

**RESPECTO A LA SOLICITUD SOBRE
ASUNTOS DE CUMPLIMIENTO
AMBIENTAL - SACA-SEEM/PE/002/2019**

POSICIÓN DEL ESTADO PERUANO

Mediante el presente documento, el Estado peruano da respuesta a la Solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019 (en adelante la Solicitud).

Sobre el particular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.8 (5) del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-EE.UU., procedemos a dar respuesta a la referida Solicitud dentro del plazo concedido por la Secretaría, señalando que ésta no debió ser tramitada por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en el APC para su admisión, ni para que se requiera al Estado peruano una respuesta, en atención a los argumentos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES:

1. El 25 de julio de 2019, cinco personas de nacionalidad peruana (en adelante, **los solicitantes**) presentaron una solicitud a la “Secretaría para las solicitudes de cumplimiento ambiental¹” del APC (en adelante, **la Secretaría**), en la cual alegaron que el Estado peruano no ha aplicado efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694, “Ley que regula el contenido de azufre en el combustible diésel”, 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 artículo 3 de la Ley N° 28694 objeto de 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.”

3. El 18 de octubre de 2019, el Director Ejecutivo de la Secretaría, emitió la Determinación SACA – SEEM/PE/002/2019/D1, mediante la cual se estableció que

¹ En junio del 2015 las Partes firmaron el “Entendimiento para Implementar el Artículo 18.8 del APC”, creándose la Secretaría que, a través de Memorándum de entendimiento, acuerda que la Organización de Estados Americanos (OEA) albergara y apoyara a la Secretaría en su sede en Washington DC., Estados Unidos. Dicho entendimiento entró en vigor el 20 de marzo de 2016.

la solicitud presentada cumplía con los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 18.8(2) del APC.

4. De manera preliminar, la Secretaría consideró que, en la medida que la Ley N° 28694 estableció como finalidad salvaguardar la calidad del aire y la salud pública a través de la regulación de contaminantes, la misma califica como “legislación ambiental”, de acuerdo al artículo 18.14 del APC.
5. El artículo 18.14 del APC contiene la siguiente definición de “legislación ambiental”:

“cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal [...]”.

6. De otro lado, la Secretaría consideró que la solicitud presentada cumple con los requisitos de admisibilidad. Específicamente, respecto al requisito de identificación de la persona o personas que realizaron la Solicitud, la Secretaría manifestó que mantener la confidencialidad de dicha información se encontraría conforme a los términos del APC.
7. 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 amerita una respuesta del Perú.

Mediante comunicación electrónica de fecha 17 de abril de 2020, el Estado peruano solicitó a la Secretaría una ampliación del plazo por quince (15) días adicionales, hasta el 1 de junio de 2020, a fin de dar respuesta a la referida determinación, la cual fue concedida.

II. SOBRE LA SOLICITUD

8. La Solicitud alega que el Estado Peruano habría dejado de aplicar efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694, el cual 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.”

La Solicitud invoca como base legal el inciso 1 del artículo 18.8 del APC, el cual establece lo siguiente:

“Cualquier persona de una Parte podrá presentar una solicitud invocando que una Parte está dejando de aplicar efectivamente su legislación ambiental. Dichas solicitudes deberán ser presentadas ante una secretaria u otro órgano competente (secretaría) que las Partes designen.”

9. Conforme a lo indicado en la Solicitud, la no aplicación efectiva del artículo 3 de la Ley N° 28694 no desincentivaría el uso de combustibles fósiles, agravando el daño ambiental en la atmósfera y, en consecuencia, la salud de todos los residentes en el Perú.

III. RESPUESTA A LA SOLICITUD

10. En los párrafos 1 y 2 del artículo 18.8 del APC se establecen los requisitos que debe cumplir una solicitud para que ésta pueda ser admitida por la Secretaría. Como pasaremos a demostrar, la Solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en el APC.
11. Sin perjuicio de lo anterior, y con el objetivo de evidenciar el estricto cumplimiento por parte del Estado peruano de su obligación de hacer cumplir la legislación ambiental conforme a lo previsto en el APC, se procederá a desvirtuar en los acápites siguientes las alegaciones incluidas en la Solicitud en el sentido que el Estado Peruano no habría cumplido con aplicar efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694.

III.1 LA SOLICITUD NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

12. Mediante la Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D1, la Secretaría consideró que la solicitud presentada por los solicitantes cumple con los siguientes requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 18.8 (1) y (2) del APC:

“1. Cualquier persona de una Parte podrá presentar una solicitud invocando que una Parte está dejando de aplicar efectivamente su legislación ambiental. Dichas solicitudes deberán ser presentadas ante una secretaria u otro órgano competente (secretaría) que las Partes designen.

2. La secretaria podrá considerar una solicitud bajo este Artículo si encuentra que la solicitud:

- (a) está escrita en inglés o español*
- (b) identifica claramente a la persona que hace la solicitud;*
- (c) ofrece información suficiente para permitir a la secretaria revisar la solicitud, incluyendo evidencia documentaria en la que la solicitud esté basada e identificación de las leyes ambientales respecto de las que el incumplimiento es invocado;*
- (d) parece estar enfocada a promover el cumplimiento en lugar de hostigar a la industria;*
- (e) indica que el asunto ha sido comunicado por escrito a las instituciones relevantes de la Parte e indica la respuesta de la Parte, si la hubiera; y*
- (f) es presentada por una persona de una Parte, salvo lo dispuesto en el párrafo 3”.*

(Subrayado agregado).

a) La Solicitud no cumple con el requisito de admisibilidad previsto en el artículo 18.8 (2) del APC

13. Tal como se desarrolló en el punto precedente, el artículo 18.8 (2) del APC establece los requisitos de admisibilidad que deben cumplir las solicitudes presentadas ante la Secretaría, estableciendo el literal e) de dicho artículo lo siguiente:

“2. La secretaría podrá considerar una solicitud bajo este Artículo si encuentra que la solicitud:

(...)

e) indica que el asunto ha sido comunicado por escrito a las instituciones relevantes de la Parte e indica la respuesta de la Parte, si la hubiera;

(...)”

14. De acuerdo a lo manifestado en la Solicitud SACA-SEEM/PE/002/2019, en el Anexo 1 se adjunta la comunicación al Estado peruano. En dicho anexo, se aprecia que la comunicación fue dirigida al Congreso de la República del Perú como institución relevante.

15. Al respecto, es importante diferenciar las atribuciones del Congreso de la República del Perú de las del Presidente de la República, las cuales se encuentran revistas en los artículos 103 y 118 de la Constitución Política del Perú, respectivamente, y que establecen lo siguiente:

“Artículo 102.- Atribuciones del Congreso

Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

(...)”

“Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República:

(...)

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

(...)²

16. Siguiendo lo establecido en la norma antes citada, en el Congreso de la República recae la responsabilidad de dictar las leyes; mientras que al Poder Ejecutivo, representado por el Presidente de la República, reglamentar las leyes; así como dictar decretos y resoluciones.

17. La solicitud presentada no versa sobre la existencia o no de la ley en torno a la materia ambiental, sino sobre la aplicación y aprobación de los índices de nocividad,

² Constitución Política del Perú. Disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

los cuales no se aprueban con la promulgación de una ley, sino mediante decretos supremos de acuerdo a la atribución de dictar decretos que posee el Poder Ejecutivo, y en concordancia con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694.

18. En ese sentido, resulta pertinente resaltar que la aprobación de decretos supremos no se encuentra dentro de las funciones del Congreso de la República, y que dicha atribución corresponde al Poder Ejecutivo, el cual se encuentra facultado a aprobar normas como decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones directorales, resoluciones subdirectorales, resoluciones jefaturales, entre otros, según corresponda³.
19. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), así como el CONAM (hoy Ministerio del Ambiente (en adelante MINAM), de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1013 publicado en el Diario Oficial el Peruano el 14 de mayo de 2008) – ambos pertenecientes al Poder Ejecutivo- son las entidades encargadas de aprobar los índices de nocividad, por lo que el Congreso de la República no tiene competencia para poder establecer dichos índices mediante decretos supremos, ni para aplicar dichos índices en la determinación del ISC. En efecto, conforme a lo establecido por el artículo 3 de la Ley N° 28694, el Índice de Nocividad de Combustibles (en adelante INC) será aprobado por decreto supremo rubricado por el Presidente de la República y refrendado por el MEF en coordinación con el MINAM; mientras que el Impuesto Selectivo al Consumo (en adelante ISC), se establece de acuerdo al artículo 61 del TUO de la Ley del IGV mediante Decreto Supremo rubricado por el Presidente de la República y refrendado por el MEF.
20. Por ello, la comunicación adjunta en la solicitud dirigida 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 MINAM y al MEF como entidades competentes, y por ende entidades relevantes, conforme a lo indicado anteriormente.
21. En ese contexto, cabe indicar que, de acuerdo a la información proporcionada por el MEF y el MINAM, entidades del Poder Ejecutivo competentes en la materia objeto de la Solicitud, éstos no han recibido comunicación alguna de los solicitantes. Sumado a ello, en consulta con las Procuradurías de los ministerios antes mencionados, no existe algún proceso en marcha, ni judicializado en el marco de la Ley N° 28694; adicionalmente, tampoco se cuenta con algún procedimiento sobre el particular en la vía administrativa.
22. De acuerdo a lo anterior, resulta claro que la Solicitud no cumple 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 uno de los requisitos exigidos en el mencionado

³ Guía de Técnica Legislativa para elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/MINJUS-DGDOJ-Guia-de-Tecnica-Legislativa-3era-edici%C3%B3n.pdf>

artículo, la Solicitud no es admisible, no debiendo haber sido admitida a trámite por la Secretaría.

23. En tal sentido, tomando en consideración que la Solicitud no cumplió con todos los requisitos exigidos en el párrafo 2 del artículo 18.8 del APC, la misma debió ser desestimada, no procediéndose a la siguiente etapa de requerir una respuesta por parte del Estado peruano. En efecto, tal como lo establece expresamente el propio APC, a saber:

“Artículo 18.8: Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento

(...)

4. Cuando la secretaría determine que la solicitud cumple los criterios descritos en el párrafo 2, la secretaría determinará si la solicitud amerita requerir una respuesta de la Parte. Para decidir si requerir una respuesta, la secretaría se conducirá atendiendo a si (subrayado agregado)

(...)”

24. En ese sentido, de acuerdo a lo establecido en dicha disposición, para que la Solicitud requiera la respuesta de la Parte se debió haber cumplido con todos los requisitos establecidos en el párrafo 2, lo cual no ha acontecido en el presente caso.
25. Sin perjuicio de lo anterior, se procederá a desvirtuar en los acápites siguientes las alegaciones incluidas en la Solicitud en el sentido que el Estado Peruano no habría cumplido con aplicar efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694.

III.2 EL ESTADO PERUANO HA CUMPLIDO CON APLICAR EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY N° 28694

La Determinación de la Secretaría

26. Mediante la Determinación SACA-SEEM/PE/002/D2, la Secretaría consideró que la Solicitud presentada por los solicitantes ameritaba requerir la respuesta del Estado Peruano, de conformidad con el artículo 18.8 (4) del APC; a pesar que la Solicitud no cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 18.8 (2) del APC, conforme se acreditó en el acápite anterior.

27. Al respecto, el artículo 18.8 (4) del APC establece lo siguiente:

“Artículo 18.8: Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento

(...)

4. Cuando la secretaría determine que la solicitud cumple los criterios descritos en el párrafo 2, la secretaría determinará si la solicitud amerita requerir una respuesta de la Parte. Para decidir si requerir una respuesta, la secretaría se conducirá atendiendo a si:

(a) la solicitud no es frívola e invoca un daño a la persona que hace la solicitud;

(b) la solicitud, independientemente, o en combinación con otras solicitudes, aborda asuntos cuyo estudio en este proceso contribuiría a alcanzar los objetivos de este Capítulo y del ACA, tomando en

consideración las directrices sobre esos objetivos ofrecidas por el Consejo y la Comisión de Cooperación Ambiental establecida en el ACA;
(c) las reparaciones disponibles bajo la legislación de la Parte han sido solicitadas; y
(d) la solicitud es tomada exclusivamente de informes de medios de comunicación masiva.” (Subrayado agregado).

28. En tal sentido, conforme a lo establecido en el artículo 18.8(4) del APC, la Secretaría deberá determinar que una solicitud presentada amerita requerir respuesta de una Parte, cuando se identifiquen los requisitos detallados en dicho artículo, los cuales han sido analizados en el presente caso de la siguiente forma por dicho órgano:

(a) la solicitud no es frívola e invoca un daño a la persona que hace la solicitud;
(subrayado agregado)

29. La Secretaría indica en los párrafos 19 y 20 de la Determinación-SEEM/PE/002/2019/D2 que la Solicitud no es frívola e invoca un daño a los solicitantes puesto que, de acuerdo a su criterio, cuenta con mérito legal y no es presentada de mala fe con la finalidad de hostigar a una de las Partes y atiende a lo establecido en el artículo 18.8 (4) (a), por lo que considera que se cumple con dicho requisito.

(b) la solicitud, independientemente, o en combinación con otras solicitudes, abordan asuntos cuyo estudio en este proceso contribuiría a alcanzar los objetivos de este Capítulo y del ACA, tomando en consideración las directrices sobre esos objetivos ofrecidas por el Consejo y la Comisión de Cooperación Ambiental establecida en el ACA;

30. La Secretaría se ha pronunciado en el párrafo 22 de la Determinación SACA – SEEM/PE/002/2019/D2 señalando que “estos asuntos están vinculados con los objetivos del capítulo dieciocho del APC en lo relativo a “... *promover la utilización óptima de los recursos de acuerdo con los objetivos del desarrollo sostenible (...)*”. En este sentido, la Secretaría considera se cumple con este requisito.

(c) las reparaciones disponibles bajo la legislación de la Parte han sido solicitadas

31. La Secretaría afirma en el párrafo 27 de la Determinación SACA – SEEM/PE/002/2019/D2 que “*no se evidencia que los Solicitantes hayan solicitado las reparaciones disponibles bajo la legislación de la Parte o hayan invocado a la fecha algún tipo de reparación relacionada con la presente Solicitud*”. En esa línea, la Secretaría determina que no se ha cumplido con el requisito establecido.

(d) la solicitud es tomada exclusivamente de informes de medios de comunicación masiva.

32. Al respecto, la Secretaría considera, de acuerdo a lo señalado en el párrafo 29 de la Determinación SACA – SEEM/PE/002/2019/D2, que la información presentada en la Solicitud no ha sido tomada exclusivamente de informes de medios de comunicación masiva, sino que se encuentra compuesta por la opinión de los solicitantes quienes argumentan las razones por las cuales consideran que el Estado Peruano no ha aplicado efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694.

33. La solicitud presentada no invoca daño alguno a las personas que hacen la Solicitud. Los solicitantes no han presentado información que demuestre que haya sufrido algún daño y solo se hace mención en el fundamento 5⁴, a un supuesto estudio elaborado sobre la calidad del aire, no siendo éste adecuado ni aplicable⁵ para demostrar la existencia de un daño real a los solicitantes.
34. La Solicitud hace referencia a un daño ambiental en la atmósfera (representado en emisiones de GEI) y se indica que éste tendría un alcance difuso, general e intergeneracional en el párrafo 8 de la misma. Sin embargo, en el artículo 18.8. 4 a) del APC, se establece claramente que se debe invocar un daño a los solicitantes, por lo que no resultaría amparable dicha alegación.
35. Este requisito no fue cumplido a la luz del APC por el solicitante, lo cual debió ser tomado en cuenta en la Determinación SACA-SEEM/PE/002/2019/D2 en la que requiere respuesta de la Parte. No obstante, seguidamente se desarrollará el cumplimiento por parte del Perú de lo previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28694, respecto a la incorporación efectiva del criterio de proporcionalidad para la determinación del ISC, y a la aprobación de los índices de nocividad; razón por la que no existe daño hacia las personas, que sea atribuible a la aprobación del INC y su aplicación al ISC y, por ende, la Solicitud carece de sustento.

III.2.1 NO EXISTE DAÑO REAL HACIA LAS PERSONAS

36. A través de la Ley N° 28694, Ley que regula el contenido de azufre en el combustible diésel, se declara de 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.
37. A tal fin, entre otras disposiciones, el artículo 3 de la Ley N° 28694 objeto de la 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*

⁴ Fundamento 5 de la Solicitud: “Al respecto, según el estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) denominado *Global Urban Ambient Air Pollution Database*, Lima es la segunda ciudad más contaminada de América Latina: <http://maps.who.int/airpollution/>

⁵ El supuesto estudio consiste en una base de datos que no establece concretamente ranking alguno, en adición a ello registra información de calidad del aire evidentemente desfasada (hasta el año 2016); por el contrario diversos reportes oficiales del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología (SENAMHI), Comité de Gestión de la Iniciativa de Aire Limpio para Lima-Callao y Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (DIGESA), así como reportes internacionales como el World Air Quality Report de +IQAir, permiten demostrar que la calidad del aire ha venido mejorando de manera gradual por las diversas acciones que viene desplegando el Gobierno del Perú, entre ellas aquellas referidas a la incorporación del nivel de nocividad de los combustibles en el ISC.

tributación que grava los combustibles considerará plenamente el criterio de nocividad.”

38. Los solicitantes alegan que, al no aplicar efectivamente el artículo 3 de la Ley N° 28694, no se estaría desincentivando el uso de combustibles fósiles, por lo que se estaría agravando el daño ambiental en la atmósfera (representado en emisiones de GEI) y, en consecuencia, la salud de todos los residentes en el Perú.
39. A lo largo de este acápite vamos a demostrar que se ha cumplido con aprobar los índices de nocividad de los combustibles y que el criterio de proporcionalidad al grado de nocividad se aplica para la determinación del ISC. En tal sentido, se ha cumplido cabalmente con el artículo 3 de la Ley N° 28694, así como con sus objetivos dirigidos a regular los niveles de azufre contenidos en el combustible diésel, con la finalidad de salvaguardar la calidad del aire y la salud pública.

A. Aprobación de los INC

40. El MINAM actualiza el INC en función de los cambios tecnológicos e información oficial disponible sobre las fuentes de emisión inventariadas, las características físico-químicas de los combustibles (densidad, capacidad calorífica, contenido de azufre, contenido de biocombustible entre otros), el consumo energético por sector productivo y por tipo de combustibles.
41. Al respecto, es preciso indicar que el último INC aprobado para el periodo 2018-2019, permanece vigente hasta su actualización, es decir, no caduca. Como se desarrollará más adelante, de acuerdo a los artículos 51 y 109 de la Constitución Política del Perú, para que una norma sea considerada como vigente debe ser publicada y esta cobra vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo tenga disposición contraria en la propia disposición; asimismo, permanecerá vigente mientras no sea suspendida, modificada o derogada por otra de rango equivalente o superior, o por sentencia de acuerdo a los procedimientos establecidos.
42. Sumado a ello, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2005-PI, el Tribunal estableció que para que una norma sea considerada vigente, esta depende “*prima facie*, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz⁶”.
43. En la misma línea, Marcial Rubio ha señalado que “una norma es vigente ***mientras no sea suspendida, modificada o derogada por otra de rango equivalente o superior, o por sentencia de acuerdo a los procedimientos establecidos.***”⁷ (énfasis agregado). Por tanto, siguiendo lo estipulado tanto por la

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 22 de enero del 2007 en el expediente N° 00017-2005-PI, Asimismo, En la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de diciembre del 2003 en el expediente 0014-2003-AI/TC, el tribunal también señala que “(...) Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica [STC N.° 0010-2002-AI/TC].”

⁷ RUBIO CORREA, M. El Sistema Jurídico: Introducción al derecho. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

propia Constitución, como por el Tribunal constitucional y la doctrina mayoritaria, el último INC aprobado sigue vigente, pues el mismo no ha sido ni modificado, ni suspendido ni derogado por otra norma. Por esta razón el Estado peruano se encuentra en conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 28694.

44. Cabe precisar que mediante Resolución Ministerial N° 412-2019-MINAM, la cual fue publicada el 5 de enero de 2020, se dispuso la prepublicación del proyecto de Decreto Supremo que aprueba los INC para el período 2020-2021, a fin de conocer las opiniones y/o sugerencias de los interesados, el cual se encuentra a la fecha en fase interna de proceso de aprobación.

B. El ISC a los combustibles introduce efectivamente el criterio de proporcionalidad al grado de nocividad

De la normativa aplicable al ISC a los combustibles

45. 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; b) La venta en el país por el importador de los bienes especificados en el literal A del Apéndice IV.
46. De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 55, 56, 59 y 60 del TUO de la Ley del IGV e ISC, el ISC se aplica a los bienes afectos bajo los sistemas siguientes:
- a) Sistemas Al Valor: El impuesto se determina aplicando sobre la base imponible (valor de venta o Valor en Aduana) la tasa establecida en el Literal A del Apéndice IV.
 - b) Sistema Específico: El impuesto se determina aplicando un monto fijo por volumen vendido o importado, cuyo valor es el establecido en el Apéndice III y en el literal B del Apéndice IV.
 - c) Sistema Al Valor según Precio de Venta al Público: El impuesto se determina aplicando la tasa establecida en el Literal C del Apéndice IV sobre el Precio de Venta al Público sugerido por el productor o el importador, multiplicado por el factor 0,847⁸.
47. 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%

⁸ Se obtiene de dividir la unidad (1) entre el resultado de la suma de la tasa del Impuesto General a las Ventas, incluida la del Impuesto de Promoción Municipal más uno (1). El resultado será redondeado a tres (3) decimales.

Queroseno y carburorreactores tipo queroseno para reactores y turbinas (Turbo A1)	Galón	1%	140%
Gasoiils	Galón	1%	140%
Hulla	Tonelada	1%	100%
Otros combustibles	Galón o metro cúbico	0%	140%

48. 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)⁹. Así tenemos que de acuerdo al MMM 2020-2023¹⁰, 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 de ello contribuye con la generación recursos para financiar las necesidades de gasto público.
49. En esa misma línea, los MMM precedentes recogen el mismo lineamiento. Así, en el MMM 2019-2022¹¹ 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.
50. Sumado a ello, el MMM 2018-2021¹² 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.
51. Como corolario de las normas y lineamientos antes señalados se tiene que la determinación del ISC que grava 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.
52. Cabe señalar 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 2006-2008¹³ donde se señalaba que respecto del ISC

⁹ 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

¹⁰ Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 21.08.2019.

¹¹ Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros el 22.08.2018.

¹² Aprobado en Sesión de Consejo de Ministros del 23.08.2017

¹³ Aprobado por Resolución Ministerial N° 225-2005-EF/15, publicada el 02.06.2005.

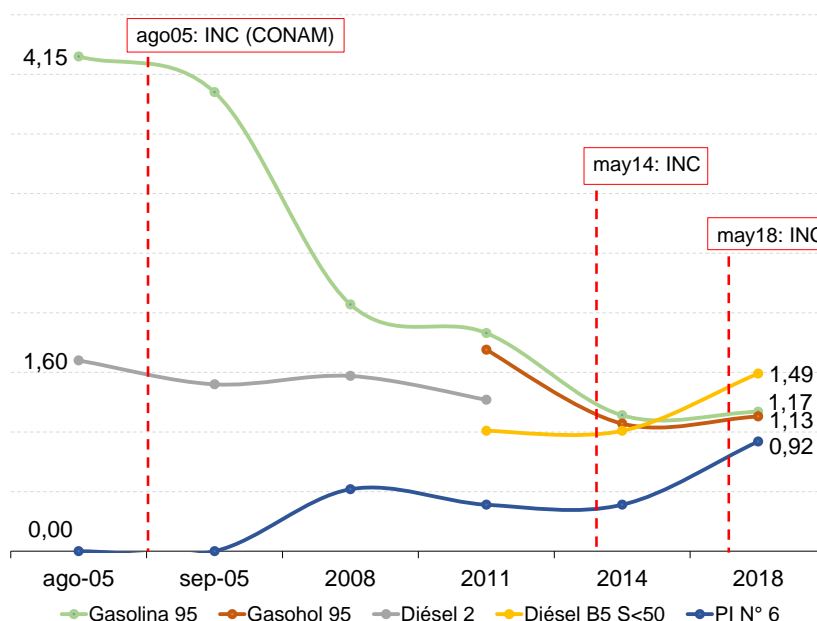
“[...] se buscará [...] reorientar el consumo en función a criterios de protección de salud y/o medio ambiente”.

53. 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.

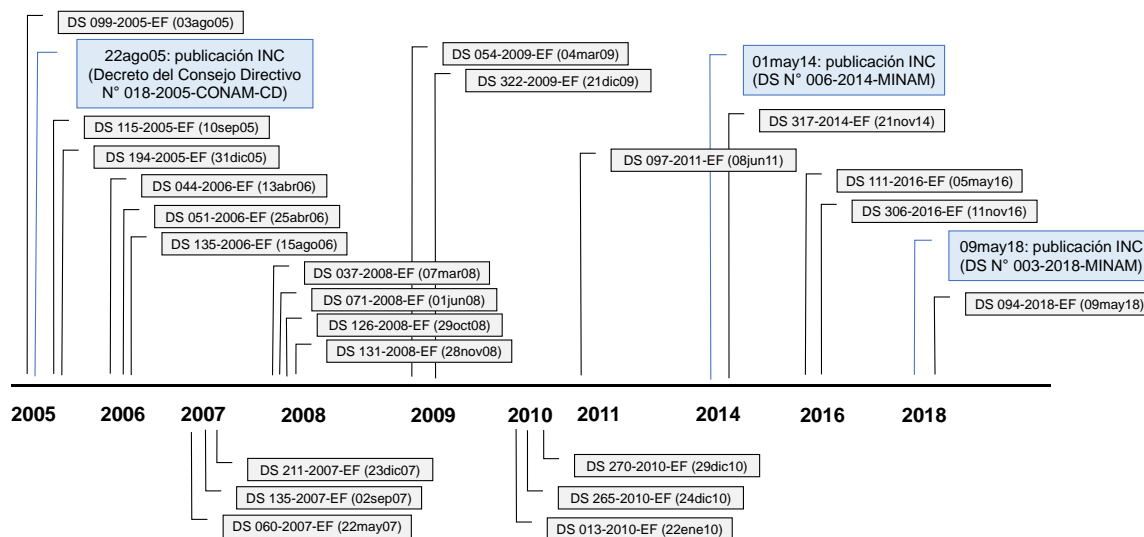
La utilización del INC en la determinación del ISC a los combustibles

54. 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.
55. 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 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 los 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.

Evolución del ISC de combustibles representativos e INC
(En S/ por galón)



56. Cabe indicar que, si bien cada una de las publicaciones del INC 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

57. 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.

58. 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.”

59. Los montos fijos establecidos en los Decretos Supremos que modifican los ISC consideran en su evaluación el INC y **reflejan el principio de proporcionalidad tomando en consideración los rangos dispuestos por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC.**

Sin perjuicio de lo anterior, si bien el índice de nocividad es uno de los criterios considerados en la determinación del ISC aplicable a los combustibles, existen criterios adicionales que son considerados en dicha determinación, 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.

C. La Solicitud atiende a una lectura aislada de la norma

60. Cabe destacar que, el Estado 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 de las siguientes normas:

- Decreto Supremo N° 010-2017-MINAM, disposición mediante la cual se adopta una norma de emisiones vehiculares Euro IV y equivalentes para vehículos gasolineros y vehículos diésel, reemplazando la tecnología Euro III. Esta norma se encuentra vigente desde abril de 2018.
- Decretos Supremos N° 018-2016-EM y N° 025-2017-EM, que ampliaron las zonas con prohibición de uso y comercialización de diésel con contenido de azufre mayor a 50ppm, lo que permitió cubrir aproximadamente el 90% de la demanda de diésel a nivel nacional. Cabe señalar que en comparación con la tecnología Euro III, la tecnología Euro IV puede llegar a reducir sus emisiones hasta en un 90% respecto de los principales contaminantes del aire, entre ellos, el dióxido de azufre (SO₂).
- Incorporación del criterio de proporcionalidad al índice de nocividad de los combustibles en la determinación del ISC que grava a estos últimos conforme a los lineamientos de política tributaria.
- El Decreto Supremo N° 003-2018-MINAM por medio del cual se aprueba los INC para el periodo 2018 – 2019.
- El Decreto Supremo N° 005-2020-MTC, mediante el cual se reduce de cinco a dos años la antigüedad máxima permitida para la importación de vehículos usados.
- Decreto de Urgencia N° 029-2019 que establece incentivos para fomentar el “chatarreo”, mecanismo dirigido a la renovación o retiro definitivo de vehículos.
- La Resolución Ministerial N° 412-2019-MINAM, por medio de la cual se dispuso la prepublicación del proyecto de Decreto Supremo que aprueba los

Índices de Nocividad de Combustibles (INC) para el período 2020-2021, a fin de conocer las opiniones y/o sugerencias de los interesados. Dicho proyecto de norma, actualmente se encuentra la fase interna de proceso de aprobación.

61. Según el estudio “Diagnóstico de la gestión de la calidad del aire de Lima y Callao”¹⁴, los elementos y medidas implementadas para la mejora de la calidad del aire, como los límites de emisiones vehiculares acorde con el Euro 4/IV, la calidad de los combustibles, la implementación de sistemas de transporte público a GNV y eléctrico, la reducción de la importación de vehículos usados, entre otros, lo que ha permitido que la calidad del aire mejore en un 60 % en los últimos 12 años.
62. En ese contexto, resulta fundamental recordar que las obligaciones asumidas en el marco del 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 artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, 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. en los objetivos y el numeral 1 del art. 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”.

63. En este sentido, es clara la vinculación con el comercio que tienen las obligaciones asumidas en el Capítulo ambiental y el ámbito de ley ambiental comprendidos bajo el APC, lo cual debiera ser considerado para la admisión a trámite de este tipo de solicitudes.

IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES ADICIONALES

Sobre la confidencialidad de la información incluida en la Solicitud

64. La Secretaría ha indicado que los cinco solicitantes identificaron su información personal como confidencial; razón por la cual no reveló inicialmente al Consejo de Asuntos Ambientales (CAA) la identidad de los mismos¹⁵. Al respecto, el artículo 8 del Entendimiento para Implementar el Artículo 18.8 del APC, establece que la

¹⁴ Comisión Multisectorial para la Gestión de la Iniciativa del Aire Limpio para Lima y Callao (2019)

¹⁵ Mediante correo electrónico del 26 de julio de 2019 la Secretaría notifica al Consejo de Asuntos Ambientales la versión pública de la solicitud, la cual mantenía la identificación de los solicitantes en reserva. Con fecha 25 de setiembre de 2019, los miembros del Consejo de Asuntos Ambientales consultan a la Secretaría si remitirá la versión no confidencial de la información, sin embargo, la Secretaría mantuvo la identidad de los solicitantes en reserva hasta la notificación de la Carta Determinación SACA-SEEM/PE/02/2019.

Secretaría no proporcionará al público la información que reciba si el solicitante la identifica como confidencial:

“Artículo 8:

Confidencialidad

La Secretaría 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; (...) (Énfasis agregado)

65. Como se desprende de lo establecido en el Entendimiento, la información proporcionada por los solicitantes puede tener carácter confidencial, sin embargo, dicha reserva únicamente alcanza al público y no al Consejo de Asuntos Ambientales (CAA). Al respecto cabe indicar que, la Secretaría no cumplió con brindar a los miembros del Consejo de Asuntos Ambientales (CAA) la información referida a la identificación de los solicitantes de manera oportuna, pese a que dicha información fue requerida al momento en que se recibió la solicitud. De esta forma, la tramitación de la solicitud no habría sido realizada conforme a lo expresamente establecido en el APC.
66. De acuerdo a lo anterior, resulta imprescindible que la Secretaría no aplique este criterio y proporcione dicha información a los miembros del CAA desde un primer momento. Ello, no es meramente un asunto formal, toda vez que, de mantenerse, se generaría un defecto en la tramitación de cualquier solicitud presentada a la Secretaría, puesto que no permite a la Parte sobre la que versa la solicitud de cumplimiento, verificar si la solicitud cumple o no con los requisitos de admisibilidad.

V. CONCLUSIONES

67. 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 dirigida 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 MINAM y al MEF como entidades competentes del Poder Ejecutivo, y por ende entidades relevantes.
68. El Estado peruano ha cumplido con aplicar el artículo 3 de la Ley N° 28694, no existiendo el daño alegado en la Solicitud, pues tal como se ha sostenido:
- a) Las modificaciones del ISC que gravan los combustibles derivados del petróleo se efectúan 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, los cuales, respecto del ISC disponen que este se determinará, entre otros criterios, en función a la externalidad negativa que genera el consumo de los bienes afectos.
 - b) El ISC, de acuerdo a los lineamientos de política tributaria, es reconocido como 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.

- c) Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 28694, la determinación del ISC a los combustibles ha introducido el criterio de proporcionalidad al grado de nocividad por los contaminantes que éstos contengan.
- d) El Estado peruano ha aprobado los índices de nocividad relativa, encontrándose vigente a la fecha vigente el último INC correspondiente al periodo 2018-2019.
- e) Los montos fijos establecidos en los Decretos Supremos que modifican los ISC consideran en su evaluación INC y reflejan el principio de proporcionalidad tomando en consideración los rangos dispuesto por el artículo 61 del TUO de la Ley del IGV e ISC.

69. 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 ultimo INC para el periodo 2018 – 2019 sigue vigente y ha sido considerado como criterio para la determinación del ISC correspondiente al mismo periodo.

Cabe indicar además que, a la fecha se está en proceso de publicación del INC correspondiente al periodo 2020-21.

70. Según el artículo 8 del Entendimiento para Implementar el Artículo 18.8 del APC, la información proporcionada por los solicitantes puede tener carácter confidencial, sin embargo, dicha reserva únicamente alcanza al público y no al Consejo de Asuntos Ambientales (CAA) por lo que la Secretaría debe proceder según lo establecido.

71. Resulta fundamental recordar que las obligaciones asumidas en el marco del Capítulo Ambiental del APC no se han establecido de manera aislada a las obligaciones comerciales adoptadas en el referido acuerdo y considerar esta vinculación en la tramitación de las solicitudes ante la Secretaría de Asuntos de Cumplimiento Ambiental.

VI. PETITORIO

72. Teniendo en consideración los argumentos presentados por el Estado peruano a través del presente documento de respuesta, solicitamos a usted señor Director 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 Artículo 18.8 (2) y (4) del APC y tal como se ha desarrollado en el acápite anterior, el Estado 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.

73. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.8 (5) del APC, el Estado Peruano hace de conocimiento de la Secretaría que el asunto específico en cuestión no es materia de un proceso judicial o administrativo pendiente y que tampoco ha sido previamente materia de un proceso judicial o administrativo.

Lima, 1 de junio de 2020