

**RESPECTO AL EXPEDIENTE DE HECHOS PRELIMINAR ELABORADO POR LA
SECRETARÍA PARA LAS SOLICITUDES SOBRE ASUNTOS DE CUMPLIMIENTO
AMBIENTAL –SACA-SEEM/PE/002/2019**

POSICIÓN DEL GOBIERNO PERUANO

Mediante el presente documento, el Gobierno del Perú presenta sus comentarios al **Expediente de Hechos Preliminar Revisado** (en adelante, **Expediente de Hechos**) enviado el 22 de agosto de 2022 al Consejo de Asuntos Ambientales (en adelante, **CAA**) correspondiente a la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019 (en adelante, **la solicitud**).

Sobre el particular, procedemos a presentar comentarios sobre la certeza del Expediente de Hechos dentro del plazo establecido en el numeral 5 del artículo 18.9 del Acuerdo de Promoción Comercial (en adelante, **APC**) Perú – Estados Unidos, para lo cual, de manera preliminar, reiteramos lo señalado en los documentos presentados por el Gobierno del Perú el **1 de junio de 2020**, el **12 de febrero** y el **21 de octubre de 2021**. En los referidos documentos el Gobierno del Perú ha expuesto los argumentos que sustentan que la solicitud no cumple *in limine* con los requisitos establecidos en el APC para su admisión, ni para que se requiera una respuesta y tampoco se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos.

De acuerdo a lo indicado, procedemos a pronunciamos seguidamente respecto a la certeza del Expediente de Hechos alcanzado por la **Secretaría para las Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento Ambiental** (en adelante, **la Secretaría**):

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de julio de 2019, cinco personas de nacionalidad peruana (en adelante, **los solicitantes**) presentaron una solicitud a la Secretaría, en la cual, alegaron que el Gobierno peruano no ha aplicado efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694, “*Ley que regula el contenido de azufre en el combustible diésel*”¹, y, por tanto, incurre en la falta de aplicación de la “*legislación ambiental*”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18.1 del APC.
2. El 18 de octubre de 2019, la Secretaría emitió la Determinación SACA – SEEM/PE/002/2019/D1, en la que se indicó que la solicitud invoca la falta de aplicación de la legislación ambiental de una Parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.8 (1) del APC. Asimismo, se señaló que la solicitud cumple con los requisitos de admisibilidad contenidos en el artículo 18.8 (2) del APC.
3. Con fecha 2 de abril de 2020, mediante Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D2, la Secretaría tras examinar la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, y en virtud del artículo 18.8 (4) del APC, consideró que la solicitud ameritaba una respuesta del Gobierno peruano.
4. Con fecha **1 de junio de 2020**, el Gobierno peruano remitió un escrito de respuesta a la Secretaría de acuerdo a lo requerido mediante Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D2, en el cual presentó, entre otros, los siguientes argumentos:

¹ El artículo 3 de la Ley N° 28694 objeto de cuestionamiento en la referida solicitud establece lo siguiente: “**Artículo 3.- Medidas tributarias de promoción de combustibles limpios** Gradualmente, a partir del 1 de enero de 2008, se determinará el Impuesto Selectivo al Consumo a los combustibles, introduciendo el criterio de proporcionalidad al grado de nocividad por los contaminantes que éstos contengan para la salud de la población. Para tal efecto, el Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Consejo Nacional del Ambiente - CONAM, aprobarán anualmente los índices de nocividad relativa que serán utilizados. Esta reestructuración deberá realizarse de forma gradual hasta el 1 de enero de 2016 como máximo, fecha en que la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad.”

- a) La solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad concurrentes establecidos en el artículo 18.8 (2) del APC. En efecto, la comunicación adjunta en la solicitud remitida al Congreso de la República no ha sido dirigida a la institución relevante, conforme al literal e) del párrafo 2 del artículo 18.8 del APC, en la medida que el Congreso de la República no es la entidad competente, correspondiendo más bien que el asunto materia de la solicitud haya sido informado al Ministerio del Ambiente (MINAM) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) como entidades competentes del Poder Ejecutivo, y por ende, entidades relevantes para efectos del APC.
 - b) El Gobierno peruano ha cumplido con aplicar el artículo 3 de la Ley N° 28694, no existiendo el daño alegado en la solicitud; en consecuencia, no se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos.
 - c) No debe realizarse una interpretación aislada del artículo 3 de la Ley N° 28694 y su aplicación. La norma se ha cumplido cabalmente desde su dación. Específicamente, el Índice de Nocividad (INC) para el periodo 2018 – 2019 se encontraba vigente y fue considerado, entre otros, como criterio para la determinación del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC).
5. El 30 de julio de 2020, la Secretaría remitió a las Partes la Notificación SACA-SEEM/PE/002/2019/N1, de conformidad con el artículo 18.9 (1) del APC, en la cual considera que la solicitud justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos, en virtud a los siguientes argumentos:
- a) La Secretaría considera que sí se ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 18.8 (2) literal (e) del APC, ya que la comunicación presentada al Congreso puede ser compartida sin problema alguno a través de los mecanismos internos del propio Estado peruano.
 - b) La Secretaría señala que el literal (a) del artículo 18.8 (4) del APC no determina que es necesario delimitar el daño únicamente a los solicitantes. Asimismo, no establece qué tipo de daño se debe alegar. Por ello, que se trate de un daño “difuso, general e intergeneracional” no deslegitima en absoluto a la solicitud.
 - c) La Secretaría considera que el Gobierno peruano no ha implementado de manera efectiva el artículo 3 de la Ley N° 28694 sobre la aprobación anual de los índices de nocividad para los combustibles.
 - d) La parte final del artículo 3 de la Ley N° 28694, establece que al 2016 la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad. En este sentido, sostiene que el ISC no es el único tributo que grava a los combustibles, por lo que debe analizarse si estos otros tributos, como el impuesto general a las ventas, el impuesto al rodaje y los aranceles aplicables a las importaciones, han sido considerados en la reestructuración a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley N° 28694.
6. El 1 de octubre del 2020, el Departamento de Estado de Estados Unidos y la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos instruyeron a la Secretaría a desarrollar un Expediente de Hechos para la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18.9 (2) del APC.
7. El **12 de febrero de 2021**, el Gobierno peruano envió una comunicación a la Secretaría, que incluye además de los argumentos vertidos en su respuesta de fecha 1 de junio de 2020 información relevante y útil para la consideración de la Secretaría, en línea con lo expresado en el APC (el artículo 18.9.4, es claro al establecer que, al preparar un expediente de hechos, la Secretaría considerará cualquier información suministrada por una Parte); no obstante ello, la Secretaría consideró sin asidero alguno que dicha comunicación del Perú excede el alcance del proceso previsto en el APC, menoscabando de este modo el legítimo derecho de defensa de una Parte y, por ende, afectando gravemente el debido proceso pues la información proporcionada por el Gobierno peruano no estaría siendo tomada en cuenta a pesar que este procedimiento no ha concluido. En dicho documento se pueden extraer los siguientes puntos principales:

- a) La solicitud no cumple con los requisitos previstos en el APC, en la medida que ésta no fue remitida a la entidad relevante (los Ministerios competentes, sino al Congreso de la República), por lo que no cabe interpretación distinta a lo que establece el APC.
 - b) Conforme a los términos previstos en el APC, se debe invocar un daño real, en el presente caso, los solicitantes no han acreditado tal daño. Sin ningún sustento y sin evaluar los cuestionamientos del Gobierno peruano sobre la presunta prueba de daño presentada por los solicitantes, se da por cumplido este requisito previsto de manera expresa en el APC.
 - c) Para la determinación del ISC a los combustibles se considera en su evaluación el índice de nocividad (INC), el cual coadyuva a estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, independientemente del monto que se pueda establecer como base.
 - d) El Gobierno peruano no ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, teniendo en consideración que para los otros años se ha tomado como referencia los Decretos Supremos anteriores: el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD que rigió hasta el 1 de mayo del año 2014, pues fue una norma con plena vigencia por lo que cubrió el periodo de agosto de 2005 hasta el 1 de mayo de 2014 y el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM que rigió desde el 2 de mayo de 2014 hasta el 9 de mayo de 2018 (fecha en la que se publicó el Decreto Supremo N° 003-2018-MINAM.) Asimismo, mediante Decreto Supremo No. 007-2020-MINAM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de agosto de 2020, se aprobaron los INC para el periodo 2020-2021.
 - e) El INC aprobado para el periodo 2018-2019, permaneció vigente hasta su actualización, es decir, no caducó, por lo que no hubo periodo en el que no se haya considerado dicho índice. Por tanto, siguiendo lo establecido por la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional y la doctrina, el último INC aprobado sigue vigente hasta que el mismo no sea modificado, suspendido o derogado por otra norma.
 - f) La estructuración de la carga tributaria del ISC a los combustibles considera criterios concurrentes, entre ellos el INC, el cual es una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de lo dispuesto por el artículo 61 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del IGV e ISC establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del ISC a los combustibles.
 - g) Sobre otros tributos distintos al ISC, no corresponde su inclusión, principalmente por no haber sido parte de la notificación, así como por la falta de sustento de este argumento por parte de los propios solicitantes, de la Secretaría, y las razones técnicas consignadas en el documento de fecha 1 de junio de 2020 presentado por el Gobierno peruano.
8. El 9 de setiembre de 2021, la Secretaría envió al CAA el Expediente de Hechos Preliminar correspondiente a la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, en cumplimiento de la instrucción recibida el 1 de octubre de 2020 por parte de los representantes de EEUU del CAA, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5 del artículo 18.9 del APC. Entre los argumentos relevantes sostenidos por la Secretaría en dicho documento se pueden extraer los siguientes puntos:
- a) Existe un mandato legal (Ley N° 28694) para que el Gobierno peruano apruebe anualmente, desde el año 2008 hasta el año 2016 inclusive, índices de nocividad para todos los combustibles, no solamente del diésel.
 - b) A partir del 1 de enero de 2016, la tributación que grava los combustibles debió considerar plenamente el criterio de nocividad utilizado para gravar con mayor impuesto a los combustibles más contaminantes, desde ese entonces, ya no debía considerarse índices de nocividad proporcionales, sino de carácter pleno o absoluto.
 - c) El ISC no es el único tributo que grava a los combustibles, existen otros tributos como el impuesto al rodaje, el Impuesto General a las Ventas (IGV), y los aranceles a la importación, los que pueden ser alcanzados por la exigencia contenida en el artículo 3 de la Ley N° 28694, puesto que dicha disposición no se refiere específicamente al ISC sino que menciona de forma amplia la tributación que grava a los combustibles en el Perú.
 - d) La comunicación de fecha 12 de febrero de 2021 del Perú excede el alcance del proceso previsto en el APC. Sin perjuicio de ello, esta comunicación estará disponible en el sitio web de la Secretaría con el expediente final de hechos.

9. El **21 de octubre de 2021**, el Gobierno peruano remitió comentarios al Expediente de Hechos Preliminar, en lo relativo a los aspectos sustantivos señaló lo siguiente:
- a) El Gobierno peruano sí ha cumplido con aplicar el artículo 3 de la Ley N° 28694 con la adopción del índice de nocividad (establecido por primera vez en el año 2005) y su utilización como criterio para la determinación del impuesto selectivo al consumo por el Ministerio de Economía y Finanzas desde el año 2005, en consecuencia, no se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos.
 - b) Mediante Decreto Supremo N° 007-2020-MINAM, de fecha 18 de agosto de 2020, se aprobaron los INC correspondientes al período 2020-2021; norma que fue objeto de prepublicación en el Diario Oficial "El Peruano" mediante Resolución Ministerial N°412-2019-MINAM, de fecha 31 de diciembre de 2019, a efectos de conocer las opiniones y/o sugerencias de los interesados con el objeto de garantizar el derecho de participación ciudadana en materia ambiental.
 - c) No corresponde incluir otros tributos distintos al ISC, por no haber sido parte de la notificación así como por la falta de sustento por parte de los Solicitantes, de la Secretaría y debido a razones técnicas. A su vez, refiere que ninguno de los Proyectos de Ley debatidos en el Congreso que constituyen los antecedentes legislativos de la Ley N° 28694, realizan referencia alguna a los otros tributos enunciados por los Solicitantes y la Secretaría.
10. El 15 de marzo de 2022, inició sus funciones la nueva Directora Ejecutiva de la Secretaría para las Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento Ambiental intercambiando consultas con las Partes respecto de la relación entre la versión preliminar del Expediente de Hechos y su versión final.
11. El 20 de Mayo de 2022, la Secretaría consultó a los Puntos de Contacto de ambos países respecto a los aspectos de naturaleza procedimental, particularmente sobre los alcances de los artículos 18.9.6 y 18.9.7 del APC, señalando que, durante el desarrollo del presente caso, la Secretaría consideró necesario incorporar nueva información en la versión final del Expediente de Hechos.
12. En respuesta a ello, el Gobierno peruano con fecha 7 de junio de 2022 señaló que, en la medida que el Expediente de Hechos se encuentra aún en proceso, la versión final de dicho documento podría diferir de su versión preliminar, incorporando ajustes antes de presentar una versión definitiva al CAA. En ese sentido, señaló que, en el caso de información nueva consideró importante que ésta pueda ser puesta en conocimiento de las partes interesadas, a fin de que puedan emitir sus comentarios.
13. Por su parte, el Gobierno de los Estados Unidos de América con fecha 1 de julio de 2022, señaló su coincidencia con lo expresado por el Gobierno del Perú en el sentido que la Secretaría pueda remitir una segunda versión del Expediente de Hechos preliminar en caso que el mismo haya cambiado sustantivamente como resultado de haber incluido nueva información o de haber omitido información anteriormente incluida; no obstante ello, afirmó que las Partes no están habilitadas para comentar por segunda vez sobre información que no se hubiera modificado en la versión revisada de la versión preliminar del Expediente de Hechos.
14. El 22 de agosto de 2022, la Secretaría envía al CAA el Expediente de Hechos versión preliminar revisada correspondiente a la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, en cumplimiento de la Instrucción recibida el 1 de octubre de 2020, en el marco de lo establecido en el numeral 5 del artículo 18.9 del APC. Entre los argumentos relevantes sostenidos por la Secretaría en dicho documento se pueden extraer los siguientes puntos:
- a) En aplicación del artículo 18.9.5 del APC, cualquier Parte podrá presentar comentarios sobre la certeza del Expediente de Hechos Preliminar Revisado dentro de los 45 días siguientes a su presentación ante el CAA. Señaló que se espera que estos comentarios se formulen sólo respecto de información relacionada a los nuevos documentos que están siendo incorporados en esta versión.

- b) La Ley N° 28694, al regular su objeto, declaró la necesidad pública y de preferente interés nacional la regulación de los niveles de azufre contenidos en el combustible diésel, con la finalidad de salvaguardar la calidad del aire y la salud pública.
 - c) En la historia legislativa de la norma objeto de análisis no se ha encontrado referencia alguna a otros impuestos diferentes al Impuesto Selectivo al Consumo; tal como lo señalan los Solicitantes, razón por la cual no se cuenta con base documentaria para sostener que el concepto “tributación” señalado en la parte final del artículo 3 de la Ley N° 28694 pueda interpretarse en el sentido de incluir a otros tributos diferentes al ISC.
 - d) El INC y el ISC se elaboran partiendo de una categorización de los combustibles que no se encuentra estandarizada, o que, en todo caso, son categorías que van variando en el tiempo. Dicha estandarización podría lograrse con la participación del Ministerio de Energía y Minas como autoridad competente en la materia.
15. Además del Expediente de Hechos Preliminar Revisado, la Secretaría ha remitido al CAA un documento denominado “*Informe de análisis de aspectos procedimentales y conceptuales contenidos en la posición del Gobierno de Perú respecto de la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019*”. Entre los argumentos relevantes sostenidos por la Secretaría en dicho documento se pueden extraer los siguientes puntos:
- a) La Secretaría reafirma que la solicitud sí cumplió el requisito de admisibilidad referido a comunicar la solicitud a la institución relevante.
 - b) La Defensoría y la Controlaría han emitido los informes N° 116, N° 136 y N° 659, respectivamente, en ejercicio de sus respectivas funciones; las cuales, a su vez, se encuentran establecidas a nivel constitucional en tanto ambos constituyen organismos constitucionalmente autónomos. Cabe indicar que la consideración de tales informes no significa, en modo alguno, desconocer las competencias propias del Ministerio de Economía y Finanzas en materia tributaria.
 - c) Se tiene conocimiento que la información confidencial ya fue hecha de conocimiento de la Parte; razón por la cual, se toma nota de lo señalado y se hace notar la necesidad de contar con un desarrollo normativo que desarrolle, con mayor detalle, el procedimiento de atención de las solicitudes.
 - d) La aplicación de las disposiciones del APC en el marco de la atención a las solicitudes a cargo de esta Secretaría se hace en cumplimiento de lo señalado en el artículo 31 de la Convención de Viena; tomando en consideración, en lo relativo a los alcances del Preámbulo del APC que recoge el compromiso (de ambos países) de implementar este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medio ambiente, y promover el desarrollo sostenible.
 - e) En relación a la falta de acreditación del daño bajo los alcances del artículo 18.8 (4) (a) del APC, el concepto de daño a la persona debe entenderse en el contexto que nos brinda el Preámbulo de este Tratado que señala que su implementación debe hacerse en forma coherente con la protección y conservación del medio ambiente así como con la promoción del desarrollo sostenible.
16. A continuación, nos pronunciaremos sobre lo señalado por la Secretaría demostrando que los argumentos presentados sobre la supuesta falta de cumplimiento de la legislación ambiental por parte del Gobierno peruano carecen de sustento.

II. ASPECTOS DE NATURALEZA PROCEDIMENTAL Y CONCEPTUAL

17. En virtud a lo establecido en el artículo 18.8 del APC, la Secretaría tiene entre sus principales funciones **recibir y procesar** solicitudes sobre asuntos de cumplimiento ambiental presentadas por personas naturales y jurídicas de cualquiera de las Partes.
18. Asimismo, de conformidad con el Entendimiento para implementar el citado artículo 18.8 del APC, son funciones de la Secretaría:

1. Desempeñar las funciones establecidas en los Artículos 18.8 y 18.9 del APC. En particular, la Secretaría deberá:
 - a) **recibir y considerar las solicitudes** del público, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del Artículo 18.8;
 - b) solicitar a la Parte responder a las solicitudes del público y recibir la respuesta de la Parte, de conformidad con los párrafos 4 y 5 del Artículo 18.8, respectivamente; y considerar las solicitudes y cualquier respuesta proporcionada por la Parte de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 18.9.
 - c) informar al Consejo, a la luz de cualquier respuesta proporcionada por la Parte, si las solicitudes del público justifican el desarrollo de un expediente de hechos, de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 18.9;
 - d) **preparar** los expedientes de hechos cuando lo ordene algún miembro del Consejo, presentar los expedientes de hechos al Consejo y, si lo ordena alguno de sus miembros, ponerlos a disposición del público, de conformidad con el Artículo 18.9; y podrá tomar las medidas adicionales en tanto sean pertinentes para desempeñar las funciones establecidas en los Artículos 18.8 y 18.9 del APC.
2. Para tales efectos, corresponde a la Secretaría aplicar los procedimientos operativos y otros procedimientos que el Consejo establezca para considerar las solicitudes del público, preparar los expedientes de hechos, consultar a los expertos, **preparar los informes** que se presentarán al Consejo, proteger información confidencial, hacer los documentos disponibles al público, u otros asuntos relacionados con sus funciones.
2. Bajo ese marco legal, cabe señalar que es interés del Gobierno peruano que los procedimientos tramitados por la Secretaría se realicen conforme a lo establecido en: (i) los artículos 18.8 y 18.9 del APC; y, b) el Entendimiento para implementar el Artículo 18.8 del APC, a efectos de que las Partes y la Secretaría actúen adecuadamente y no se afecté, altere o modifique de *facto* lo previsto en dichos instrumentos normativos.
3. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, seguidamente pasamos a sustentar que la solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad ni con aquellos que determinan la necesidad de solicitar una respuesta al Gobierno peruano, de conformidad con lo dispuesto en el APC.

2.1. SOBRE EL INFORME DE ANÁLISIS DE ASPECTOS PROCEDIMENTALES ELABORADO POR LA SECRETARÍA

4. En este acápite desarrollaremos nuestros argumentos para desvirtuar lo sostenido por la Secretaría en el "*Informe de análisis de aspectos procedimentales y conceptuales contenidos en la posición del Gobierno de Perú respecto de la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019*".

Previamente a ello, y sin perjuicio de las funciones que posee la Secretaría para considerar cualquier información técnica, científica u otra información relevante, a efectos de preparar el expediente de hechos, quisiéramos manifestar respetuosamente nuestra preocupación respecto de la inclusión de nuevos argumentos vinculados a la **admisibilidad de la solicitud**, en este estadio del presente procedimiento, puesto que no se puede ampliar de manera extemporánea el enfoque de lo sustentado, cuando ello no fue debidamente fundamentado y acreditado por los solicitantes en la respectiva **etapa de admisibilidad**, por lo que se estaría haciendo uso indebido e incorrecto a los procedimientos previstos en el marco del APC, aduciendo un supuesto incumplimiento del Gobierno peruano de no aplicar efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694, sobre la base de argumentos subjetivos y erróneos.

2.1.1. LA SOLICITUD NO CUMPLE CON EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD REFERIDO A COMUNICAR A LAS INSTITUCIONES RELEVANTES (ARTÍCULO 1.8.(2), LITERAL (E) DEL APC)

5. En primer lugar, ratificamos los argumentos manifestados en nuestros escritos de fecha 1 de junio de 2020, 12 de febrero y 21 de octubre de 2021, mediante los cuales

señalamos que la solicitud no cumple con los requisitos previstos en el APC, en la medida que ésta no fue remitida a la entidad relevante (los Ministerios competentes, sino al Congreso de la República), por lo que no cabe interpretación distinta a lo que clara y expresamente establece el APC.

6. A pesar de ello, en este estadio del presente procedimiento, la Secretaría insiste en considerar, sin mayor desarrollo, que el Congreso de la República tiene la condición de “institución relevante”, puesto que dicha entidad cuenta con competencias como la del control político, entre otras funciones específicas, y que dentro de estas se encuentra reconocida la función fiscalizadora del Congreso, de acuerdo a la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso, y que por ende, dentro de estas funciones el Congreso se encuentra en la capacidad de fiscalizar que el Poder Ejecutivo reglamente, específicamente, la aplicación del índice de nocividad en materia arancelaria, lo cual en los hechos deja sin efectos y vacía de contenido el artículo 18.8.(2) literal (e) del APC que establece, sin excepción alguna, que la solicitud debe ser comunicada por escrito a las instituciones relevantes. Máxime si la comunicación no fue compartida por el Congreso a las instituciones relevantes del presente caso.
7. En ese sentido, dicho entendimiento equivocado de la Secretaría llevaría a que el Congreso de la República es competente para conocer cualquier asunto tramitado ante la Secretaría para las Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento Ambiental, dada su función fiscalizadora de los actos de administración del Estado y se dejaría de lado la competencia exclusiva bajo los términos establecidos en el APC. Cabe precisar que, los tres poderes del Estado peruano tienen también funciones de fiscalización entre ellos, en tanto son funciones necesarias para un balance de poderes, no obstante ello, la errada interpretación de la Secretaría, se podría llegar al absurdo de aceptar inclusive solicitudes que se presentaron ante un juez en tanto dicho ente, al pertenecer a un poder del Estado, tiene funciones de fiscalización de otros poderes.
8. Del mismo modo, la Secretaría refiere que los solicitantes acudieron al Congreso de la República con la finalidad que dicha entidad ejerza el rol fiscalizador que le compete a dicho Poder del Estado, a través de la función de fiscalización a su cargo, por lo que se reafirma en lo señalado, en el sentido que, la solicitud sí cumplió el requisito de admisibilidad referido a comunicar la solicitud a la institución relevante.
9. Al respecto, discrepamos totalmente de la evaluación realizada por la Secretaría respecto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la solicitud, puesto que, en virtud del legítimo ejercicio del derecho a la defensa, este exige el cumplimiento de garantías y formalidades mínimas indispensables en cada una de las actuaciones del procedimiento, por consiguiente, resulta de suma importancia que se evalúe la solicitud a la luz de lo acordado por las Partes en el APC. La Secretaría está obligada a aplicar, más no interpretar, las disposiciones del APC conforme a lo estrictamente señalado en ellas, y en el que caso realice una interpretación, deberá observar los criterios de interpretación contenidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, Convención de Viena). Como es conocido, los textos de tratados son negociados cuidadosamente para evitar interpretaciones que vayan más allá de lo que las Partes acordaron, puesto que una interpretación extensiva, defectuosa, ambigua, contradictoria del objeto, vulnera el debido proceso garantizado por los principios generales del derecho y desnaturaliza el sentido de lo adoptado.
10. Sumado a ello, cabe resaltar también que no se procedió según lo establecido en el Entendimiento en la medida en que se reservó el nombre de los solicitantes y se hizo una aplicación no prevista en el APC al solo develarlos cuando se determinó que correspondía que el Gobierno peruano respondiera².

² El artículo 8 del Entendimiento para Implementar el Artículo 18.8 del APC, establece que la Secretaría no proporcionará al público la información que reciba si el solicitante la identifica como confidencial:

Por lo antes expuesto, resulta claro que la Solicitud no cumplió con el requisito en torno a la comunicación por parte de los solicitantes hacia las instituciones relevantes del Estado peruano. En tal sentido, y tomando en consideración que el artículo 18.8 (2) del APC prevé una lista de requisitos que se deben verificar de manera concurrente para admitir a trámite una solicitud presentada a la Secretaría, podemos concluir que, al no verificarse los requisitos formales esenciales exigidos en el mencionado artículo, la solicitud no debió haber sido admitida a trámite por la Secretaría.

2.1.2. LOS INFORMES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA RESULTAN SIENDO INVÁLIDOS Y NO VINCULANTES PARA EL PODER EJECUTIVO

11. La Secretaría en su Informe de análisis sostiene que los indicados documentos de la Defensoría y la Contraloría han sido emitidos en ejercicio de sus respectivas funciones; las cuales, a su vez, se encuentran establecidas a nivel constitucional en tanto ambos constituyen organismos constitucionalmente autónomos y que la consideración de los referidos informes no significa, en modo alguno, desconocer las competencias del Ministerio de Economía y Finanzas en materia tributaria.
12. Al respecto, si bien la Defensoría del Pueblo al igual que la Contraloría constituyen organismos constitucionalmente autónomos, y que tienen a su cargo la labor de supervisar los actos de las instituciones estatales emitiendo una serie de opiniones y/o recomendaciones, con el fin de contribuir a mejorar las políticas públicas en el Perú (mejorar la calidad del aire), no se debe perder de vista que el ente rector que ejerce la competencia exclusiva en el diseño de la política tributaria y la emisión de normas tributarias, como el ISC es el Ministerio de Economía y Finanzas, por lo que resulta importante las fuentes documentales que son utilizadas por la Secretaría para su análisis, más aún si en el presente caso se trata de medidas tributarias de promoción de combustibles limpios, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694.
13. Por lo antes dicho, el análisis de la materia tributaria contenido en dichos informes al no realizarse por el ente competente para la regulación del ISC, resultaría siendo un marco referencial no vinculante para el Poder Ejecutivo, ni para el resto de Poderes del Estado, por no haber sido emitidas por el Ministerio con competencia constitucional y legal para ello.

2.1.3. EL APC REFLEJA EL ENTENDIMIENTO ALCANZADO ENTRE DOS ESTADOS SOBERANOS POR LO QUE LA APLICACIÓN DE SUS DISPOSICIONES POR PARTE DE LA SECRETARÍA DEBE GUARDAR CONSISTENCIA CON EL RESULTADO DE LOS NEGOCIADO Y ACORDADO ENTRE LAS PARTES EN DICHO TRATADO

14. Al respecto, debemos anotar que el artículo 31 de la Convención de Viena señala que *“para efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá... su preámbulo...”*. En tal sentido, resulta relevante hacer referencia al Preámbulo del APC donde, en materia ambiental, se señala lo siguiente:

“El Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América, decididos a: ...

“Artículo 8: Confidencialidad La Secretaria no proporcionará al público la información que reciba, ni permitirá que este tenga acceso a la misma, si: (a) (i) quien presenta la información la identifica como confidencial, de conformidad con los procedimientos que el Consejo establezca para proteger la información confidencial; (...).”

IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medio ambiente, promover el desarrollo sostenible y fortalecer la cooperación en materia ambiental”.

15. En este sentido, la aplicación del APC para la atención de las solicitudes a cargo de la Secretaría debe tener en cuenta lo señalado en el artículo 31 de la Convención de Viena; tomando en consideración el contexto, así como los alcances del Preámbulo del APC que recoge el compromiso (de ambas Partes) de implementar este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medio ambiente, y promover el desarrollo sostenible.
16. Sobre el particular, no cabe duda que la interpretación de un tratado es de trascendental importancia, pues será determinante para la correcta aplicación y cumplimiento de sus disposiciones. Así, la Secretaría hace referencia a la segunda regla de interpretación consagrada en el artículo 31 de la Convención de Viena, en virtud de la cual las disposiciones de un tratado no deben ser interpretadas de forma aislada, sino más bien en armonía con su contexto inmediato y con las otras disposiciones de tratado. Esto permitirá establecer su real sentido y alcance. Estando frente a la aplicación de un tratado internacional, el análisis debe basarse en normas internacionales de las cuales las partes son parte, en el marco del derecho internacional y derecho de los tratados y no bajo normativa, jurisprudencia o doctrina vinculada al derecho administrativo u otra rama del derecho distinta a las mencionadas.
17. En ese contexto, resulta fundamental recordar que las obligaciones asumidas en el Capítulo Ambiental del APC no se han establecido de manera aislada a las obligaciones comerciales adoptadas en el referido acuerdo. Resulta pertinente tener en consideración que, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 31 de la Convención de Viena, los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, el contexto de los mismos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Así, en los objetivos y el numeral 1 del artículo 18.3 del Capítulo de Medio Ambiente del APC, se dispone lo siguiente:

“Objetivos: Reconociendo que cada Parte tiene derechos soberanos y responsabilidades respecto a sus recursos naturales, los objetivos de este Capítulo son contribuir a los esfuerzos de las Partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente, promover la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible, y esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las partes, lo que puede tener lugar a través de cooperación y colaboración ambiental”.

18. De acuerdo a lo anterior, cabe precisar que el alcance de dichos objetivos están enmarcados en promover el diálogo y la cooperación entre las Partes con miras a facilitar la aplicación de las disposiciones del Capítulo 18 del APC y fortalecer las relaciones entre comercio y políticas y prácticas ambientales.
19. Bajo ese contexto, y siendo que la función de la Secretaría es aplicar las disposiciones del APC, en el presente caso no ha tenido en cuenta los términos negociados por las Partes, particularmente lo referido al concepto de “daño” e “*las instituciones relevantes*”, actuando en contravención del propio ámbito de aplicación del APC, por lo que resulta de suma importancia que se evalúe a la luz de lo expresamente acordado por las Parte en el APC. En el siguiente acápite se desarrollará con mayor detalle lo referido al alcance del término daño.

2.1.4. EL APC HACE REFERENCIA A UN DAÑO REAL, IDENTIFICABLE Y EFECTIVO

20. La Secretaría, sin asidero alguno, considera que el alcance del daño no es un aspecto referido al análisis de admisibilidad de la solicitud (lo que se encuentra regulado en el artículo 18.8. (2) del APC) sino al siguiente paso establecido para la tramitación de

solicitudes consistente en la definición, a cargo de la Secretaría, a si amerita requerir la respuesta de una Parte respecto de una solicitud que ha sido declarada como admitida.

21. Asimismo, apartándose de los términos previstos en el APC, la Secretaría recoge el concepto de daño ambiental establecido en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y recurre a las opiniones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), organismo adscrito al Ministerio del Ambiente del Perú, haciendo hincapié en los tipos de daño ambiental (daño ecológico puro y daño por influjo ambiental) y a que éste puede ser real o potencial, concluyendo que el componente “daño a la persona” es uno de los comprendidos en la indemnización a la que se puede acceder en la vía jurisdiccional como consecuencia de la existencia de daño ambiental real o actual.
22. Al respecto, en los párrafos 1 y 2 del artículo 18.8 del APC se establecen los requisitos concurrentes que debe satisfacer una solicitud para que ésta pueda ser admitida por la Secretaría. Además de ello, en la solicitud se debe invocar un daño real en la que se justifique de qué manera se ha producido un menoscabo en los solicitantes, desconocer este requisito *sine qua non* en la fase inicial de admisión vulnera las formalidades mínimas indispensables del presente procedimiento, por consiguiente, resulta de suma importancia que se evalúe la solicitud a la luz de lo acordado por las Partes en el APC. Por ello es importante seguir los lineamientos establecidos en el marco internacional para poder determinar la intención de las partes al momento de asumir obligaciones en el tratado, si las partes del APC hubiera querido remitirse a la normativa nacional de cada una de ellas, ello hubiese tenido que estar indicado de manera expresa como suceden en varias disposiciones del tratado, no siendo este el caso. No se trata de incluir definiciones de normas nacionales u otros instrumentos, sino aplicar lo establecido en este caso tomando en cuenta, como se dispone en la Convención de Viena, la literalidad de la disposición.
23. En el caso que la Secretaría considere que el alcance del daño no es un aspecto referido al análisis de admisibilidad de la solicitud, sino al siguiente paso establecido para la tramitación de solicitudes, en esta etapa procedimental debió archivar la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019 antes de considerar que la solicitud justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos, toda vez que, en el presente caso, no se acreditó tal daño en la medida que, sin ningún tipo de sustento y sin evaluar debidamente los cuestionamientos formulados por el Gobierno peruano en sus escritos, sobre la presunta prueba de daño presentada por los solicitantes, da por cumplido indebidamente un requisito establecido por el APC.
24. En ese sentido, la Secretaría no ha aplicado de manera correcta lo establecido en el artículo 18.8 (4) del APC, en la misma línea de lo comentado en el acápite anterior; no se condice con el artículo 31 de la Convención de Viena y excede sus funciones; y además, de manera más grave, en esta etapa del procedimiento presenta diferentes fuentes documentales de la Organización Mundial de la Salud, en lo relativo al índice de muertes relacionadas con la contaminación del aire, así como describe el contenido de la Exposición de Motivos de la Política Nacional del Ambiente al 2030 y la Matriz de Políticas para el TRANSPerú NAMA (Versión: 05 de junio de 2015), en lo referido al deterioro de la calidad ambiental, que al entender de la Secretaría resultan pertinentes y acreditarían efectivamente un daño en los términos del APC.
25. En ese sentido, la Secretaría se ha limitado únicamente a recurrir a la legislación ambiental peruana para definir el concepto de daño cuando existen otros instrumentos normativos internacionales que conceptualizan dicho término y no entendemos el criterio de la Secretaría de considerar ello y concluir erradamente que se trata de un daño “difuso, general e intergeneracional” que no deslegitima en absoluto a la solicitud, sin ajustarse a lo señalado en el APC. Como se ha indicado, si las partes del APC hubieran considerado apropiado remitirse a alguna norma nacional o instrumento internacional para definir el término “daño” lo hubieran incluido de manera expresa en

el tratado. Asimismo, si hubiesen querido categorizar el término “daño” habrían incluido el adjetivo correspondiente, como ocurre por ejemplo en el caso de los Acuerdos sobre Salvaguardias y Dumping de la Organización Mundial del Comercio, en los cuales las partes categorizaron el término daño como daño grave y daño importante, respectivamente.

26. Además de lo antes expuesto, la Secretaría se atribuye suficiente margen de discrecionalidad para no aplicar de manera adecuada lo establecido en el APC, a efectos de seguir un estándar conceptual de daño contemplado en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y recurrir a las opiniones del OEFA para considerar qué razonablemente puede exigirse a los solicitantes.
27. En este orden de ideas, discrepamos totalmente de la evaluación realizada por la Secretaría al darle un alcance errado y extensivo al término “daño” (artículo 18.8 (4) (a)) que llevó a considerar que la solicitud justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos. Ello, en atención a que no solo vacía de contenido lo establecido en el mencionado artículo 18.8 (4) (a) del APC, sino que también conlleva a asignarle a la Secretaría funciones que no le competen al interpretar el APC.

III. ASPECTOS DE NATURALEZA SUSTANTIVA

3.1. EXPEDIENTE DE HECHOS PRELIMINAR REVISADO DE LA SECRETARÍA

28. El Expediente de Hechos Preliminar Revisado elaborado por la Secretaría estaría considerando que el Gobierno peruano ha dejado de aplicar la legislación ambiental. El Gobierno peruano seguidamente reitera los argumentos por los cuales considera que el Expediente de Hechos Preliminar y se pronuncia sobre los nuevos elementos incorporados en el documento revisado en el sentido de que carece de certeza en varios puntos.

3.1.1. EL GOBIERNO PERUANO HA CUMPLIDO CON IMPLEMENTAR Y APLICAR DE MANERA EFECTIVA EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY N° 28694 SOBRE LA APROBACIÓN ANUAL DE LOS ÍNDICES DE NOCIDIDAD PARA LOS COMBUSTIBLES

3.1.1.1 Normativa en materia de calidad de los combustibles antes de la aprobación de la Ley 28694.

29. En el Expediente de Hechos Preliminar Revisado, la Secretaría hace especial referencia al Decreto Supremo N° 074-2001-PCM y el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD como los primeros antecedentes de regulación respecto a la calidad de los combustibles en la legislación ambiental peruana, destacando como un primer aspecto a considerar, la regulación del Índice de Nocividad de los Combustibles.
30. Al respecto, en los años anteriores a la dación de la Ley N° 28694 se encontraba vigente el INC aprobado por el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD que rigió durante el periodo de agosto de 2005 hasta el 1 de mayo de 2014, a fin de ordenar la afectación al consumo de los combustibles de acuerdo a la toxicidad. Considerando ello, el Gobierno peruano se encuentra en conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694.

3.1.1.2 Alcances del artículo 3 de la Ley de contenido de azufre en el combustible

31. Cabe recordar en este punto, que los solicitantes alegaron que el ISC no es el único tributo que grava a los combustibles, existen otros tributos como el impuesto al rodaje, el Impuesto General a las Ventas (IGV), y los aranceles a la importación, los que pueden ser alcanzados por la exigencia contenida en el artículo 3 de la Ley N° 28694, puesto

que dicha disposición no se refiere específicamente al ISC sino que menciona de forma amplia la tributación que grava a los combustibles en el Perú.

32. Sobre el particular, la Secretaría inicialmente afirmó que el artículo 3 de la Ley N° 28694, establece que al 2016 la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad. En este sentido, la Secretaría consideró que el ISC no es el único tributo que grava a los combustibles por lo que debe analizarse si estos otros tributos, como el Impuesto General a las Ventas (IGV), el Impuesto al rodaje y los aranceles aplicables a las importaciones, han sido considerados en la reestructuración a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley N°28694.
33. Conforme a la postura del Gobierno peruano, y atendiendo a la lectura de la norma nacional realizada por la Secretaría en su Notificación es a todas luces errada pues identifica selectivamente la palabra “tributación” y la saca de contexto del artículo 3 de la Ley N° 28694, para sostener que dicho dispositivo hace referencia a otros tributos, a pesar de que el primer párrafo de este articulado expresamente señala que se está refiriendo al ISC.
34. Sin embargo, la Secretaría, luego de analizar distintas fuentes normativas relacionadas al proceso de formulación y aprobación de la Ley N° 28694 (Proyectos de Ley, Exposición de Motivos y Dictámenes), ha verificado que no existe referencia alguna a otros impuestos diferentes al Impuesto Selectivo al Consumo, por lo que concluye que no se cuenta con base documentaria para sostener que el concepto de tributación señalado en la parte final del Artículo 3 de la Ley N° 28694 pueda interpretarse en el sentido de incluir a otros tributos diferentes al ISC.
35. Bajo esa línea argumentativa, coincidimos plenamente con lo alegado por la Secretaría en este extremo, dado a que el final del artículo 3 de la Ley N° 28694 que a la letra establece que “(...) *esta reestructuración deberá realizarse de forma gradual hasta el 1 de enero de 2016 como máximo, fecha en que la tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad*” no se encuentra *per se* gravado con ningún tributo, mucho menos con los otros tributos que señalan los solicitantes como son el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto al rodaje y los aranceles, por consiguiente, resultaría arbitrario señalar que lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694 alcanzaría a otros tributos distintos al ISC.
36. A mayor abundamiento, lo corroborado por la Secretaría coincide con lo señalado por el Gobierno peruano en su escrito de fecha 21 de octubre de 2021 al señalar sobre el ámbito de aplicación de la Ley N° 28694 que en ninguno de los proyectos debatidos (PL N° 12089, PL12130, PL 12152, PL 12719, PL 12798, PL 13773, y 13364) que constituyen sus antecedentes legislativos (los cuales, son de conocimiento general y acceso público porque se encuentra en el portal institucional del Congreso de la República) se realiza alguna referencia a alguno de los otros tributos enunciados por los solicitantes.
37. Ahora bien, la Secretaría al referirse al autor Castro (2010) considera que el Gobierno peruano no ha implementado de manera efectiva el artículo 3 de la Ley N° 28694 sobre la aprobación anual de los índices de nocividad para los combustibles. Sobre el particular, debemos señalar que, el Gobierno peruano sí ha contado con un INC actualizado anualmente para los periodos 2014-2015 y 2018-2019, con los Decretos Supremos N° 006-2014-MINAM y N° 003-2018-MINAM, respectivamente. Cabe anotar que, actualmente, se encuentran aprobados los INC para el periodo 2020-2021, mediante el Decreto N° 007-2020-MINAM, el cual permanece vigente hasta su actualización.
38. A mayor abundamiento, el Gobierno peruano no ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, teniendo en consideración que para los otros años se ha

tomado como referencia los Decretos Supremos anteriores: el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAMCD que rigió hasta el 1 de mayo del año 2014, y que fue una norma con plena vigencia por lo que cubrió el periodo de agosto de 2005 hasta el 1 de mayo de 2014; y, el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM que rigió desde el 2 de mayo del 2014 hasta el 9 de mayo de 2018 (fecha en la que se publicó el Decreto Supremo N° 003-2018-MINAM).

39. Asimismo, coincidimos con lo señalado por la Secretaría al hacer especial referencia a que la institucionalidad ambiental ha tenido un desarrollo importante en el Perú en los últimos años.
40. Por lo antes mencionado, cabe destacar que, el Gobierno peruano no solo ha cumplido con el artículo 3 de la Ley N° 28694, sino que ha desplegado una serie de acciones necesarias que responden al objetivo establecido en el artículo 18.1 del APC en torno a la aseguración de las leyes y políticas que proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental mediante la emisión distintas normas y la creación del Ministerio del Ambiente (MINAM) en el año 2008, entidad que tuvo como su antecedente al Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), creado en el año 1994 como entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros.

3.1.1.3 La intervención de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República del Perú con relación a la implementación del INC.

41. La Secretaría en la elaboración del Expediente de Hechos Preliminar Revisado insiste en hacer referencia a los siguientes informes de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República del Perú para explicar las presuntas fallas en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, de conformidad con los artículos 18.8 y 18.9 del APC:
 - **Informe Defensorial N° 116**, denominado "*La Calidad del Aire en Lima y su Impacto en la Salud y la Vida de sus Habitantes*" (2006), el cual contiene un conjunto de recomendaciones dirigidas a reducir los niveles de contaminación atmosférica en la ciudad de Lima.
 - **Informe Defensorial N° 136**, denominado "*La Calidad del Aire en Lima y su Impacto en la Salud y la Vida de sus Habitantes: Seguimiento de las Recomendaciones Defensoriales*" (2008), en el cual se busca analizar las acciones adoptadas por las diversas instituciones del Estado para cumplir con las recomendaciones del Informe Defensorial N° 116 antes citado y, asimismo, reiterarlas con el propósito de generar medidas tendientes a dar solución al problema de la contaminación del aire en Lima.
 - **Informe N° 659-2011-CG/MAC-VE** elaborado por la Contraloría General de la República, denominado "*Actualización del Índice de Nocividad de Combustible y Temas vinculados a la Gestión de la Calidad del Aire*" (2011), mediante el cual se identificaron situaciones generadoras de riesgo en la gestión del Índice de Nocividad de Combustibles (INC) en el marco de la Ley N° 28694 y temas vinculados a la calidad del aire.
42. Específicamente, los informes mencionados por la Secretaría, constituyen documentos que buscan poner énfasis en la relación que existe entre la contaminación atmosférica y el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población urbana de Lima, en los cuales se explica el funcionamiento e interacciones de los principales instrumentos de gestión ambiental que deben ser utilizados por el Gobierno peruano para mejorar la calidad del aire, evalúa el estado de su implementación, y concluye formulando, sobre la base de un análisis, una serie de recomendaciones a la administración estatal, destinadas a mejorar la gestión estatal del aire respirable en la ciudad de Lima.
43. Al respecto, cabe precisar la naturaleza y alcance de los referidos informes no son vinculantes sino más bien sólo constituyen opiniones y/o recomendaciones emitidas por

dichas entidades, en virtud a lo establecido en sus respectivos Reglamentos de Organización y Funciones (aprobados por Resolución Defensorial N° 007-2019/DP de fecha 2 de abril de 2019 y Resolución de la Contraloría N° 292-2019-CG del 27 de setiembre de 2019), en los cuales emiten una serie de recomendaciones dirigidas a la administración estatal, con el fin de contribuir a la mejora del estado de la calidad del aire en Lima Metropolitana. La autoridad competente las acoge de acuerdo al marco vigente.

44. Asimismo, en virtud de los referidos informes, la Secretaria subraya lo señalado por la Defensoría del Pueblo en el sentido que bajo los alcances de la Ley N°28694, al MEF le correspondía fijar el ISC considerando el INC. Por su parte, el Informe de la Contraloría se realizó en base a una veeduría realizada en el mes de diciembre de 2011, esto es más de 5 años después de la aprobación de la Ley N°28694 (de marzo del 2006). A esa fecha, todavía no se habían emitido disposiciones reglamentarias en materia de INC por parte del MINAM.
45. Asimismo, de acuerdo con el Texto Integrado actualizado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas³, aprobado por la Resolución Ministerial N° 213-2020-EF-41, el Ministerio de Economía y Finanzas tiene competencia a nivel nacional en materia tributaria, y como función general formula, propone y ejecuta las políticas, normas y lineamientos técnicos sobre materia tributaria.
46. En ese sentido, el ente rector que ejerce la competencia exclusiva en el diseño de la política tributaria nacional y emisión de normas tributarias, como el ISC es el Ministerio de Economía y Finanzas. Por tanto, el análisis en materia tributaria en los referidos informes no ha sido realizado por el ente competente para la regulación del ISC, siendo que el mismo resulta y no vinculante para el Poder Ejecutivo, ni para el resto de los Poderes del Estado, por no haber sido emitidas por el Ministerio con competencia constitucional y legal para ello⁴.
47. La Secretaría señala que el Decreto Supremo N° 211-2007-EM, norma aprobada en 2007, se emitió entendiendo que su aplicación se daría a partir del 1 de enero de 2008, que en esa fecha que el artículo 3 de la Ley 28694 (del año 2006) había establecido como la fecha a partir de la cual debería cumplir con determinar el ISC a los combustibles introduciendo el criterio de nocividad.
48. Sobre el particular, cabe precisar que, si bien el Decreto Supremo N° 211-2007-EF estableció un cronograma con los montos fijos del ISC a los combustibles determinados en función a la nocividad hasta el año 2016, el impuesto planteado en dicho cronograma es referencial, y representa la dirección deseable hacia la que tiende la política tributaria en relación a la actualización del ISC a los combustibles; más no un compromiso de modificación anual de dicho impuesto.

³ “Artículos 2. Jurisdicción

El Ministerio de Economía y Finanzas ejerce sus competencias a nivel nacional en las siguientes materias: (...); f) Tributario, ingresos no tributarios, aduanero, arancelario y contrataciones públicas; (...)”

Artículo 3. Funciones Generales

El Ministerio de Economía y Finanzas tiene las siguientes funciones generales: (...); l) Formular, proponer, ejecutar y evaluar las políticas, normas y lineamientos técnicos sobre materia tributaria, ingresos no tributarios, aduanera, arancelaria, de ingresos fiscales e ingresos públicos en general; (...)”

⁴ Conforme se indica en el Informe Jurídico N° 007-2015-JUS/DGDOJ es preciso señalar que, “en el ejercicio de sus funciones, la Administración Pública debe de actuar con sujeción a los principios del Procedimiento Administrativo, tal es el caso del Principio de Legalidad según el cual la Administración Pública debe actuar con respeto a la Constitución, las normas con rango de ley, los reglamentos administrativos, los principios generales del derecho y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. En suma, significa que la Administración Pública debe actuar con arreglo al Derecho”. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. 2016. Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. Sobre la aplicación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera edición.

3.1.2. EL ISC A LOS COMBUSTIBLES INTRODUCE EFECTIVAMENTE EL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD AL GRADO DE NOCIDIDAD

49. En primer lugar, cabe tener presente que la solicitud se centra exclusivamente en la aplicación del INC y del ISC, en la medida que la Secretaría determinó en el Expediente de Hechos Preliminar revisada que el INC no resulta aplicable a otros tributos distintos al ISC, por lo tanto, no es un punto controvertido en el presente procedimiento.
50. Sin perjuicio de la observación expuesta en el párrafo precedente, respecto a la aplicación del INC, se debe señalar que, conforme con el artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (en adelante, TUO de la Ley del IGV e ISC), aprobado por el Decreto Supremo N° 055- 99-EF y normas modificatorias, el ISC grava, entre otros: a) La venta en el país a nivel de productor y la importación de los bienes especificados en los Apéndices III y IV; y, b) La venta en el país por el importador de los bienes especificados en el literal A del Apéndice IV.
51. Para el caso de los combustibles, el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC establece los siguientes rangos:

APÉNDICE III: SISTEMA ESPECÍFICO			
Productos	Unidad de Medida	Porcentaje Precio Productor	
		Mínimo	Máximo
Gasolina para motores	Galón	1%	140%
Queroseno y carburorretores tipo queroseno para reactores y turbinas (Turbo A1)	Galón	1%	140%
Gasóils	Galón	1%	140%
Hulla	Tonelada	1%	100%
Otros combustibles	Galón o metro cúbico	0%	140%

52. Adicionalmente a lo establecido en el TUO de la Ley del IGV e ISC, para la determinación del ISC se tiene en cuenta los Lineamientos de Política Tributaria del Marco Macroeconómico Multianual (MMM)⁵. Así tenemos que, de acuerdo al MMM 2021-2024⁶, el ISC deberá consolidar su función recaudadora de ingresos, además de seguir perfeccionando su rol como herramienta de política tributaria en el combate de las externalidades negativas generadas por el consumo de ciertos bienes y servicios.
53. En esa misma línea, los MMM precedentes recogen el mismo lineamiento. Así, en el MMM 2020-2023⁷, se establece que el ISC es una importante herramienta de política tributaria que coadyuva a combatir externalidades negativas, desincentivando o modificando el consumo de los bienes o servicios sobre los cuales se aplica; además

⁵ El MMM es el documento más relevante que el Gobierno del Perú emite en materia económica, el cual contiene proyecciones macroeconómicas elaboradas con un horizonte temporal de tres años

⁶ Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 26.08.2020. Dicho MMM, establece como innovación que en concordancia con las recomendaciones internacionales de la OCDE se evaluará la creación de impuestos ambientales. Adicionalmente, conforme al MMM 2023-2026 (aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 22.08.2022) el ISC se aplica sobre algunos bienes y servicios que dañan la salud y el medio ambiente, aunque como todo impuesto su principal función es recaudadora de ingresos, asimismo, debe seguir perfeccionando su rol como la herramienta de política fiscal que acompaña y se alinea con las políticas de salud y del medio ambiente.

⁷ Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 21.08.2019.

de ello contribuye con la generación recursos para financiar las necesidades de gasto público.

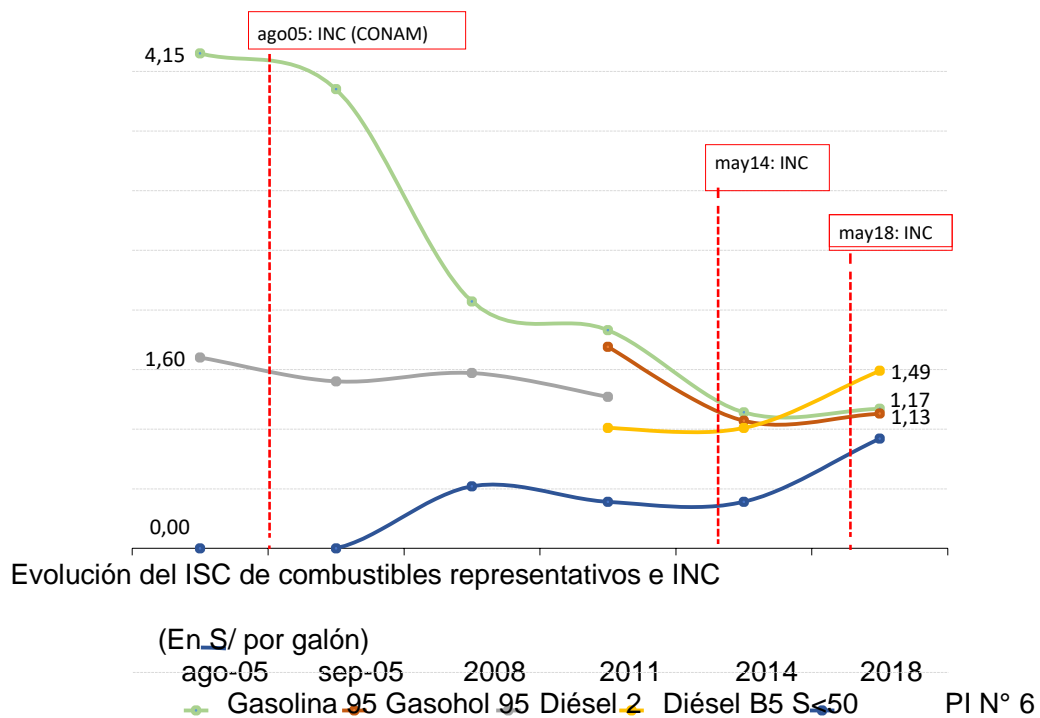
54. En el MMM 2019-2022⁸ también se recogió como lineamiento de política tributaria en el caso del ISC que este impuesto busca, entre otros, combatir las externalidades negativas de los bienes y servicios afectos sobre la salud de las personas y el medio ambiente, ya sea disminuyendo el consumo del bien pernicioso o consiguiendo los recursos para cubrir los gastos que irroga en la sociedad.
55. Sumado a ello, el MMM 2018-2021⁹ estableció como lineamiento de política tributaria en el caso del ISC que se continuará revisando la afectación del referido impuesto, de manera que refleje las externalidades negativas de los bienes afectos. En este análisis se considerarán –entre otros criterios– el efecto del consumo de estos bienes sobre el medio ambiente y la salud de la población. Todo esto, en el marco de los objetivos de presión tributaria y estabilidad macroeconómica.
56. Como corolario de las normas y lineamientos antes señalados se tiene que la determinación del ISC que grava a los combustibles derivados del petróleo se efectúa al amparo de lo dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC respetándose los rangos establecidos por dicho artículo, y tomando como referencia los lineamientos de política tributaria. Dichos lineamientos prevén que el ISC será determinado, entre otros criterios, en función a la externalidad negativa que genera el consumo de los bienes afectos.
57. Cabe resaltar que dichos lineamientos de política tributaria para el ISC han sido considerados desde la publicación de la Ley N° 28694, tal como puede apreciarse en los Lineamientos Generales de Política Tributaria contenidos en la Declaración de Principios de Política Fiscal 2006-2008¹⁰ donde se señalaba que respecto del ISC:

“[...] se buscará [...] reorientar el consumo en función a criterios de protección de salud y/o medio ambiente”.
58. El objetivo de la Ley N° 28694, en lo que respecta a las implicancias tributarias de su artículo 3, es disponer que los usuarios de los combustibles contaminantes comiencen a internalizar el daño ocasionado a la salud de la población a través del ISC –el cual, apunta a valorar la externalidad negativa generada– y promover la utilización de los combustibles menos contaminantes, que soportarían una menor carga tributaria por concepto de ese impuesto.
59. En torno a la aplicación gradual de los índices de nocividad, como ya se hizo mención en los párrafos 55, 56, 57, 58 y 59 de nuestro escrito de fecha 1 de junio de 2020, desde que se publicó el primer INC en el año 2005 (Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAM-CD), la determinación del ISC ha tomado como referencia, entre otros criterios, la nocividad, incorporando este índice a fin de ordenar la afectación al consumo de los combustibles de acuerdo a la toxicidad de cada uno. En el siguiente gráfico se observan las publicaciones de tres INC (2005, 2014 y 2018) y cómo la política tributaria en lo referente al ISC Combustibles ha ido reestructurando la carga impositiva de tal manera que los ISC aplicables a combustibles más nocivos, como del Petróleo Industrial N° 6 (PI N° 6) fueron modificados al alza, mientras que los combustibles menos nocivos, como la Gasolina 95 (y posteriormente el Gasohol 95), fueron modificados a la baja.

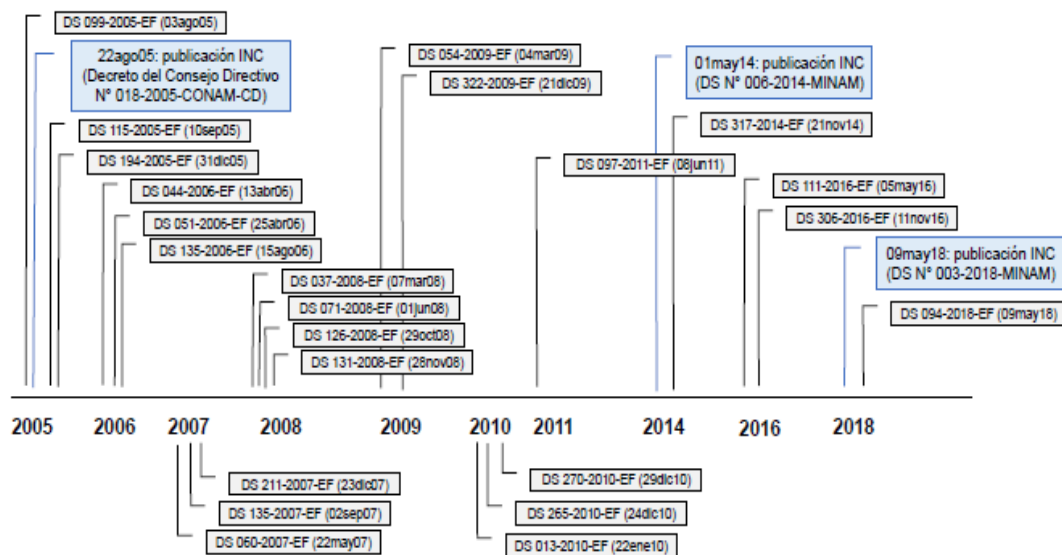
⁸ Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 22.08.2018.

⁹ Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros del 23.08.2017

¹⁰ Aprobado por Resolución Ministerial N° 225–2005–EF/15, publicada el 02.06.2005.



60. Cabe indicar que, si bien cada una de las publicaciones del INC antes referidas ha sido seguida con una modificación del ISC a los combustibles, la no actualización de nuevos índices de nocividad no ha impedido que los lineamientos de política tributaria respecto del ISC se sigan observando para efectos de estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, tal como se puede observar en la siguiente línea de tiempo. Así, luego de la primera publicación del primer INC el 22 de agosto del 2005, se modificó el ISC a los combustibles el 10 de septiembre del mismo año.



Fuente: Normas Legales y Compendio de tasas de la SUNAT.
Elaboración: MEF

61. La inclusión del INC como uno de los criterios a considerar en la determinación de los montos fijos del ISC es importante, ya que establece parámetros funcionales de la mayor o menor carga tributaria por ISC. Cabe indicar que el INC es uno de los criterios a ser utilizados para determinar el ISC aplicable a los combustibles, pero no establece valores directos relacionados al monto del ISC; existiendo además criterios adicionales

que son tomados en consideración por el MEF en cumplimiento de los rangos dispuestos por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC, y tomando como referencia los lineamientos de política tributaria respecto del ISC.

62. En ese sentido, el INC es uno de los criterios utilizados para determinar el ISC aplicable a los combustibles, conforme se señala en el Informe Técnico N° 801-2013-DGCA-VMGA/MINAM:

“El INC es un índice relativo que señala la diferencia entre la nocividad (entiéndase toxicidad) y la suma de otros parámetros ambientales relacionados al uso de un combustible de diversos combustibles que se utilizan en el mercado nacional. El INC sirve como una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) de los combustibles gaseosos, líquidos y sólidos; independientemente del monto que se pueda establecer como base. El INC no establece valores directos relacionados al monto del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) solo proporciona uno de los criterios que utiliza el MEF para gravar los combustibles.”

63. Como puede observarse, los montos fijos establecidos en los Decretos Supremos que modifican los ISC consideran en su evaluación el INC. Sin embargo, es importante mencionar que además del INC existen criterios adicionales que son considerados en la determinación de la carga tributaria del ISC a los combustibles, tales como la participación del petróleo y derivados en las cadenas productivas nacionales, los efectos de la variación de los precios de los combustibles sobre la inflación y los precios de bienes y servicios de primera necesidad, y su impacto en la mayoría de la población, el impacto de la variación de precios de los combustibles en la competitividad de sectores o segmentos clave y de uso masivo como es el caso de las tarifas de electricidad, o el costo de transporte de pasajeros y de carga, entre otros, los mismos que posteriormente podrían tener efectos sobre la generación de empleos y en la recaudación fiscal.
64. De acuerdo a ello, dichos criterios pueden servir como una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de lo dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC, establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del ISC a los combustibles gaseosos, líquidos y sólidos; independientemente del monto que se pueda establecer como base, coadyuvando así a re-direccionar el consumo de aquellos combustibles más contaminantes al incentivar el uso de combustibles limpios.
65. Así pues, la estructuración de la carga tributaria del ISC a los combustibles considera múltiples criterios concurrentes y no solo uno aislado, ello debido, entre otros, a su doble finalidad: fiscal y extra-fiscal, y a sus efectos sobre otros índices como la inflación, la competitividad y la generación de empleo.
66. En ese sentido, la consideración del INC en la determinación del ISC permite estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, la que resulta una valoración de la externalidad negativa generada por el consumo de dichos bienes. Siendo el criterio de la externalidad negativa, una característica exclusiva del ISC, que no se presenta en la estructura de los demás impuestos que prevé la legislación nacional.
67. Por lo tanto, tal y como ya se ha manifestado anteriormente, el Gobierno peruano sí ha implementado de manera efectiva el artículo 3 de la Ley N° 28694 sobre la aprobación anual de los índices de nocividad para los combustibles. Asimismo, se ha reordenado la afectación al consumo de los combustibles de acuerdo a la toxicidad de cada uno.

68. Por otro lado, al referirse la Secretaría al Decreto Supremo N° 007-2020-MINAM que aprobó el INC para el periodo 2020 - 2021 hace especial hincapié a la matriz energética nacional del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), mediante la cual cada año publica un Balance Nacional de Energía que comprende los resultados de los flujos físicos de los diferentes energéticos utilizados en el país, lo que incluye la matriz energética nacional.
69. Adicionalmente, una primera anotación que corresponde señalar es la referida a que ambos instrumentos normativos (el INC y el ISC) se elaboran partiendo de una categorización de los combustibles que no se encuentra estandarizada, o que, en todo caso, son categorías que van variando en el tiempo. Dicha estandarización podría lograrse con la participación del Ministerio de Energía y Minas como autoridad competente en la materia.
70. Al respecto, cabe tener presente que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, el Ministerio de Economía y Finanzas, así como el CONAM (actualmente, Ministerio del Ambiente) son las entidades encargadas de aprobar los índices de nocividad, por lo que no resulta errada la inclusión de estos nuevos argumentos por parte de la Secretaría en el Expediente de Hechos Preliminar Revisado.
71. Ahora bien, el ISC aplicable a los combustibles tiene como finalidad incentivar el uso de combustibles limpios, lo que permite disminuir las emisiones de contaminantes y de esta manera proteger la calidad del aire y la salud de la población. El efecto que causan los combustibles sobre la salud puede medirse, entre otros, a través de los factores de nocividad, los cuales miden la toxicidad de las emisiones sobre la salud humana y resultan ser un referente válido para determinar, entre otros, la externalidad negativa y, por consiguiente, una variable adecuada para establecer criterios de determinación del ISC de los combustibles.
72. Por otro lado, en el párrafo 99 del Expediente de Hechos Preliminar revisado, la Secretaría señala al segundo INC aprobado por el MINAM (periodo 2018-2019) y al Decreto Supremo 0.94-2018-EF que modifica el Apéndice III del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas el Impuesto Selectivo al Consumo, ambas normas aprobadas el mismo día, sobre las cuales menciona que “esperaría” para ese periodo una razón de 6 veces de diferencia entre el ISC de la gasolina de 84 octanos en comparación con otras gasolinas. Esta mención no es correcta ya que el ISC toma en consideración el INC para establecer un mayor pago de impuesto; sin embargo, la normativa no establece una relación directamente proporcional como se presume en el Expediente de Hechos, por lo cual no se considera apropiado afirmar que “se espera” algún valor específico como lo implica la Secretaría, lo que es una apreciación, no una constatación factual.

IV. CONCLUSIONES

El Gobierno peruano sí ha cumplido con aplicar el artículo 3° de la Ley N° 28694, en consecuencia, no se justifica el desarrollo de un Expediente de Hechos por las siguientes razones:

73. La función de la Secretaría es aplicar las disposiciones del APC, en el presente caso no ha tenido en cuenta los términos negociados por las Partes, particularmente lo referido al concepto de “daño” e “*las instituciones relevantes*”, actuando en contravención del propio ámbito de aplicación del APC, por lo que resulta de suma importancia que se evalúe la solicitud a la luz de lo expresamente acordado por las Parte en el APC.
74. La Secretaría actúa con amplio margen de discrecionalidad que desnaturaliza lo dispuesto en el APC, al remitirse a un estándar conceptual de daño contemplado en la

Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y recurrir a las opiniones del OEFA para considerar que razonablemente puede exigirse a los solicitantes, lo cual conllevaría a que, en la evaluación del cumplimiento de dichos requisitos, no se cumpla lo establecido expresamente en el Acuerdo; de forma tal, que se está aplicando indebidamente una interpretación extensiva del APC. Cabe precisar que también la Secretaría podría recurrir a otros instrumentos normativos a nivel internacional que abordan el término daño en materia ambiental donde su ámbito de aplicación varía, por lo que no correspondería esta interpretación al no ajustarse a lo señalado en el APC.

75. El Gobierno peruano no ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, teniendo en consideración que para los otros años se ha tomado como referencia los Decretos Supremos anteriores: el Decreto del Consejo Directivo N° 018-2005-CONAMCD que rigió hasta el 1 de mayo del año 2014, y que fue una norma con plena vigencia por lo que cubrió el periodo de agosto 2005 hasta el 1 de mayo de 2014; y, el Decreto Supremo N° 006-2014-MINAM que rigió desde el 2 de mayo del 2014 hasta el 9 de mayo de 2018 (fecha en la que se publicó el Decreto Supremo No. 003-2018-MINAM).
76. Coincidimos plenamente con lo sostenido por la Secretaría en el sentido que el INC no resulta aplicable a otros tributos, por lo que resultaría arbitrario señalar que lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694 alcanzaría a otros tributos distintos al ISC, tal como refieren los solicitantes.
77. Para la determinación del ISC a los combustibles, se considera en su evaluación el INC, el cual coadyuva a estructurar la carga tributaria de los combustibles en función a su nocividad, independientemente del monto que se pueda establecer como base.
78. El INC aprobado para el periodo 2018-2019, permaneció vigente hasta su actualización, es decir, no caduca, por lo que no hay periodo en el que no se considere dicho índice. Por tanto, siguiendo lo estipulado tanto por la propia Constitución, como por el Tribunal Constitucional y la doctrina, el último INC aprobado sigue vigente, dado que el mismo no ha sido ni modificado, ni suspendido ni derogado por otra norma.
79. El Perú ha contado con un índice actualizado anualmente para los periodos 2014-2015 y 2018-2019, con los Decretos Supremos No. 006-2014-MINAM y No. 003-2018-MINAM, respectivamente. Cabe señalar que se encuentran aprobados los INC para el periodo 2020-2021, mediante el Decreto Supremo N° 007-2020-MINAM publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de agosto de 2020 y que sigue siendo referencial hasta que se publiquen los nuevos.
80. La estructuración de la carga tributaria del ISC a los combustibles considera criterios concurrentes, entre ellos el INC, el cual es una escala referencial para que el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de lo dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC establezca criterios de proporcionalidad en la distribución del ISC a los combustibles.

V. PETITORIO

Teniendo en consideración los argumentos presentados por el Estado peruano en sus escritos de fecha 1 de junio de 2020, del 12 de febrero y del 21 de octubre de 2021, así como a través del presente documento de respuesta, solicitamos a usted señora Directora Ejecutivo de la Secretaría se sirva archivar la solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, debido a que ésta no cumple con los requisitos establecidos en el APC y tal como se ha desarrollado en los acápite anteriores, el Estado Peruano sí ha cumplido con aplicar el artículo 3° de la Ley N° 28694.

Lima, 6 de octubre de 2022.