por su parte, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, exige que, cuando una persona requiera la protección de su derecho o de sus intereses legítimos, aquello sea atendido por los órganos jurisdiccionales mediante un proceso adecuado donde se respeten las garantías mínimas de los litigantes, esto es, de ambas partes en el proceso. “(...) Ello es así, toda vez que no solo se busca la defensa de los intereses de la parte accionante sino también los del sujeto requerido, pues la tutela abarca una serie de otros derechos expresamente señalados o implícitamente deducidos de aquel. En la doctrina, se ha señalado que este derecho abarca principalmente tres etapas: El acceso a los órganos jurisdiccionales, el cumplimiento de las normas y derechos que regula el debido proceso, y el de la ejecución de la resolución obtenida.”<sup>76</sup>

**4.4.** En ese mismo horizonte, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso, garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica, siendo exigible que toda resolución, a excepción de los decretos, contenga los fundamentos de hecho y de derecho, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena. Esta garantía se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma la resolución judicial exprese una

---

<sup>75</sup> Expediente N°7289-2005-AA/TC. Sentencia de fecha tres de mayo de dos mil seis, en los seguidos por Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú. Fj. 5.

<sup>76</sup> CASACIÓN N°405-2010, LIMA-NORTE, del quince de marzo de dos mil once, considerando octavo. En esta oportunidad la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Propietarios de la Urbanización Sol de Lima; en los seguidos contra la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres y otro; sobre proceso contencioso administrativo.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

suficiente justificación de la decisión adoptada. Su finalidad en todo momento es salvaguardar al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez, que garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

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

**4.6.** Que, absolviendo la presente denuncia, referida a que la sentencia de vista recurrida omite señalar los supuestos de hecho y derecho en los cuales basa su pronunciamiento referido a la naturaleza tributaria de la “tarifa por el uso de agua subterránea”, se advierte que: **i)** En los considerandos primero y segundo describe los fundamentos del recurso de apelación; **ii)** En los considerandos tercero y cuarto describe la pretensión y la controversia suscitada en autos; **iii)** En los considerandos quinto, sexto y séptimo precisa los alcances del principio de reserva de ley, el criterio del Tribunal Constitucional y su conclusión respecto a este principio; **iv)** En el considerando octavo concluye que no se puede pretender el cobro de una tarifa cuya inconstitucionalidad es incuestionable al no presentarse los elementos esenciales del tributo en el Decreto Supremo N°008-82-VI, infringiendo el principio de reserva de ley, razón por la cual señala que debe confirmarse la sentencia apelada.

**4.7.** En ese contexto, se aprecia que la sentencia de vista contiene los argumentos que definen la naturaleza tributaria de la “tarifa por agua



**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

subterránea”, la misma que se encuentra sustentada en el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC, procediendo luego a establecer que el Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento, transgreden el principio de reserva de ley tributaria, toda vez, que la Ley N° 23230 no autorizó de manera expresa que el Poder Ejecutivo se encontrara facultado para crear nuevos tributos. Siendo ello así, sin perjuicio de que el criterio adoptado por la Sala Superior sea correcto o no, se puede determinar que no vulnera los incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado, ya que se cumple con expresar las razones en las cuales basa su decisión de señalar que la “tarifa por agua subterránea” tiene naturaleza tributaria, motivo por el cual debe declararse **infundado** este extremo.

**QUINTO: DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE, DERECHO HUMANO AL AGUA**

**5.1.** Durante el Décimo Noveno período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas del dieciséis de diciembre de dos mil once<sup>77</sup>, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó el: “*Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente*”, en el cual se anota que respecto a esta relación existen tres planteamientos: **i)** Subraya el hecho de que la vida y la dignidad humana solo son posibles si las personas tienen acceso a un medio ambiente dotado de ciertas cualidades básicas. La degradación del medio ambiente, incluida la contaminación del aire, el agua y la tierra, puede afectar la efectividad de determinados derechos, como los derechos a la vida, la alimentación y la salud. **ii)** Los derechos humanos sirven para enfrentar los problemas del medio ambiente, es decir, para alcanzar niveles adecuados de protección del medio ambiente. **iii)** La integración de los derechos humanos y el medio ambiente en el concepto de desarrollo sostenible. Asimismo, entre las principales amenazas ambientales para los derechos

---

<sup>77</sup> <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-34-SP>.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

humanos, sitúa: los impactos ambientales relacionados con la atmósfera a consecuencia del aumento de la actividad humana, el crecimiento demográfico y el crecimiento económico constante; la degradación del suelo, la deforestación y la desertificación; la degradación de la calidad del agua, la escasez de agua dulce y las amenazas para los océanos, como el dramático descenso de los recursos pesqueros; los residuos peligrosos, la contaminación química y la contaminación del aire; la pérdida de la biodiversidad; y, los desastres naturales.

**5.2.** La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual dos mil quince<sup>78</sup>, Capítulo IV.A sobre: “*Acceso al agua en las Américas una aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano*”, determina que la formulación del derecho al agua en el sistema universal se derivan en primer lugar de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de mil novecientos cuarenta y ocho que en su artículo 25 indica: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda [...]*”. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Comité Desc, el derecho al agua significa: “**el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico**”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Pidesc, en el párrafo 1 de su artículo 11 considera que el derecho al agua se encuadra en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia, en tal sentido, dispuso que los Estados tienen la obligación de asegurar de manera inmediata que el derecho al agua será ejercido sin discriminación alguna. Así, el Comité Desc ha establecido condiciones esenciales para el acceso al agua: A) **La disponibilidad**: El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, es posible que algunos usen más por razones de salud, clima y condiciones de trabajo; B) **La calidad**: El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de

---

<sup>78</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico; C) **La accesibilidad:** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. Este aspecto tiene cuatro dimensiones: 1) **Accesibilidad física.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poder accederse a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías; 2) **Accesibilidad económica.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto; 3) **No discriminación.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; 4) **Acceso a la información.** La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones de agua. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 64/292 adoptada en la Asamblea General de julio de dos mil, reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos<sup>79</sup>.

**5.3.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH, incluye el concepto de vida digna dentro de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención. Así en los casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek contra Paraguay, consideró que el Estado no había tomado las medidas necesarias para brindarles las condiciones esenciales para una vida digna, al no haber garantizado la provisión de agua,

---

<sup>79</sup> 122 Estados votaron a favor y 41 se abstuvieron, la resolución fue presentada por Bolivia.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

alimentación, salud y educación, entre otros. En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *versus* Paraguay, la Corte observó que junto a la carencia de tierra, la vida de estos se caracterizaba por el desempleo, analfabetismo, tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, las precarias condiciones de su vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales. Consideró probada la falta de acceso al agua potable por parte de los miembros de la Comunidad, puesto que el agua utilizada tanto para el consumo humano como para el aseo personal, provenía de pozos ubicados en las tierras reclamadas, los cuales eran igualmente utilizados por animales, y que en época de sequía, la falta de agua limpia era alarmante. La Corte constató que los miembros de la Comunidad carecieron de acceso al agua en cantidad suficiente y apta para el consumo humano. Al resolver el caso la Corte declaró que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por no haber adoptado las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa.

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

**5.5.** Las principales afectaciones al derecho de acceso al agua en las Américas informadas a la CIDH, derivan de la implementación de proyectos extractivos, uso de agroquímicos, contaminación de las fuentes hídricas, falta de acceso al agua para personas y comunidades viviendo en pobreza y pobreza extrema, especialmente en zonas rurales, y por los cortes del servicio de provisión del agua potable, todo lo cual genera impactos desproporcionados en los derechos humanos de las personas, grupos y colectividades históricamente

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

discriminadas. En la audiencia “Derechos Humanos y el Agua en América” celebrada el veintitrés de octubre de dos mil quince durante el 156 período ordinario de sesiones de la 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<sup>80</sup>. La apropiación del recurso hídrico para actividades extractivas se estaría llevando a cabo vía figuras legales que las favorecen por sobre el uso y consumo humano. En general, los Estados habrían flexibilizado sus marcos normativos en materia ambiental para favorecer la implementación de megaproyectos, este es el fenómeno de la empresarización, por el cual la normativa nacional concibe al agua como un derecho natural susceptible de apropiación privada para el aprovechamiento comercial e industrial. Finalmente, la CIDH entre otras medidas recomienda diseñar, implementar y aplicar efectivamente un marco normativo adecuado para garantizar el acceso al agua, apta para el consumo humano en cantidad suficiente sin discriminación en el territorio sometido a la jurisdicción del Estado, en particular respecto a las personas y grupos históricamente discriminados; prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos y en particular los obstáculos referidos al acceso al agua de las personas, grupos y colectividades afectadas por actividades de extracción, desarrollo e inversión.

**SEXTO: SOBRE LA PROTECCIÓN DEL USO DEL AGUA. LAS AGUAS SUBTERRANEAS.**

**6.1.** “El agua es, en su acepción más simple, un recurso natural, de cantidad limitada e indispensable para vivir dignamente. Su efectivo acceso y disfrute hoy es considerado un derecho humano esencial, del cual depende además la realización de otros derechos humanos”<sup>81</sup>.

El agua es un recurso finito, se recicla permanentemente con el denominado ciclo hidrológico o ciclo del agua. Esta constante renovación conduce a dos

---

<sup>80</sup> “Diagnóstico del Agua en las Américas”, p. 22.

<sup>81</sup> “Afectaciones al Derecho al Agua como consecuencia de la implementación de proyectos extractivos en la Región”, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/ImplementationReport/AssociationInterame>

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

supuestos, el primero, que el agua ha sido considerada un bien público o de acceso libre; el segundo, que se ha creado conciencia de su escasez, hasta llegar a ser un factor limitante para el desarrollo de una actividad económica fundamental como la agricultura. La mayor parte del planeta está cubierta por océanos, mares, casquetes polares, ventisqueros, nieves eternas, lagos y ríos, lo cual suma mil cuatrocientos millones de kilómetros cúbicos, de este volumen solo una mínima parte es apta para uso humano, el noventa y siete punto cinco por ciento (97.5%) del agua es salada, solamente dos punto cinco por ciento (2.5%) es agua dulce, pero lamentablemente el setenta y nueve por ciento (79%) está congelada en los casquetes polares, veinte por ciento (20%) son aguas subterráneas, únicamente uno por ciento (1%) de agua está disponible para uso humano; peor aún, treinta y ocho por ciento (38%) de ese uno por ciento (1%) es la humedad de los suelos, ocho por ciento (8%) vapor de agua atmosférico, uno por ciento (1%) es parte de los organismos vivos, cincuenta y dos por ciento (52%) de los lagos y uno por ciento (1%) en ríos; vale decir, solo la centésima parte de uno por ciento (1%) del agua del planeta es asequible al uso humano. Esa gran cantidad de agua podría ser suficiente para cubrir las necesidades humanas, sin embargo, existen graves problemas al respecto: a) el agua está distribuida desigualmente en el planeta, hay zonas donde abunda y otras donde escasea; b) su demanda crece rápidamente; c) socialmente hay mucho dispendio en el uso del agua, promovido por la tradicional concepción de que es un bien libre o público; d) la consecuencia del mal uso del agua en los últimos ciento cincuenta años, ha producido un severo deterioro de su calidad debido a la contaminación y la escasez del agua<sup>82</sup>.

**6.2.** La importancia del agua se debe a su carácter esencial para la vida, ningún ser vivo puede sobrevivir sin ella, por tanto, resulta indispensable para la salud, el bienestar humano y la preservación del medio ambiente. La crisis por su escasez y la preocupación por su conservación generó que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Cumbre celebrada en el año dos mil dos en Johannesburgo, aprobara entre sus objetivos fomentar la ordenación

---

<sup>82</sup> Los recursos hídricos. [http://www.eurosur.org/medio\\_ambiente/bif72.htm](http://www.eurosur.org/medio_ambiente/bif72.htm).

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

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”<sup>83</sup>, con la finalidad de dirigir la atención hacia políticas y actividades proactivas que garanticen a largo plazo una gestión sostenible de los recursos hídricos, en términos tanto de calidad como de cantidad.

**6.3.** Según el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos se define como aguas subterráneas las que dentro del ciclo hidrológico, se encuentran en la etapa de circulación o almacenamiento debajo de la superficie del terreno y dentro del medio poroso, fracturas de las rocas u otras formaciones geológicas, que para su extracción o utilización se requiere la realización de obras de captación, cuyo estudio previo debe ser aprobado por la Autoridad Administrativa del Agua que es la encargada del control de la explotación de aguas subterráneas y verifica si su utilización se realiza en concordancia con los derechos de uso otorgados; cuando la disponibilidad del agua subterránea disminuya y se torne insuficiente para cubrir la demanda deberá establecer el régimen de uso más adecuado para conservar y controlar su calidad atendiendo a las prioridades que en su artículo 35 establece la Ley de Recursos Hídricos N° 29338 (Decreto Supremo N° 001-2010-AG artículos 225 , 232, 233).

**6.4.** En nuestro país, conscientes de que este recurso vital y valioso es esencial para el desarrollo sostenible, se reconoce a nivel constitucional<sup>84</sup>, que constituye patrimonio de la Nación, disponiéndose que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares se fijaran por ley orgánica; siendo obligación del Estado elaborar la política nacional del ambiente y promover el

---

<sup>83</sup> La información sobre el “Decenio Internacional para la Acción, El agua, fuente de vida” se encuentra en la página web de la Organización de las Naciones Unidas. [http:// www.un.org](http://www.un.org).

<sup>84</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

uso sostenible de los recursos naturales<sup>85</sup>. Concordante con ello, mediante Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821), se reafirma la posición que los recursos naturales, sean renovables o no renovables, constituyen patrimonio de la nación, reconociendo que el agua (superficial y subterránea) como recurso natural es susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y susceptible de tener valor actual o potencial en el mercado (artículo 3 inciso a); asimismo, determina que a través de Leyes especiales se promoverá el aprovechamiento de estos recursos y se elaborará las políticas del desarrollo sostenible, entre otros (artículo 7).

**6.4.** En ese sentido, la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, publicada el treinta y uno de marzo de dos mil nueve, que regula el uso y gestión del agua, establece que se trata de un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la nación (artículo 1); es de uso público, con dominio inalienable e imprescriptible, cuya administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, no existe propiedad privada sobre el agua (artículo 2); declara de interés nacional y necesidad pública la gestión de este recurso con la finalidad de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones (artículo 3).

**6.5.** Sobre el particular, es pertinente precisar que el Decreto Ley N° 17752 – Ley General de Aguas, publicada el veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y nueve, establecía sin excepción alguna que las aguas son de propiedad del Estado, su dominio inalienable e imprescriptible, que no hay propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas, y su uso justificado y racional solo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo

---

<sup>85</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.



**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

del país (artículo 1). Definió como obligación del Estado: a) Formular la política general de su utilización y desarrollo; b) Planificar y administrar su uso; c) Inventariar y evaluar su uso potencial; d) Conservar, preservar e incrementar dichos recursos; e) Realizar y mantener actualizados los estudios (artículo 2). Estableció que la protección comprende las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacional, en todos sus estados físicos (artículo 4). Declaró de necesidad y utilidad pública: conservar, preservar e incrementar los recursos hídricos, regularizar el régimen de las aguas, obtener una racional, eficiente, económica y múltiple utilización de los recursos hídricos, promover, financiar, y realizar las investigaciones, estudios y obras necesarias para tales fines (artículo 9).

**6.6.** De lo expuesto, tenemos que la conservación y gestión del agua, reconocida como un recurso natural indispensable para la salud y bienestar de la persona, así como para la preservación del medio ambiente, condujo a que el Estado le otorgue protección constitucional y legal reconociéndola como patrimonio de la nación. En tal virtud, el objetivo de nuestro ordenamiento legal es conservar y preservar el agua, en todos sus estados físicos, y, que su uso debe efectuarse en armonía con el bien común y de forma responsable, buscando garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

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

**7.1.** Para determinar la obligatoriedad del pago por el uso agua subterránea”, resulta necesario examinar las distintas normas legales que han regulado dicha obligación: El artículo 12 de la Ley General de Aguas N° 17752<sup>86</sup> dispuso que **los usuarios debían abonar tarifas** fijadas por unidad de volumen para cada uso del agua, incluida la subterránea<sup>87</sup>. A continuación, se expidieron el Decreto Legislativo N° 148 (quince de junio de mil novecien tos ochenta y uno), Decreto

---

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

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

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

Supremo N°008-82-VI (cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos), Ley N° 23521 (veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos), Ley N° 24516 (cuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis) y Decreto Supremo N°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.

**7.2.** Más adelante, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales N° 26821 (veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete) define a las aguas superficiales y subterráneas como recursos naturales, cuyas condiciones de utilización y otorgamiento a particulares regula por disposición de los artículos 66 y 67 de la Constitución<sup>88</sup> (artículos 1, 2 y 3). Igualmente, establece que los particulares deberán otorgar una **retribución económica** por todo aprovechamiento de los recursos naturales como el agua por parte de los particulares, da lugar a una **retribución económica** que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales, e incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho establecido por ley especial (artículos 20 y 21).

**7.3.** Con tal propósito, se emite la Ley de Recursos Hídricos N°29338 (treinta y uno de marzo de dos mil nueve), cuya regulación comprende entre otras al agua subterránea (artículo 5.9). Entre las clases de usos del agua y orden de prioridad comprende: 1) Uso primario.- Consiste en su utilización directa y efectiva, en las fuentes naturales y cauces públicos, para satisfacer necesidades humanas primarias; 2) Uso poblacional.- Captación del agua tratada de una fuente o red pública, para satisfacer necesidades humanas básicas como preparación de alimentos y aseo personal; 3) Uso productivo.- Utilización en los diversos tipos de procesos de producción o previos a los mismos (artículos 34 a 43). Igualmente, contempla tres clases de derechos de

---

<sup>88</sup> Constitución Política de 1993. Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

uso de agua: i) Licencia de uso.- para usar el agua con un fin y lugar determinados, puede ser para uso consuntivo y no consuntivo<sup>89</sup>; ii) Permiso de uso.- para épocas de superávit hídrico, facultad de usar cantidad indeterminada de agua variable proveniente de una fuente natural; iii) Autorización de uso de agua.- otorga a su titular la facultad de usar una cantidad anual de agua para cubrir exclusivamente las necesidades de aguas derivadas o relacionadas directamente con ejecución de estudios, obras o lavado de suelos (artículos 44 a 63). Se creó la Autoridad Nacional del Agua que entre sus recursos económicos cuenta con los pagos efectuados por los usuarios por concepto de **retribuciones económicas por el uso del agua** (artículo 16.2); complementariamente, está entre las obligaciones de los titulares de la licencia de uso, la de cumplir oportunamente con el pago de la **retribución económica por el uso del agua y las tarifas cuando corresponda** (artículo 57.2); concordante con ello, dispone que los titulares de estos derechos deben contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso pagando en forma obligatoria una **retribución económica por el uso del agua** en contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen (artículos 90 y 91).

**7.4.** En la misma dirección, el Reglamento de la Ley N° 2 9338, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG (veintitrés de marzo de dos mil diez), en general, reitera que todos los usuarios están obligados a contribuir económicamente al uso sostenible y eficiente del recurso hídrico mediante el **pago de las retribuciones económicas y las tarifas correspondientes**; determina que la **retribución económica por el uso del agua, es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua** por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. **Precisa que dicho pago no constituye tributo.** La metodología para calcular el valor de las **retribuciones económicas por el uso del agua superficial y subterránea** está a cargo de la Autoridad Nacional del Agua y se

---

<sup>89</sup> Uso consuntivo: por las características del proceso se producen pérdidas volumétricas del agua, determinadas por la diferencia del volumen de una cantidad determinada que se extrae menos una que se descarga. Uso no consuntivo: aquél en que no existe pérdida de agua, la cantidad que entra es la misma o proximadamente la misma, que termina con el proceso.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

aprueba por Resolución Jefatural, mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Agricultura se aprueba el valor de las **retribuciones económicas** (artículos 175 y 176). La forma de pago será de acuerdo al volumen de agua que se utilice durante un periodo anual calendario, de acuerdo a las formas siguientes: a) una vez al año cuando el periodo de uso sea inferior a un año; b) en forma mensual y según la cantidad de metros cúbicos de agua consumidos en el mes; c) según forma y plazos regulados por la Autoridad Nacional del Agua (artículo 178).

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

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

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

**8.1.** En mérito a la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Ejecutivo otorgada por la Ley N° 23230 (dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta) para derogar o modificar la legislación expedida a partir del tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, se emitió el Decreto Legislativo N° 148 sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima - Esal. En su artículo 1 estableció que las tarifas de agua subterránea para fines poblacionales e industriales para Lima y Callao serían

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

aprobadas por Decreto Supremo, a ello agregó que el recurso tributario sería administrado por la referida empresa; y, en su artículo 3 que la última instancia administrativa sería el Tribunal Fiscal. Acto seguido, se emitió el Decreto Supremo N°008-82-VI que aprobó la tarifa propuesta por Sedapal antes Esal.

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

**8.3.** De lo expuesto se aprecia con toda claridad que la sentencia de amparo se limita a impedir que Sedapal cobre en calidad de tributo, la tarifa por el uso de agua subterránea, sin embargo no le restringe su capacidad de hacer efectiva la retribución económica por el uso del agua, más aún si a tenor de lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, así como artículos 175 y 176 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

001-2010-AG, el pago de la retribución económica por el uso del agua superficial o subterránea es obligatorio para todos los usuarios como contraprestación por el uso del recurso.

**NOVENO: SOBRE LAS INFRACCIONES NORMATIVAS DENUNCIADAS EN CASACIÓN**

**9.1.** Sedapal denunció la infracción normativa del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres y del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, con el argumento de que la Sala Superior ha vulnerado el derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, pues ha omitido señalar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión respecto a la naturaleza tributaria de las aguas subterráneas, cuando el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338 establece que no es un tributo. Sobre el particular, debemos señalar que en la sentencia de vista para confirmar la sentencia apelada que declaró infundada la demanda, optó el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del diecisiete de agosto de dos mil diez, en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC, caso Jockey Club del Perú, que inaplicó el Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI por haber transgredido el Principio de Reserva de la Ley Tributaria, excediendo la norma autoritativa, para lo cual analiza todos los fundamentos de hecho y derecho respecto a la calidad tributaria de la tarifa por uso de agua subterránea, habiendo optado por un criterio similar al esgrimido en la sentencia del Tribunal Constitucional; en consecuencia, está justificada la decisión arribada por la Sala de mérito, no se ha vulnerado el derecho al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, por lo que, es adecuado declarar infundada esta infracción normativa denunciada.

**9.2.** La recurrente alega que la sentencia de vista no efectúa un análisis del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI, debido a que:  
**1)** Solamente examina si estas normas cumplen con el Principio de Reserva de Ley, dando por sentada la naturaleza tributaria del cobro por uso de aguas subterráneas, inaplicando la legislación sobre recursos hídricos que de manera

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

taxativa regula que la retribución económica percibida no constituye tributo; ni se consideró que el Tribunal Constitucional no declaró inconstitucionales al Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008 -82-VI, sino, por el contrario, consideró correcta la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012, que dejó sin efecto la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE girada por Sedapal en concepto de pago por uso de agua subterránea, asumiendo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N° 4899-2007-PA/T C y N° 1837-2009-PA/TC, bajo el argumento que si bien la tarifa de agua subterránea constituye un tributo, su norma de creación y su norma reglamentaria -Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI- vulneran el principio constitucional de reserva de ley al haber excedido los alcances de la delegación de facultades legislativas concedidas por Ley N° 23230; **2)** Tampoco se analizó que la tarifa de agua subterránea para Lima y Callao fue emitida gracias a la delegación de facultades otorgada por la Ley N° 23230 y que los conceptos de tributo surgieron posteriormente mediante el Decreto Supremo N° 135-99-EF.

**9.2.1.** Al respecto, advertimos que si bien es cierto, la sentencia de vista no analiza el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI, tampoco lo hace respecto del artículo 176 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos; por otro lado, debemos resaltar que el derecho al agua implica que todos debemos disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, el derecho al agua tiene categoría de garantía esencial para asegurar un nivel de vida adecuado, como condición fundamental para la supervivencia. No obstante ello, existen graves problemas con el agua, pues está distribuida desigualmente en el planeta, hay zonas donde abunda y otras donde escasea, la demanda crece aceleradamente, se hace dispendio en el uso del agua, lo cual ha producido un deterioro grave de su calidad debido a la contaminación y consiguiente escasez; razón por la cual se debe fomentar la ordenada integración de los recursos hídricos y su utilización eficaz a fin de reducir el número de personas que carecen de este recurso hídrico. Con tal finalidad, la Ley de Recursos Hídricos

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

N° 29338 regula el uso y gestión del agua, la califica como un recurso natural renovable, indispensable para la vida, seguridad de la nación, vulnerable, estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan; se caracteriza por ser de uso público, inalienable e imprescriptible; su administración se otorga y ejerce con arreglo al bien común, no admite propiedad privada sobre el agua, ha declarado de interés nacional y necesidad pública la gestión de este recurso con la finalidad de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

**9.2.2.** El agua es un recurso natural consagrado constitucionalmente, de patrimonio y soberanía del Estado, quien promueve su uso sostenible. Históricamente, todas las normas que regulan el uso del agua -incluida el agua subterránea- han establecido la obligatoriedad de un pago por parte de los usuarios, denominada primigeniamente tarifa por uso de agua y posteriormente retribución económica. Así lo recoge la Ley de Recursos Hídricos, Ley N°29338 al establecer que los titulares de los derechos están obligados a contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de retribución económica por el uso de agua, en efecto, la retribución económica por el uso del agua es el pago obligatorio que los usuarios deben abonar al Estado como prestación por el uso del recurso. El abono de la retribución económica con carácter obligatorio por parte de los usuarios, no solo contribuye al sostenimiento y eficiencia del recurso hídrico, sino también constituye una limitante al uso indiscriminado del agua, por lo tanto, limitar, restringir o prohibir su pago significaría vulnerar la Constitución y las leyes que protegen los recursos naturales y en especial el uso racional del agua.

**9.2.3.** Conforme lo anotamos en el considerando 8.2, el Tribunal Constitucional no ha proscrito la posibilidad de hacer efectivo el pago de la retribución económica por el uso del agua, únicamente ha prohibido cobrar con la calidad de recurso tributario por no reunir el valor correspondiente los presupuestos



**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

exigidos por el principio constitucional de reserva de ley y legalidad, entre otras, por consiguiente Sedapal se encuentra constitucional y legalmente facultada para cobrar retribución económica por el uso del agua subterránea por ser un recurso natural de patrimonio y soberanía del Estado, según la Ley de Recursos Hídricos N° 29338 es obligatorio su pago por parte de los usuarios. Cabe agregar que la Ley de Recursos Hídricos se encontraba vigente en el mes de setiembre del año dos mil once, oportunidad en que se emitió la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011-ESCE -obrante a fojas ciento cuarenta y siete- girada por el uso de agua subterránea que finalmente fue dejada sin efecto por la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 del tres de octubre de dos mil doce, la cual es materia de la demanda que instauró el presente proceso contencioso administrativo. En consecuencia, Sedapal tiene derecho y se encuentra autorizada para proceder a cobrar a la Universidad Nacional de Ingeniería la deuda por la retribución económica generada por el uso o extracción de agua subterránea del mes de setiembre del año dos mil once. Para que esta Sala Suprema declare tal derecho de la recurrente es imprescindible actuar en plena jurisdicción con arreglo al artículo 5 inciso 2 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584.

**9.2.4.** Finalmente, en mérito a las consideraciones expuestas concluimos que se debe pagar en forma obligatoria una retribución económica por la utilización de las aguas subterráneas, en tal sentido, para la resolución del presente conflicto jurídico, **no resulta necesario definir o establecer la naturaleza jurídica tributaria o no de la tarifa de agua subterránea**, en razón a que si bien a criterio del Tribunal Constitucional expresado en su jurisprudencia citada en el considerando 9.1. precedente, dicha tarifa es de orden tributario, también es verdad, que el propio Tribunal Constitucional ha concluido que la resolución de determinación puesta a cobro por Sedapal no está sustentada en norma que cumpla con los principios de reserva de ley, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y otros principios de rango constitucional; por el contrario, sí se cuenta con una norma legal vigente -Ley N° 29338- que dispone el pago

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

obligatorio en favor del Estado de la retribución económica por el uso del agua subterránea.

**9.2.5.** Por tales consideraciones, debemos declarar fundado este extremo del recurso de casación interpuesto por Sedapal, casar la sentencia de vista y actuando en sede de instancia revocar la sentencia apelada y reformándola declarar fundada la pretensión principal de la demanda, nula la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 y convalidar en todos sus efectos jurídicos la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE, a fin de que Sedapal pueda continuar con la cobranza únicamente como retribución económica del total de la deuda a la Universidad Nacional de Ingeniería generada por extracción o uso de agua subterránea correspondiente al mes de setiembre del año dos mil once.

**IV. DECISIÓN**

Por tales consideraciones, **MI VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal, de fecha cinco de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho; por la infracción normativa por **inaplicación del artículo 176 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG** ; en consecuencia: **SE CASE** la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y uno; y **actuando en sede de instancia, SE REVOQUE** la sentencia apelada de fecha veinticuatro de octubre dos mil trece, obrante a fojas trescientos setenta y seis, que declaró infundada la demanda y **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA**; en consecuencia **NULA** la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 de fecha tres de octubre de dos mil doce; **SUBSISTENTE** la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE de fecha seis de octubre de dos mil once; debiendo el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL proseguir con la cobranza de la retribución económica por la extracción y uso de aguas subterráneas por parte de la Universidad Nacional de Ingeniería. se **DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

seguidos por Sedapal contra el Tribunal Fiscal y otro, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; y se devuelva. **Juez Supremo Vinatea Medina.**

**S.S.**

**VINATEA MEDINA**

**TOLEDO TORIBIO**

*Nso/bma*

**EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO LAMA MORE, ES  
COMO SIGUE:-----**

**1) MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, ***Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal***, de fecha cinco de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número dieciséis, de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y uno, que confirmó la sentencia apelada contenida en la resolución número nueve, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, obrante de fojas trescientos setenta y seis, que declaró infundada la demanda de impugnación de resolución administrativa.

**2) CAUSALES DEL RECURSO:**

Mediante resolución de fecha cuatro de diciembre de dos mil quince, obrante a fojas ochenta y siete del cuadernillo de casación formado en esta Sala Suprema, este

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

Tribunal ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal, por las causales de: **a) infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y Decreto Supremo N° 008-82-VI; y, b) infracción normativa de I derecho a un debido proceso, previsto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado y el artículo 122° numeral 3) del Código Procesal Civil.**

**3) CONSIDERANDO:**

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

**SEGUNDO: Antecedentes administrativos.**

De lo actuado en autos, se advierte lo siguiente:

2.1 Mediante Resolución de Determinación N° 2401181 00013858-2011/ESCE, del veintinueve de setiembre de dos mil once, notificada a la codemandada Universidad Nacional de Ingeniería – UNI, el seis de octubre de dos mil once, de fojas ciento sesenta y nueve, se estableció como monto adeudado a Sedapal por concepto de Extracción de Agua Subterránea Decreto Legislativo N° 148, por el mes de setiembre de dos mil once, la suma de trece mil doscientos sesenta y ocho con 38/100 nuevos soles (S/.13,268.38).

2.2 Por escrito, de fecha tres de noviembre de dos mil once, de fojas ciento treinta y tres, la Universidad Nacional de Ingeniería interpuso recurso de reclamación contra la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2 011/ESCE.

2.3 A través de la Resolución de Gerencia General N° 036-2012-GG, del trece de enero de dos mil doce, de fojas ciento diecisiete, se declaró infundado el recurso de

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

reclamación interpuesto contra la Resolución de Determinación citada anteriormente.

2.4 Mediante el escrito de fecha tres de febrero de dos mil doce, de fojas ochenta y siete, la Universidad Nacional de Ingeniería interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución de Gerencia General N°036- 2012-GG.

2.5 Por medio del Acuerdo de Directorio N°046-007- 2012 del cuatro de abril de dos mil doce, de fojas sesenta y ocho, se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia General N°036-2012-GG.

2.6 A través del escrito del veintidós de mayo de dos mil doce, de fojas veintidós, la Universidad Nacional de Ingeniería interpuso recurso de apelación en contra del Acuerdo de Directorio N°046-007-2012.

2.7 Mediante Resolución del Tribunal Fiscal N° 1644 7-10-2012 del tres de octubre de dos mil doce, de fojas diez, se revocó el Acuerdo N°046-007-2012, del cuatro de abril de dos mil doce, y la Resolución de Gerencia General N° 036-2012-GG, del trece de enero de dos mil doce, y dejó sin efecto la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE.

**TERCERO: Objeto del proceso.**

**a) Demanda:** Por escrito del diecisiete de enero del dos mil trece, de fojas ciento ochenta y seis, Sedapal interpuso demanda contencioso administrativa planteando como pretensión principal que se declare la nulidad total del acto administrativo contenido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 1 6447-10-2012, y, como pretensión accesoria, que se restituya en todos sus efectos jurídicos la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE. Como fundamentos de su demanda señaló: **1)** Que la citada Resolución del Tribunal Fiscal adolece de vicio de nulidad al contravenir el artículo 3° numeral 3) concordante con el artículo 5° inciso 5.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, debido a que el Tribunal Fiscal ha demostrado marcada parcialidad al cautelar el interés particular de la Universidad Nacional de Ingeniería y no una finalidad pública; **2)** la resolución impugnada contraviene el artículo 66° de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 1°, 2°, 3° y 20° de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales - Ley N° 26821, los artículos 1°, 2°, 90° y la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

Recursos Hídricos - Ley N° 29338; y, los artículos 4°, 5°, 6° y 7° inciso 7.1) de la Ley General del Ambiente - Ley N° 28611, conforme a las cuales se estableció la naturaleza jurídica de las aguas como patrimonio de la Nación y que es el rol del Estado ser el regulador de su aprovechamiento sostenible y de su recuperación; **3)** en la resolución impugnada se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para inaplicar el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI, considerándolos inconstitucionales; sin embargo, no toma en cuenta el bloque de constitucionalidad relacionado con el régimen para el aprovechamiento de las aguas subterráneas como recurso natural, tampoco busca un sentido interpretativo que pueda salvar la supuesta inconstitucionalidad, habiendo analizado únicamente el artículo 74° de la Constitución Política del Estado referido a los Principios de Legalidad y Reserva de Ley Tributaria; y, **4)** se ha omitido un examen sobre la naturaleza de la "Tarifa de Agua Subterránea", que es esencialmente un recurso financiero del Estado, que se obtiene por la explotación de recursos naturales, orientado en este caso a financiar las actividades de Sedapal para la preservación y conservación de los acuíferos de Lima y Callao, y no por la prestación de un servicio público, que es el supuesto básico de una tasa.

**b) Contestación de la demanda:** Mediante escrito del veintisiete de marzo de dos mil trece, de fojas doscientos sesenta y ocho, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, contestó la demanda señalando que Sedapal alega que el Tribunal Fiscal debió observar determinadas reglas para efectuar el "control difuso" del Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI, establecidos en los precedentes de observancia obligatoria de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 3741-2004-AA/TC y N° 00008-2010-PI/TC, como son: (1) Que el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro del procedimiento administrativo; (2) que dichas normas no puedan ser interpretadas de conformidad con la Constitución actual de mil novecientos noventa y tres; y, (3) al momento de apreciar los supuestos vicios de inconstitucionalidad se debe reconocer el "bloque de constitucionalidad" entendido como el conjunto de disposiciones constitucionales e infraconstitucionales relacionadas directamente con el régimen para el aprovechamiento de las aguas subterráneas como recurso natural. Agrega el codemandado que, se debe tomar en consideración que si bien

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

el Tribunal Constitucional consideró que la Tarifa de Agua Subterránea constituye un derecho cuyo hecho generador es la utilización de un bien público, esto es, el agua; sin embargo, dicho tributo (tarifa de agua subterránea) no ha sido creado conforme a ley, es decir, acorde al Principio de Reserva de Ley recogido en el artículo 74° de la Constitución Política. Por su parte, la codemandada Universidad Nacional de Ingeniería, a través de su escrito, de fecha tres de abril de dos mil trece, obrante a fojas trescientos seis, contesta la demanda señalando que la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 resolvió el recurso administrativo originado a partir del cobro que realizó Sedapal por un tributo de agua subterránea cuya exigencia de pago es inconstitucional; asimismo, indica que el mencionado Tribunal acogió sus fundamentos en el sentido que el cobro del Tributo por el uso de aguas subterráneas en la circunscripción de Lima y Callao, es inconstitucional por vulnerar el Principio de Reserva de Ley, más aún, la resolución administrativa impugnada se encuentra debidamente motivada, estando sus fundamentos adecuados y suficientemente explicados.

**CUARTO:** Como puede apreciarse, la finalidad de este proceso es determinar si la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012, del tres de octubre del dos mil doce, ha incurrido en causal de nulidad, y de ser ello así, establecer si deben restituirse los efectos jurídicos de la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE, que fijó el adeudo de la parte codemandada Universidad Nacional de Ingeniería por concepto de extracción de agua subterránea, por el mes de setiembre de dos mil once, en la suma de trece mil doscientos sesenta y ocho con 38/100 nuevos soles (S/.13,268.38).

**QUINTO: Pronunciamiento de las instancias.**

**a) Sentencia de primera instancia:** Mediante sentencia contenida en la resolución número nueve, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, de fojas trescientos setenta y seis, se declaró infundada la demanda, señalándose como fundamentos, que el Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 008-82-VI, no se aprobaron de conformidad con los principios constitucionales tributarios, específicamente, en lo que al Principio de Reserva de Ley se refiere, al considerarse que el derecho de aguas subterráneas es un

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

derecho-tasa, por ende, debió cumplir con la exigencia de los elementos esenciales del tributo (los sujetos, el hecho imponible y la alícuota a la norma reglamentaria) y configurarse de manera clara en una norma de rango legal para su plena vigencia, circunstancia que fue analizada por el Tribunal Constitucional en los fundamentos veintidós y veintitrés de la sentencia recaída en el Expediente N° 04899-2007-PA/TC. Agrega el Juez que, en este caso, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012 resolvió dejar sin efecto la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE porque estaba sustentada en una norma que fue declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional, al concluir que en la regulación de la tarifa de uso de agua subterránea se ha incurrido en vulneración del señalado Principio.

**b) Sentencia de segunda instancia:** La Sala Superior, a través de la sentencia de vista contenida en la resolución número dieciséis, de fecha catorce de julio de dos mil catorce, que corre en fojas cuatrocientos noventa y uno, procedió a confirmar la sentencia apelada que declaró infundada la demanda, mencionando como fundamentos que la decisión adoptada por el Tribunal Fiscal obedece a la fuerza vinculante que poseen las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, acorde con lo prescrito por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aplicando para tal efecto el criterio esgrimido en la sentencia recaída en el Proceso de Amparo del Expediente N° 4899-2007 -PA/TC, en cuya virtud se inaplica el Decreto Legislativo N° 148, en cuanto a la tarifa de uso de agua subterránea se refiere, así como el Decreto Supremo N° 008-82-VI, pues en la regulación de dicha tarifa se ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, al transgredir ambas normas el Principio Constitucional de Reserva de Ley Tributaria, pues si bien es cierto que a través de la Ley N° 23 230 se delegó al Poder Ejecutivo la facultad de expedir Decretos Legislativos sobre legislación tributaria, entre otras materias, no es menos verdad que esta norma autoritativa no previó de manera expresa la facultad otorgada para crear nuevos tributos.

**SEXTO: Planteamiento del problema.**

De acuerdo a las causales por las que se ha declarado procedente el recurso de casación del demandante Sedapal, se advierte que el problema a resolver es



**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

determinar si al emitirse la sentencia recurrida se ha verificado la infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI, así como del derecho a un debido proceso, previsto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Perú y el artículo 122° numeral 3) del Código Procesal Civil.

**SÉPTIMO: Solución del caso.**

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

**OCTAVO: Con relación a la infracción normativa del derecho a un debido proceso, previsto en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Perú y el artículo 122° numeral 3) del Código Procesal Civil;** corresponde señalar, que el en citado artículo de la Carta Fundamental, se reconoce a todo ciudadano el derecho a un debido proceso y a la tutela judicial efectiva; de esta última figura constitucional se reconoce, por autorizada doctrina constitucional como uno de sus elementos, el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de proceso; es decir, una respuesta fundada en Derecho, conforme a lo establecido en el artículo 139° numeral 5) de la Carta Magna, concordante con el artículo 122° numeral 3) del Código Procesal Civil. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en atención a los términos previstos en las citadas normas constitucionales, garantiza que los Jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se haga con sujeción a la Constitución Política y a la Ley. En ese sentido, debe verificarse la observancia del Principio de Congruencia en las resoluciones judiciales, el cual constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida, impidiéndosele fallar sobre puntos que no han sido objeto de litigio.

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

8.2 En su recurso de casación, el demandante señala que la sentencia emitida por la Sala Superior ha afectado su derecho a la debida motivación<sup>90</sup>, por haber incurrido en defectos de motivación aparente e insuficiente.

---

<sup>90</sup> **En la sentencia recaída en el Expediente N° 3943-2006-PA/TC**, de fecha once de diciembre de dos mil seis, el Tribunal Constitucional, ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación queda delimitado en los siguientes supuestos: *“a) Inexistencia de motivación o motivación aparente; b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente incapaz de transmitir de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa; c) Deficiencia en la motivación externa: justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez o eficacia jurídica; d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo; e) La motivación sustancialmente incongruente, El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del*

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

8.2.1 Con relación a la motivación aparente, el recurrente alega que la Sala Superior no ha respondido a lo actuado en el presente proceso, pues ha asumido la naturaleza tributaria del pago por el uso de las aguas subterráneas, sin exponer sus fundamentos de hecho y derecho, y sin considerar, que la legislación sobre Recursos Hídricos señala taxativamente que no es un Tributo. Al respecto, corresponde indicar, que si bien la Sala Superior no hace un análisis propio respecto a cómo determina que el cobro por uso de aguas subterráneas es de naturaleza tributaria; sin embargo, ello se explica porque ha basado su argumentación en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4899-2007-PA/TC, en la que se estableció que la Tarifa por uso de aguas subterráneas contenida en el Decreto Legislativo N° 148 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-82-VI, es de naturaleza tributaria, es decir, hace una motivación por remisión<sup>91</sup>. Más aún, de su escrito de apelación de fojas trescientos noventa y dos, no se advierte que este punto haya sido precisado claramente como agravio conforme lo exige el artículo 366° del Código Procesal Civil<sup>92</sup>, por lo que, no era exigible pronunciamiento al respecto por parte del Colegiado revisor<sup>93</sup>. Consecuentemente, se concluye que la sentencia de vista no ha incurrido en defecto de motivación aparente.

8.2.2 Con relación a la motivación insuficiente, el recurrente alega que la decisión adoptada por la Sala Superior no se encuentra justificada, reiterando que la misma se basa en sentencias del Tribunal Constitucional para afirmar que el cobro por uso

---

*derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)".*

<sup>91</sup> **Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 1291-2000-AA/TC**, del seis de diciembre del dos mil uno. "2. (...) La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión".

<sup>92</sup> **Código Procesal Civil. Artículo 366.-** El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria

<sup>93</sup> "El Juez de apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*". Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo - BUenos Aires 2005. 4ta. Edición. P. 300.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

del agua subterránea es de naturaleza tributaria, y no toma en cuenta la Ley de Recursos Hídricos emitida con posterioridad, que no lo considera tributo. Sobre este punto, corresponde señalar, que si bien no se aprecia que la Sala Superior haya evaluado la citada norma en el sentido indicado, ello se debe a que, según su criterio -mencionado en el punto anterior, no está en duda para dicho Colegiado la naturaleza tributaria del pago. Por otra parte, el actor alega que tampoco se ha valorado que el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-VI no fueron declarados inconstitucionales. Al respecto, debe señalarse que no es una omisión que configure un supuesto de motivación insuficiente, pues en su quinto considerando el Colegiado Superior señaló que la decisión emitida por el Tribunal Fiscal, aplica el criterio contenido en la Sentencia N° 4899-2007-PA/TC en cuya virtud se inaplica las citadas normas por haber incurrido en un vicio de inconstitucionalidad.

8.3 De lo hasta aquí expuesto, se concluye que la sentencia recurrida contiene la suficiente justificación fáctica y jurídica de la decisión adoptada, ya que se ha partido del examen de la naturaleza de la pretensión, y luego de la valoración conjunta de los recaudos probatorios, se ha concluido según su criterio que la demanda es infundada, exponiendo las razones de hecho y de derecho que ha considerado pertinentes. En tal sentido, la sentencia recurrida, se encuentra debidamente motivada, no evidenciando los vicios de motivación aparente o insuficiente que fueron alegados por Sedapal, consideraciones por las cuales resulta infundado el recurso de casación respecto a las causales procesales denunciadas.

**NOVENO:** Con relación a la infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI; en principio corresponde señalar que el recurrente alega que la resolución impugnada no analiza la vigencia de dichas normas, solo examina si estas cumplen con el Principio de Reserva de Ley, dando por sentada la naturaleza tributaria del cobro por uso de aguas subterráneas.

**Secuencia normativa del pago por el uso de aguas subterráneas.**

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

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

9.2 Luego, por Ley N° 23230<sup>95</sup> publicada el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta, y bajo la vigencia de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, se autorizó al Poder Ejecutivo a modificar la legislación, entre otros temas, sobre materia tributaria. Así, se expidió el Decreto Legislativo N° 148, a través del cual se dispuso en su artículo 1°<sup>96</sup>, que las tarifas

---

<sup>94</sup> **Constitución Política de 1933. Artículo 37.-** Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.

<sup>95</sup> **Ley N° 23230** publicada el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta. **Artículo 1.-** Autorízase al Poder Ejecutivo para que de conformidad con el Artículo 188 de la Constitución y por el término de 180 días derogue o modifique la legislación expedida a partir del 3 de Octubre de 1968, sobre las siguientes materias: Códigos Penales y de Justicia Militar, Código de Procedimientos Civiles y Penales, Código Tributario, Código de Comercio, Código Sanitario, Ley General de Minería, Ley de Sociedades Mercantiles, Decretos Leyes sobre organización, competencia y funcionamiento de la Presidencia de la República, Primer Ministro y los Ministerios, así como el Decreto Ley N° 18876, y el correspondiente al SINADI, y los que legislen sobre las Instituciones, Organismos Descentralizados y Empresas Públicas dependientes de esos sectores, excepto las Instituciones a las que la Constitución ha dado carácter autónomo; y las comprendidas en la Décima Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

<sup>96</sup> **Decreto Legislativo N° 148** publicado el quince de junio de mil novecientos ochenta y uno. **Artículo 1°** Las tarifas de agua subterránea, con fines poblacionales e industriales, en la circunscripción comprendida dentro de las provincias, de Lima y Constitucional del Callao,

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

por agua subterránea serían aprobadas por Decreto Supremo, considerándose a las mismas como un **recurso tributario** que será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima (hoy Sedapal), constituyendo ingresos propios de esta; y en mérito a ello se emitió el Decreto Supremo N° 008-82-VI que fijó la tarifa mencionada<sup>97</sup>, precisando en su artículo 2° que el monto de la misma se calculará por metro cúbico de agua consumida y medida cada mes.

9.3 Si bien el Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, fue derogado por la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, del treinta y uno de marzo de dos mil nueve, esta última Ley consideró al pago por el uso del agua (incluida la subterránea) como una retribución económica (artículos 90° y 91°<sup>98</sup>). Sin embargo, en su Octava Disposición Complementaria y Final señala, que las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente. En ese sentido, siendo que en el presente caso, fue a través del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 021-81-VC<sup>99</sup> que se dispuso reservar las aguas subterráneas de los acuíferos 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.

<sup>97</sup> **Decreto Supremo N° 008-82-VI** publicado el cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos. **Artículo 1.-** Las personas naturales o jurídicas que con fines de consumo doméstico, comercial o industrial utilicen agua extraída mediante pozos tubulares, en la jurisdicción comprendida dentro de las provincias de Lima y Constitucional del Callao, abonarán por este concepto un monto equivalente al 20% de las tarifas de agua que, para estos fines, SEDAPAL tenga establecidas para los servicios de agua conectados al sistema que administra.

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

<sup>98</sup> **Ley N° 29338. Artículo 90.-** Retribuciones económicas y tarifas. Los titulares de los derechos de uso de agua están obligados a contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de lo siguiente:

1. Retribución económica por el uso del agua;  
(...)

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

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

<sup>99</sup> Publicada el veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y uno.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

en favor de la Empresa de Saneamiento de Lima (hoy Sedapal), disposiciones que fueron emitidas bajo la vigencia de lo establecido por el Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, por lo que, debe concluirse que para Lima y Callao, la regulación normativa descrita en los puntos 9.1 y 9.2 continuó vigente en lo referido a la obligación de pago por el uso del agua subterránea.

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

**Antecedentes jurisprudenciales.**

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

---

<sup>100</sup> **Decreto Legislativo N° 1185. Única Disposición Complementaria Derogatoria.-** Derogación expresa. Deróganse expresamente los dispositivos siguientes:

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

(...).

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

**Sobre el Uso de las Aguas Subterráneas como Recurso Natural.**

9.6 Siendo que el uso del agua subterránea, constituye propiamente la explotación de un recurso natural, corresponde señalar aquellas disposiciones de rango legal y constitucional que establecen la obligación de pago por dicho uso. Así, de conformidad con el artículo 66° de la Constitución Política del Perú: *"Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares (...)"*, de ahí que el Estado está facultado para exigir un cobro por la explotación de un recurso natural. Más aún, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N° 26821<sup>101</sup>, establece en su artículo 20° que: *"Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales. El canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por sus leyes especiales"*.

9.7 La Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338<sup>102</sup> establece, entre otras disposiciones, que el agua es un recurso renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, es patrimonio de la Nación y su uso público, solo puede ser otorgado y ejercido en armonía con el bien común<sup>103</sup>. Si bien la citada Ley ha derogado<sup>104</sup> la antigua Ley de Aguas, Decreto Ley N°

---

<sup>101</sup> Publicada el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete.

<sup>102</sup> Publicada el treinta y uno de marzo del dos mil nueve.

<sup>103</sup> **Ley N° 29338. Artículo 1.-** El agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación.

**Artículo 2.- Dominio y uso público sobre el agua.** El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

<sup>104</sup> **Ley N° 29338. DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA. ÚNICA.-** Disposición derogatoria. **Deróganse el Decreto Ley N° 17752**, la tercera disposición complementaria y transitoria del Decreto Legislativo N° 1007, el Decreto Legislativo N° 1081 y el Decreto Legislativo N° 1083; así como todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.



**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

17752; sin embargo, conserva una disposición similar a la contenida en esta respecto a la retribución económica por el uso del agua en sus artículos 90° y 91° (citados en el punto 9.3), considerándola como el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios del agua como contraprestación por el uso del recurso. En ese sentido, esta obligación se mantiene vigente.

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

9.9 Por ello, el uso responsable de estos recursos implica un costo que debe ser asumido por quien lo utiliza, pues mediante ese pago se pueden disponer de los fondos necesarios para su protección. Por el contrario, con la sentencia recurrida se dejaría desprotegida a la sociedad frente a la extracción de recursos naturales, que son patrimonio de la Nación, de acuerdo al artículo 66° de la Constitución Política del Perú<sup>106</sup>. Por otra parte, si bien se puede cuestionar la naturaleza del pago, e incluso hasta la determinación del monto a cobrar por su utilización, no es posible aceptar que no se cobre nada por la utilización de recursos naturales, cuya propiedad recae en la Nación, siendo obligación de todos conservarlos

---

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

<sup>106</sup> **Artículo 66.-** Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

debidamente no solo para el beneficio de la colectividad en el momento actual, sino para el de las futuras generaciones. El no cobro de la contraprestación por el uso de agua subterránea es un contrasentido dentro de la lógica de la explotación responsable de los recursos naturales y la política de preservación de las reservas de estos recursos.

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

---

<sup>107</sup> **Sentencia del Tribunal Constitucional N° 5854-2005-AA/TC, del ocho de noviembre de dos mil cinco. 4. Principios de interpretación constitucional. 12.** Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

- a) *El principio de unidad de la Constitución*<sup>107</sup>: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) *El principio de concordancia práctica*<sup>107</sup>: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

**Análisis de la Resolución del Tribunal Fiscal.**

9.11 Del tenor de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012, de fecha tres de octubre de dos mil doce, que es objeto de cuestionamiento en el presente proceso, se advierte que su argumentación se circunscribe a la cita de los fundamentos de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Expediente N° 4899-2007-PA/TC, publicada el diecisiete de agosto de dos mil diez, contra Sedapal y en la que se solicitó la inaplicación del Decreto Legislativo N° 148, así como del Decreto Supremo N° 008-82-VI.

9.12 Ello se evidencia cuando el Tribunal Fiscal señaló que: *"el citado Tribunal [Constitucional] ha indicado que de una revisión de la Ley N° 23230, se aprecia que se autorizó al Poder Ejecutivo para que dicte las normas relativas a la Ley General de Endeudamiento Público Externo, Legislación Tributaria y Perfeccionamiento de la Ley General de Cooperativas N° 15260, entre otras, sin que dicha ley haya previsto de manera expresa facultades para crear nuevos tributos. Asimismo, luego de analizar el propio Decreto Legislativo N° 148, ha concluido que este no cumple el principio de reserva de ley por no establecer todos los elementos esenciales del tributo, tales como los sujetos, el hecho imponible y la alícuota, los cuales fueron establecidos por la norma reglamentaria (Decreto Supremo N° 008-82-VI)".* Concluye que, *"(...) en consecuencia, siendo que el valor impugnado se encuentra sustentado en las normas que han sido inaplicadas por el Tribunal Constitucional, corresponde revocar el acuerdo y resolución de gerencia general (...) y dejarlo sin efecto".*

---

principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

- c) *El principio de corrección funcional*<sup>107</sup>: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- d) *El principio de función integradora*<sup>107</sup>: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*<sup>107</sup>: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

**SENTENCIA**  
**CAS. N°11961- 2014**  
**LIMA**

9.13 En tal sentido, se debe concluir que al emitirse la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012, no se ha tenido en consideración todas las disposiciones normativas aplicables al caso, pues, teniendo en cuenta que es objeto de cobro el pago por el uso del agua subterránea correspondiente al mes de setiembre de dos mil once, conforme a la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE, de fojas ciento sesenta y nueve, debió fundamentar el análisis de dicha obligación, bajo los alcances de las normas que estuvieron vigentes en dicha fecha. Sin embargo, sus fundamentos están referidos solo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 4899-2007-PA/TC, en un caso diferente, respecto a la inaplicación en ese caso concreto del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI, prescindiendo de analizar otras normas pertinentes como la Ley General de Aguas - Decreto Ley N° 17752, el Decreto Supremo N° 021-81-VC y la Octava Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29338 - Ley de Recursos Hídricos, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, esta última que ya se encontraba vigente al mes de setiembre de dos mil once, periodo objeto de cobro por concepto de uso de aguas subterráneas.

9.14 Tampoco consideró las demás disposiciones Constitucionales y Legales que resultan relevantes para resolver el presente caso, referidas a la obligación de pago por el uso de aguas subterráneas, por constituir la explotación de un recurso natural, normas que han sido descritas en los puntos 9.5 a 9.9 de la presente resolución, y que deben ser interpretadas y valoradas de manera sistemática, a fin de dar debida protección a los valores constitucionales involucrados sobre protección del medio ambiente y de los recursos naturales. Consecuentemente, al no haberse advertido dichas omisiones del Tribunal Fiscal, al momento de emitirse la recurrida, se ha verificado la infracción normativa del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82-VI, pues no fueron analizados de forma concordante y sistemática con las demás disposiciones aplicables, debiéndose por tanto declarar fundado el recurso.

**DÉCIMO:** En tal sentido, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012, del tres de octubre de dos mil doce, que es objeto de impugnación a través del

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

presente proceso, carece de una motivación suficiente, pues ha omitido considerar, como se ha indicado, todo el marco normativo vigente a la fecha de determinación de la obligación puesta a cobro, así como las normas de relevancia constitucional que debieron ser observadas, relativas a la conservación de los recursos naturales, específicamente, de los recursos hídricos, habiendo centrado su análisis en la aludida inobservancia del Principio de Reserva de Ley Tributaria, del Decreto Legislativo N° 148 y del Decreto Supremo N° 008-82- VI, y únicamente en base a los fundamentos del Tribunal Constitucional emitidos en la Sentencia N° 4899-2007- PA/TC, publicada el diecisiete de agosto de dos mil diez, sin observar todo el escenario normativo vigente en el periodo materia de cobro en este caso, así como, el origen de la obligación de pago por el uso de agua subterránea, que como se ha señalado en el punto 9.1 de la presente resolución, se produjo a partir de la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, por lo que se encuentra incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 10° numeral 1) de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, debiendo, por tanto, declararse nula la citada resolución y disponerse que el Tribunal Fiscal emita nuevo pronunciamiento. Por tal motivo, además, no resulta atendible, por ahora, la pretensión accesoria de restitución de vigencia de la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE.

**4) DECISIÓN:**

Por estas consideraciones: **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal**, de fecha cinco de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho; en consecuencia, se **CASE** la sentencia de vista contenida en la resolución número dieciséis, de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos noventa y uno; **y actuando en sede de instancia**, se **REVOQUE** la sentencia apelada contenida en la resolución número nueve, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, obrante de fojas trescientos setenta y seis, que declaró infundada la demanda de impugnación de resolución administrativa; y **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA EN PARTE** la demanda, por ende, se declare **NULA** la Resolución del Tribunal Fiscal N° 16447-10-2012, de fecha tres de octubre de dos mil doce, se

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 11961- 2014**  
**LIMA**

**ORDENE** que el codemandado Tribunal Fiscal emita nueva resolución administrativa teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en la presente resolución; e **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a la pretensión accesorio de restitución de los efectos jurídicos de la Resolución de Determinación N° 240118100013858-2011/ESCE, del veintinueve de setiembre de dos mil once; en los seguidos por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal contra el Tribunal Fiscal y la Universidad Nacional de Ingeniería – UNI, sobre proceso contencioso administrativo; se **DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; y se **devuelva. Juez Supremo: Lama More.-**

**S.S.**

**LAMA MORE**

*Evr/Oaa*