



**UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS**

**FACULTAD DE DERECHO**

**PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO**

00183-2015-0-1801-JR-FC-06 (Expediente Privado)

02534-2013-0-1801-JR-CA-01 (Expediente Público)

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

Para optar el título profesional de Abogado

**AUTORA**

ARRIOLA GUTIERREZ, LISBET CATHERINE (0000-0001-6091-4216)

**Lima, 15 de febrero de 2023**

*DEDICATORIA*

*A mamá, papá y hermanas.*

## **EXPEDIENTE PRIVADO 00183-2015-0-1801-JR-FC-06**

**RESUMEN:** En el presente trabajo, se procederá a analizar el proceso judicial sobre divorcio por causal de separación de hecho, el cual encuentra se sustentó en que la cónyuge se retiró del hogar por más de dos años consecutivos, es decir, desde junio de 2012 hasta la admisión de la demanda en enero de 2015; adicionalmente, los cónyuges no procrearon hijos ni adquirieron propiedades.

El Sexto Juzgado de Familia de Lima admite la demanda, mediante Resolución N°1 el 19 de enero de 2015. El 20 de marzo de 2015, devuelve la Cédula de notificación al Central de Notificaciones del Poder Judicial por qué no se indicó el número de block y departamento. Mediante la Resolución N°8, el Juzgado ordena notificar a la dirección correcta.

El 21 de julio de 2015, el Juzgado, mediante la Resolución N°10, declara la existencia de una relación jurídica procesal, el saneamiento del proceso y la rebeldía de la demandada.

La sentencia declara que el demandante no ha ofrecido los medios probatorios que den cuenta del distanciamiento físico de los cónyuges desde el mes de junio de 2012; de igual manera, no se ha logrado acreditar el tiempo de separación alegada por el demandante haya sido por el plazo exigido por la causal contenida en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil.

La Primera Sala Especializada en Familia, mediante la Resolución N°5, el 05 de setiembre de 2016, emite su sentencia y REVOCA la sentencia contenida en la Resolución N°19, REFORMANDOLA la declararon FUNDADA, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial

Por último, en el análisis del presente trabajo se podrá observar que, en la sentencia de primera instancia, el A quo no efectuó una adecuada valoración de los medios probatorios presentados por las partes; lo cual podrá ser subsanado con la sentencia de la Sala Civil, al emitir una sentencia que integra todos los hechos y pruebas merituadas durante el proceso.

**PALABRAS CLAVE:** Divorcio, medios probatorios, separación de hecho, indemnización.

N°6026\_00183-2015-0-1801-JR-FC-06 (Expediente Privado)  
02534-2013-0-1801-JR-CA-01 (Expediente Público)

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>jurisprudencia.pj.gob.pe</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>2</b>	<b>Submitted to Universidad Peruana de Las Americas</b> Trabajo del estudiante.	<b>2%</b>
<b>3</b>	<b>repositorio.uladech.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>4</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>6</b>	<b>repositorio.ulasamericas.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>7</b>	<b>busquedas.elperuano.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>8</b>	<b>andrescusiarrredondo.files.wordpress.com</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>

9	<a href="http://vsip.info">vsip.info</a> Fuente de Internet	1%
10	<a href="http://repositorio.usmp.edu.pe">repositorio.usmp.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
11	<a href="http://pdfcoffee.com">pdfcoffee.com</a> Fuente de Internet	1%
12	<a href="http://juristasfraternitas.files.wordpress.com">juristasfraternitas.files.wordpress.com</a> Fuente de Internet	1%
13	Submitted to Universidad Católica San Pablo Trabajo del estudiante	1%
14	<a href="http://creativecommons.org">creativecommons.org</a> Fuente de Internet	1%
15	<a href="http://es.scribd.com">es.scribd.com</a> Fuente de Internet	1%

Excluir citas      Apagado

Excluir bibliografía      Activo

Exclude assignment template      Activo

Excluir coincidencias      < 20 words

## **ÍNDICE – EXPEDIENTE PÚBLICO**

### **1. RESUMEN DEL PROCESO**

1.1.SÍNTESIS DE LA DEMANDA POR PARTE DEL DEMANDANTE

1.2.SÍNTESIS DE PRIMERA INSTANCIA

1.2.1. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

1.2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.3. AUTO DE SANEAMIENTO PROCESAL

1.2.4. AUTO QUE FIJA LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1.2.5. SÍNTESIS DE AUDIENCIA DE PRUEBAS

1.2.6. SENTENCIA

1.3.SINTESIS DE RECURSO DE APELACIÓN

1.4.SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA SUPERIOR

### **2. IDENTIFICACION DE PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES**

### **3. ANALISIS DE LOS TEMAS JURIDICOS RELEVANTES**

### **4. CONCLUSIONES**

### **5. BIBLIOGRAFÍA**

## **1. RESUMEN DEL PROCESO**

### **1.1. Síntesis de la demanda por parte de la demandante**

Marco L.B, en adelante “el Demandante”, contrae matrimonio con Lilya S.A, en adelante “la Demandada”, el 30 de octubre de 2009. Los cónyuges no procrearon hijos ni adquirieron bienes muebles e inmuebles. Por último, el 25 de junio de 2012, el demandante pone una denuncia policial por el abandono del hogar de la demandada.

El demandante interpone demanda el 09 de enero de 2018 y solicita, como pretensión principal, el divorcio por causal de separación de hecho contenida en el Artículo 333, inciso 12, del Código Civil (Decreto Legislativo 295, 1984, Art. 333); como pretensión accesorio, el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Asimismo, el demandante argumenta que han concurrido los tres elementos requeridos para la configuración de la causal invocada:

- *Elemento objetivo:* Cese efectivo de la vida conyugal.
- *Elemento subjetivo:* La valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.
- *Elemento temporal:* Se requiere que la separación sea por un periodo de dos años si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad y cuatro si son menores de edad.

Por lo tanto, el demandante señala que, desde el 23 de junio de 2012, producto de la imposibilidad de continuar con la vida en común, la demandada se retiró del hogar conyugal y se encuentra separado por más de dos años.

En conclusión, el demandante solicita que su demanda sea declarada Fundada, dado que se configura la causal de divorcio contenida en el Artículo 333 inciso 12 del Código Civil (Decreto Legislativo 295, 1984, Art. 333)

### **1.2. Síntesis de primera instancia**

#### **1.2.1. Auto admisorio de la demanda**

La demanda de divorcio por causal de separación de hecho es ADMITIDA, mediante la Res. 1, por el Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

#### **1.2.2. Contestación de la demanda**

La Sexta Fiscalía Provincial de Familia de Lima, el 25 de febrero de 2015, contesta la demanda con lo siguiente:

- a. El 30 de octubre de 2009, el demandante contrajo matrimonio con la demandada.
- b. El 23 de junio de 2012, la demandante, en vista de la imposibilidad de llevar una vida en común con el demandante, se retiró del hogar conyugal, acreditado en una denuncia policial.

- c. De la obligación alimentaria, la demandada puede trabajar y solventar sus gastos, siendo una persona totalmente independiente.
- d. Que, para ser amparada la demanda, se debe comprobar el alejamiento material de uno de los cónyuges por un periodo ininterrumpido de dos años.
- e. Se debe dar a la demandada la oportunidad de apersonarse al Juzgado.

Asimismo, reserva su derecho de efectuar preguntas que crea conveniente en la etapa correspondiente.

### **1.2.3. Auto de saneamiento procesal**

Mediante la Resolución N°10, el Juzgado RESUELVE la existencia de una relación jurídica procesal válida, la rebeldía de la demandada, en tanto ha sido notificada oportunamente sin haberse apersonado al proceso; por último, el saneamiento del proceso.

### **1.2.4. Auto que fija los puntos controvertidos**

El demandante propone los siguientes puntos controvertidos:

- a. Determinar el periodo que estuvieron separados de hecho el demandante y la demandada.
- b. Determinar si procede el pago de alimentos de la demandada, teniendo en cuenta que el demandante es el cónyuge afectado y la edad de la demandante.
- c. Determinar si procede se declare la disolución del vínculo matrimonial con la demandada.
- d. Establecer la renuncia de la indemnización del demandante afectado, por decisión expresa en el escrito de la demanda.

El Sexto Juzgado de Familia de Lima, mediante la Resolución N°13 fija los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si se configura la causal de separación de hecho de los cónyuges durante el periodo ininterrumpido de dos años.
2. Determinar si procede declarar el divorcio por dicha causal.
3. Determinar si procede declarar el fenecimiento y la liquidación de la Sociedad de Gananciales; así mismo, estando a lo dispuesto en el Tercer Pleno Casatorio Civil – Casación N° 4664-10-Puno, de observancia vinculante en los procesos de familia, se deberá además determinar quién de los cónyuges resulto ser más perjudicado con la separación de hecho y de ser el caso se deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal (Corte Superior de Justicia de Lima, 2015, p.80).

### **1.2.5. Admisión de medios probatorios**

El Juzgado admite los siguientes medios probatorios del demandante:



1. Copia certificada de la partida de matrimonio civil de los cónyuges.
2. Copia certificada de la denuncia policial expedida por la Comisaría de Jesús María.

De la parte demandada, el Juzgado no admite ningún medio probatorio al haber sido declarada en rebeldía. De igual manera, de la parte co – demandada, el Ministerio Público, no se admite ningún medio probatorio al no haber sido ofrecido en su escrito de contestación de demanda.

Por último, dispone como PRUEBA DE OFICIO lo siguiente:

1. La ficha de datos del RENIEC correspondiente a la demandada.
2. El oficio que se cursara a la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior, a fin de que informen sobre el movimiento migratorio actualizado de la demandada.
3. El oficio que se cursara al Instituto Nacional Penitenciario – INPE, a fin de que informen sobre si la demandada se encuentra recluida en algún centro penitenciario del país.

#### **1.2.6. Sentencia**

El Sexto Juzgado Especializado en Familia de Lima, mediante la Resolución N°19 (Corte Superior de Justicia de Lima, 2015, p.133), declara INFUNDADA la demanda en base a los siguientes argumentos:

- El demandante señalo que el abandono de hogar aconteció en el mes de mayo del año 2012, pero en el escrito de la demanda estableció otra fecha.
- La demandada tiene como dirección en Reniec la misma que el demandante, por lo que no genera certeza al juzgado que no haya cohabitación entre los cónyuges.
- El demandante no ha ofrecido otros medios probatorios que den cuenta el distanciamiento físico de los cónyuges desde el mes de junio del año 2012, lo cual implica que no se puede determinar que el tiempo de separación alegado por el demandante haya superado el mínimo exigido por la norma.
- Si bien la demandada ha sido declarada en rebeldía dentro del proceso, este hecho no permite inferir, solo en base a la presunción legal que trae consigo dicha condición procesal, la separación de hecho alegada por el demandante.

Por lo tanto, el Juzgado concluye que el demandante no ha demostrado debidamente la separación alegada en la demanda

#### **1.3.Síntesis del recurso de apelación**

El 03 de diciembre de 2015, el demandante presenta su escrito con sumilla “Apelación de sentencia”, en donde plantea los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

- La sentencia no es congruente. El considerando Quinto y Sexto señalan que las obligaciones alimentarias no se encuentran al día, lo cual es

convalidado con el hecho que la demandada no ha manifestado posición contraria. Asimismo, no ha tomado en cuenta la constatación policial como prueba plena que la demandada no vive en el mismo domicilio que el demandante.

- Por otro lado, el Juzgado señala que, en vista que la ficha Reniec de la demandada tiene la misma dirección que el demandado entonces tienen vida en común, no toma en cuenta que la misma ha sido notificada válidamente en su domicilio en San Miguel. La mencionada notificación no produjo devolución alguna.
- Asimismo, la sentencia no se encuentra acorde al Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia por las siguientes razones:
  - a. La naturaleza jurídica de la causal invocada, artículo 333 inciso 12 del Código Civil (Decreto Legislativo 295, 1984, Art. 333), es de naturaleza objetiva y subjetiva. La demandada no ha contestado la demanda; asimismo, ha sido declarada rebelde, por lo que es posible señalar que existe una separación física entre los cónyuges y una intención de la demandada de no continuar la vida en común.
  - b. Para configurar la causal de la separación de hecho son los elementos material, psicológico y temporal:
    - Del elemento material es el cese de la cohabitación física de la vida en común. El demandante señala que ha presentado prueba plena, mediante denuncia policial, que la demandada se ha retirado del hogar conyugal; por lo tanto, las partes no hacen vida en común.
    - Del elemento psicológico es la inexistencia de voluntad de los cónyuges para reanudar la vida en común; la cual se manifiesta en el retiro del hogar conyugal de la demandada.
    - Del elemento temporal, se refiere al periodo de dos años de separación entre los cónyuges cuando no hayan procreado descendencia (cuatro años para cónyuges con hijos menor de edad).

#### **1.4.Sentencia emitida por la Sala Superior**

La sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima REVOCA la sentencia del Juzgado y la REFORMA, declarándola FUNDADA. Por lo tanto, disuelto el vínculo matrimonial, no fijo monto indemnizatorio a favor de ninguna de las partes al no existir cónyuge perjudicado y por fenecida la sociedad de gananciales, en base a los siguientes argumentos:

- La separación de los cónyuges cumple con lo establecido en el artículo 333 inciso 12 del Código Civil, lo cual fue revalidado en la Constatación Policial efectuada en el domicilio conyugal; es decir, cumple con los dos años de plazo si los cónyuges no tenían hijos menores de edad.
- En lo que respecta a la obligación alimentaria no resulta exigible, dado que los cónyuges no procrearon hijos dentro del matrimonio.

- De la indemnización, no ha sido motivo de apelación, ni existe solicitud, ni mucho menos pruebas que permitan determinar la existencia de un cónyuge perjudicado como consecuencia de la separación de hecho.

#### **4. IDENTIFICACION DE PROBLEMAS JURIDICOS**

De la revisión y evaluación del expediente, se advierten las siguientes cuestiones jurídicas:

- i. ¿Es la causal de separación de hecho la que genera el divorcio demandado?
- ii. ¿Correspondía otorgar indemnización por la separación de hecho a alguno de los cónyuges?
- iii. ¿Se encuentran motivadas las sentencias emitidas en primera y segunda instancia?

#### **5. ANALISIS DE LOS TEMAS JURIDICOS RELEVANTES**

Conforme lo expresado en el presente informe, resulta factible analizar sobre los puntos señalados precedentemente, considerando, además de los hechos suscitado en el proceso, también la doctrina y la jurisprudencia emitida sobre el particular:

- Respecto a la causal de separación de hecho

El matrimonio es el acto jurídico familiar por antonomasia (Varsi, 2011) es el origen del núcleo de la sociedad llamado familia, es la unión de un varón y una mujer por afecto con el objetivo de la procreación.

Las características del matrimonio, entre otras, son la unidad, la permanencia y la juricidad; es decir, es el vínculo entre un hombre y una mujer libres de impedimento con una relación jurídica válida (Zanoni & Bossert, 2016). Si bien existe el objetivo de la procreación de hijos, este supuesto no ocurre en todos los casos; por lo tanto, una familia sin hijos tiene igual derechos que aquellas que si los tienen, en aquello que se les aplica (Plácido, 2013).

La aceptación del concepto de divorcio en nuestro ordenamiento jurídico ha transitado desde lo inaceptable, en virtud de la gran influencia religiosa, hasta su acogida, dado el cambio sociológico. En el Código Civil de 1852, los matrimonios religiosos eran inquebrantables; posteriormente, mediante la Ley 7894 se incluyó el mutuo disenso como causal de divorcio. Esta norma abrió camino para el Código de 1936, el mismo que enumera una serie de supuestos de admisión al divorcio, entre las cuales, incluye el mutuo disenso.

En vista de lo mencionado, el Código de 1984 tiene influencia conservadora, con gran tendencia al sostenimiento del matrimonio que considera que el divorcio se produce a causa de uno o ambos cónyuges responsables, por lo que se le denomina “divorcio sanción”. Por otra parte, en vista del devenir histórico y los cambios en las relaciones interpersonales, es posible afirmar que se necesitaba plantear un supuesto en que los cónyuges, por mutuo acuerdo, tomaran la decisión del rompimiento del vínculo matrimonial; por lo aparece la tendencia del “divorcio

remedio”, el mismo que alivia cualquier tipo de separación y/o acción de los cónyuges la extinción del *affetio maritalis*.

El divorcio es el rompimiento del vínculo matrimonial. El rompimiento matrimonial genera trascendencia conyugal; dado que, la debilita y la desintegra (Varsi, 2011).

De igual manera, se requiere que existan medios probatorios para demostrar la culpabilidad de uno de los cónyuges y se pueda proyectar los efectos de responsabilidad sobre este (Zanoni & Bossert, 2016).

En el año 2001, mediante la Ley 27495, se incluye la causal de separación de hecho. Esta causal amerita de la presentación de 3 elementos de manera copulativa: material, psicológico y temporal.

- a) *Objetivo o material*. Es la manifestación del incumplimiento del deber de cohabitación, los cónyuges dejan de tener un domicilio común y rompen con su proyecto de vida en unión. En consecuencia, rompen con el cumplimiento de los demás deberes maritales.
- b) *Subjetivo o psíquico*. Es la falta de voluntad de uno o de los cónyuges en el mantenimiento del vínculo matrimonial.
- c) *Temporal*. Se configura por el plazo establecido en la norma; de dos años para cónyuges sin hijos menores de edad y cuatro, para cónyuges con hijos menores de edad.

La separación de hecho y posterior divorcio constituye un cambio el vínculo matrimonial que culmina con el rompimiento, los mismos que extinguen el acto jurídico matrimonial (Varsi, 2011).

En el presente caso, corresponde verificar si en el presente caso, el demandante cumplió con acreditar la concurrencia del elemento material, temporal y subjetivo, conforme se establece en la jurisprudencia de la materia.

Respecto de la verificación de la separación de los cónyuges, estos ya no cumplían con el deber de cohabitación (elemento material) desde el mes de junio de 2012, desde que la demandada abandona el hogar, fecha en el que el demandante solicita la constatación policial de abandono de hogar; considerando ello, se ha cumplido con acreditar, la fecha de la interposición de la demanda en la fecha enero de 2015, el elemento temporal, en cuanto al periodo de dos años exigidos por la norma civil (ya que no tienen hijos menores de edad).

Con relación al elemento psicológico, este queda demostrado con la voluntad de las partes de no continuar el vínculo matrimonial, en el caso del demandante de presentar la demanda de divorcio y, en el caso de la demandada, en no apersonarse al proceso y ser declarada rebelde. Por último, se pudo comprobar la separación mayor a dos años.

Posteriormente, para la liquidación de gananciales se requiere realizar un inventario de los bienes adquiridos por los cónyuges, en donde se determinan cuáles son bienes propios y cuáles de la sociedad para, luego, liquidar todas las deudas adquiridas durante el matrimonio y así poder cancelarlas (Bermúdez &

Pinedo, 2019); lo cual, no sería necesario, dado la inexistencia de bienes adquiridos durante en matrimonio.

En conclusión, se ha configurado la causal contenida en el artículo 333, inciso 12, del Código Civil.

- Indemnización por separación de hecho y posterior divorcio

El divorcio, por lo tanto, extingue la unión matrimonial y origina el fenecimiento de la sociedad de gananciales (Arias Schreider, 1998). Asimismo, el proceso requiere que todas las cuestiones de los cónyuges sean liquidadas.

Sobre el particular, el Código Civil establece que el Estado, mediante la autoridad jurisdiccional, cuida la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; para lo cual determinara una indemnización por los daños que este hubiera afrontado (Ley 31309, 2021, Artículo 345-A).

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia, con fecha 18 de marzo de 2011, emitió el Tercer Pleno Casatorio Civil, en el que constituyó precedente judicial vinculante, entre otras, que el Juez deberá velar por el cónyuge perjudicado y que se manifestará con o sin necesidad de la intervención de las partes. Respecto a la indemnización, será a pedido de parte, salvo renuncia de parte y de oficio, al plantearlos como puntos controvertidos. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, Tercer Pleno Casatorio Civil, Artículo 5)

En el caso en particular, ninguna de las partes invocó la existencia de cónyuge más perjudicado con el divorcio; por lo que, al no existir medio de prueba al respecto, no correspondía establecer indemnización alguna.

Sin perjuicio de ello, de oficio el Juez puede establecer una indemnización a favor del cónyuge perjudicado, siempre que durante el proceso alguna de las partes haya manifestado sucesos concretos de los que se pueda inferir su condición de cónyuge más perjudicado con el divorcio.

En vista que ninguno de los cónyuges se manifestó sobre la indemnización, es preciso señalar, que a ninguno les correspondía; tal como, oportunamente, se manifestó el Juzgado.

- Con relación a la motivación de las sentencias

Del análisis del presente caso, se puede apreciar que la motivación de la sentencia de primera instancia no fue adecuada, toda vez que no valoró ni analizo los medios probatorios presentados por las partes ni las actuadas de oficio de manera conjunta, como, por ejemplo, el Acta de Constatación Policial de Abandono de Hogar, en el cual se podía observar claramente que la demandada no cohabitaba la misma propiedad con el demandado.

Esta situación fue corregida por la Sala, toda vez que ésta si valoro de manera conjunta y coherente todos los medios probatorios presentados por las partes (incluyendo el contenido de lo señalado por el Acta de Constatación Policial de Abandono de Hogar) y los integro en la sentencia de segunda instancia.

Sobre el particular, es posible señalar que el Juzgado ha considerado que la dirección de la demandada es la misma que la del demandado, a pesar de ésta haber sido declarada rebelde, lo cual implica que no se ha apersonado al proceso y es evidente la falta de interés sobre el particular; por lo tanto, la motivación aparente es aquella que no da razones mínimas que sustenten su decisión (Tribunal Constitucional, 2006, p. 37) y es lo que se ha configurado en el presente caso.

La motivación de las resoluciones judiciales implica el control de la discrecionalidad, la contraposición jurisprudencial y doctrinal entre la motivación completa y suficiente (Aliste Santos, 2018). En consecuencia, es válidamente revocada por la Sala por no haber dado una razón mínima y coherente al demandando sobre las pruebas brindadas durante el proceso.

## 6. CONCLUSIONES

- En el expediente bajo análisis se estableció como causal para requerir el divorcio, la referida a la separación de hecho, la cual se encuentra tipificada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil.
- Dicha causal, conforme a la jurisprudencia y doctrina, consta de tres elementos: material, temporal y psicológico, los cuales han sido debidamente acreditados por el demandante; no obstante, recién fueron valorados adecuadamente, en la sentencia de la segunda instancia.
- Con relación a la indemnización, esta no fue requerida ni por el demandante ni por la demandada; asimismo, tampoco fue considerada, de oficio, por el Juez ni por los Magistrados, debido a que durante el proceso ninguna de las partes manifestó sucesos concretos de los que se pudiera inferir su condición de cónyuge más perjudicado con el divorcio.
- Si bien en la primera instancia se evidenció una mala motivación de la sentencia (no se valoraron de manera conjunta las pruebas presentadas por las partes), la Sala Civil en la sentencia de segunda instancia, realizó una adecuada valoración de las mismas y efectuó un análisis íntegro de los hechos y pruebas ofrecidas durante el proceso.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- Aliste, T. (2018). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Marcial Pons.
- Arias-Schreiber, Max. (1998). *Exegesis del Código Civil de 1984*. Gaceta Jurídica.
- Bermúdez, M. y Pinedo, M. (2019). *El proceso de Familia, un tratamiento realista del conflicto familiar*. Gaceta Jurídica.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2011). *Tercer Pleno Casatorio del 2011*.
- Código Civil Peruano [CCP]. Decreto Legislativo 295 de 1984, Artículo 333. 25 de julio de 1984.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2015). *Expediente 00183-2015-0-1801-JR-*

Plácido, A. (2013) *El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo*. Vox juris.

Reyes, E. (2015). *La indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho. A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo del 2015*. [Tesis de licenciatura, Universidad De Piura]. Repositorio Institucional de la UDEP. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2484>

Tribunal Constitucional (2006). *El Exp. N.º 0896-2009-PHC/TC*. Magistrado ponente Landa Arroyo

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.

Zanoni, Eduardo A. y Bossert, Gustavo A. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Astrea SRL.

## **EXPEDIENTE PÚBLICO 02534-2013-0-1801-JR-CA-11**

**RESUMEN:** El presente trabajo expone y analiza el proceso contencioso administrativo seguido por Sedapal en contra el Tribunal Fiscal e Industrias del Papel S.A. como litisconsorte necesario. Sedapal demanda la nulidad de la Resolución N°21850-10-2012 dado que vulnera el principio de finalidad pública en la modalidad de protección del recurso natural del agua, falta de acción sobre el rol del Estado como regulador del aprovechamiento sostenible y de recuperación de los recursos naturales, falta de motivación pues constituye una decisión arbitraria y motivación insuficiente porque no ofrece certeza jurídica pues no sustenta la resolución en una interpretación acorde a derecho.

En primera instancia, el Juzgado declara INFUNDADA la demanda de Sedapal, dado que señala que la decisión ha sido emitida luego de la revisión exhaustiva de la documentación presentada por las partes, la aplicación de la jurisprudencia constitucional y observando las demás disposiciones legales aplicables al caso. Respecto a la motivación, señala que el pronunciamiento ha sido emitido en base al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso y, atendiendo cada uno de los argumentos de defensa. Por último, Sedapal indica normas relacionadas a la naturaleza jurídica de los recursos hídricos como patrimonio nacional, aspecto que no es materia de controversia en el presente caso.

Sedapal apela la sentencia de primera instancia, la Sala CONFIRMA la sentencia de primera instancia bajo la misma premisa en que el cobro realizado se ha realizado bajo la vigencia de normas que han vulnerado el principio de reserva de ley.

Por último, Sedapal interpone recurso de casación a la sentencia de la Sala argumentando una vulneración a la protección del recurso natural del agua, su explotación responsable y la política de preservación.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente declara FUNDADO el recurso; así, CASARON la sentencia de vista, dado que el pago por el servicio en controversia es un deber de todos los usuarios del recurso natural que sirve para el mantenimiento del mismo.

**PALABRAS CLAVE:** Uso de agua subterránea, proceso contencioso administrativo, derecho al agua, control difuso, reserva de ley, recurso de casación, motivación de las resoluciones judiciales.



## **ÍNDICE – EXPEDIENTE PRIVADO**

### **1. RESUMEN DEL PROCESO**

1.1.SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.2.SÍNTESIS DE PRIMERA INSTANCIA

1.2.1. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

1.2.2. SINTESIS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.3. AUTO DE SANEAMIENTO PROCESAL

1.2.4. DICTAMEN FISCAL N°185-2014

1.2.5. SENTENCIA

1.3.SINTESIS DE RECURSO DE APELACIÓN

1.4.SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA SUPERIOR

1.5.RECURSO DE CASACIÓN

### **2. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURIDICOS RELEVANTES**

### **3. ANALISIS DE LOS TEMAS JURIDICOS RELEVANTES**

### **4. CONCLUSIONES**

### **5. BIBLIOGRAFÍA**

## **1. RESUMEN DEL PROCESO**

### **1.1.SINTESIS DE LA DEMANDA POR PARTE DEL DEMANDANTE**

El Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima, en adelante “Sedapal”, interpone demanda de nulidad de resolución administrativa en contra del Tribunal Fiscal – Décima (10º) Sala; a efectos de impugnar el acto administrativo contenido en la Resolución del Tribunal Fiscal N°21850-10-2012 (Tribunal Fiscal, 2012), en adelante “la resolución”, notificada mediante Oficio N°017718-2012-EF/40.01 el 02 de enero de 2013 recaída en el procedimiento administrativo seguido contra Industrias del Papel S.A.

Sedapal solicita se declare la nulidad de la resolución, como pretensión principal, y que se restituya en todos sus efectos jurídicos las Resoluciones de Determinación N°240042000010876-2012/ESCE, 553081400010835-2012/ESCE y 603315000010774-2012/ESCE (Sedapal, 2013), como pretensión accesoria, por cuanto el Tribunal Fiscal las dejó sin efecto al expedir la Resolución.

Los antecedentes normativos de la resolución son los siguientes:

- Mediante la Ley N°23230 el Poder Legislativo delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre la organización, competencia y funcionamiento de los Ministerios. En virtud de la norma mencionada, se promulgo el Decreto Legislativo N°148, de fecha 15 de junio de 1981, el mismo que creo la “Tarifa de agua subterránea para las provincias de Lima y Constitucional del Callao.
- Se reservan las aguas subterráneas de los acuíferos de las provincias de Lima y Callao a favor de ESAL (en la actualidad es Sedapal) a través del Decreto Supremo N°021-81-VC, de fecha 23 de junio de 1981.
- El DL N°148 y el DS N°021-81-VC fueron promulgadas durante la vigencia del Decreto Ley N°17552, Ley General de Aguas, en cuyo artículo 12 nació la obligación de pago de quienes aprovechan las aguas subterráneas.
- El Decreto Supremo N°008-82-VI, de fecha 16 de febrero de 1982, estableció los elementos esenciales de la “Tarifa de agua subterránea”; tales como, sujetos, hecho imponible y cuantía.
- La tarifa de agua subterránea fue promulgada por el DS N°008-82-VI, la misma tomo como referencia el total de la tarifa de agua y alcantarillado vigentes para los usuarios conectados a las redes de los servicios que administra Sedapal.

Sobre los vicios de nulidad de la Resolución por defectos en sus requisitos de validez:

- Sedapal señala que la Resolución como acto administrativo adolece de vicio de nulidad al contravenir el inciso 3), del artículo 3º concordante con el inciso 5.3), del artículo 5º de la Ley 27444; dado que incumple con la finalidad pública, es decir, se ha concretado como un acto administrativo de interés público o general, sin perseguir alguna finalidad a favor de la propia autoridad o de terceros.
- De igual manera, vulnera el artículo 66 de la Constitución, respecto al aprovechamiento de los recursos naturales. El artículo 67º, concordante

con el artículo 2° de la Ley 268212 y con el artículo 4° de la Ley N°28611 que consagran el rol del Estado como regulador del aprovechamiento sostenible y de la recuperación de los recursos naturales.

- Asimismo, los artículos 1,2,3 y 20 de la Ley N°268212 de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, con los artículos 1, 2, 90 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29338 de Recursos Hídricos y los artículos 4, 5, 6 y 7, inciso 7.1) de la Ley N° 28611 General del Ambiente.
- Las normas mencionadas realizan un bosquejo de la naturaleza jurídica de las aguas y desarrollan el principio de que no existe propiedad privada sobre ellas, las mismas que como recursos naturales conforman el patrimonio de la Nación.
- Por último, contraviene el inciso 4) del artículo 3° de la Ley N°27444 pues la motivación del acto administrativo debió efectuarse en proporción a los parámetros jurídicos del control difuso establecidos en el ordenamiento jurídico y desarrollados como jurisprudencia por el Tribunal Constitucional.
- El Tribunal Fiscal no ha tomado en cuenta los precedentes de observancia obligatoria establecidos en los Expedientes N°03741-20004-AA/TC y 0008-2010-PI/TC para el control difuso del DL N°148 y del DS N°008-82-VI como son:
  - i) Se encuentra pendiente un examen de constitucionalidad a ser resuelto.
  - ii) Que el DL N°148 y del DS N°008-82-VI fueron promulgados durante la vigencia de la Constitución de 1979; por lo que, no pueden ser interpretadas bajo la Constitución actual.
  - iii) Se ha debido evaluar el “Bloque de constitucionalidad” durante el análisis de inconstitucionalidad.

Sobre el “control difuso” del DL N°148 y el DS N°008-82-VI se ha debido seguir el siguiente razonamiento para poder salvar la supuesta inconstitucionalidad acusada:

- La Resolución impugnada adolece de insuficiente motivación, toda vez que invoca la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional orientada al ejercicio jurídico para la aplicación de las leyes y reglamentos en lugar de invocar la Jurisprudencia que establece los criterios de inaplicación de las normas legales, los mismos que han sido desarrollados por el TC en el Exp. 02132-2008-PA/TC.
- El TF debió buscar hasta donde sea razonablemente permisible una interpretación que armonice con la Constitución como norma suprema del Estado; la misma se encuentra en la sentencia emitida en el Expediente N°04899-2007-PA/TC en el voto de discordia del Magistrado Landa Arroyo.
- Sedapal sostiene que no es el DL N°148 el que crea la obligación de pago de la tarifa por uso de agua subterránea, sino el propio Decreto Ley N°17752 a través de su artículo 12; toda vez que, a diferencia del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1979, el artículo 74° de la

Constitución Política del Perú de 1993 establece el principio de “Reserva de Ley Relativa”, en virtud de la cual, los Gobiernos Locales y el Poder Ejecutivo pueden ejercer la potestad tributaria.

- Por último, se debió tomar en cuenta los votos en discordia de la Sentencia emitida en el Expediente N°5149-05 por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima; la cual señalan que, a la fecha de creación de la tarifa por uso de aguas subterráneas y en razón a su naturaleza, los ingresos económicos obtenidos por el Estado, a través de Sedapal no constituían un recurso tributario sino un recurso financiero, de conformidad con los artículos 118° y 66° de las Constituciones Políticas del Perú de 1979 y de 1993, respectivamente.

En conclusión, la resolución vulnera el Art. 10 de la Ley 27444, dado que contraviene la Constitución, dado que ha omitido un examen sobre la naturaleza jurídica de la tarifa de agua subterránea la misma que se bosqueja como recurso financiero del Estado que se obtiene por la explotación de recursos naturales orientados a financiar las actividades de las EPS para la preservación y conservación de los acuíferos de Lima y Callao.

## **1.2.SINTESIS DE LA PRIMERA INSTANCIA**

Mediante la Resolución N°1, de fecha 18 de abril de 2013, el Juzgado ADMITE la demanda de Sedapal contra el TF e incorpora a IPSA como litisconsorte necesario pasivo (Corte Superior de Justicia de Lima, 2013, p.92).

IPSA contesta la demanda y solicita sea declarada INFUNDADA en base a los siguientes argumentos:

### *a) Sobre el control difuso del DL N°148 y el DS N°008-82-VI*

Sedapal señala que la resolución materia de impugnación carece de motivación al no efectuar un análisis detallado de los motivos que llevan a indicar inaplicar al caso concreto el DL N°148 y el DS N°008-82-VI, señalando de manera reiterada que el TF no efectuó un examen de constitucionalidad; sin embargo, omite señalar que esta fundamentación e interpretación de las normas en contraposición con la Constitución ha sido efectuada de manera exhaustiva en la Sentencia del 17 de agosto de 2010 emitida por el TC en el Expediente N°4899-2007-PA/TC donde se declaró fundada la Acción de Amparo contra Sedapal implicándose al caso concreto el DL N° 148 y el DS N°008-82-VI. Asimismo, el demandante toma como argumento el voto en discordia de tres magistrados del TC en dos sentencias distintas; pero, no toma en cuenta que los votos en discordia, si bien establecen la opinión o criterio de los magistrados, éstos no tienen carácter vinculante frente a los argumentos esgrimidos por los demás integrantes del Tribunal los cuales son los que resuelven en última instancia la controversia.

### *b) Inconstitucionalidad de la cobranza*

El TC ha establecido de manera expresa que la exacción tributaria creada mediante el DL N°148 y regulada por el DS N°008-82-VI vulnera el principio de reserva de ley en materia tributaria, tal como ha sido recogido por el TF en la resolución materia del proceso.

La Sexta Fiscalía Provincial Civil analiza el caso de la siguiente manera:

- La Ley 23230 delego facultades al Ejecutivo y este promulgo el DL 148 y el DS 008-82-VI; los mismos que vulneran el principio de reserva de ley dado que no se establecen los elementos esenciales del tributo. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo excedió lo encomendado por el Poder Legislativo.
- Respecto a la tarifa, la Fiscalía sigue el razonamiento del Tribunal Constitucional y la califica de inconstitucional por no contener los elementos esenciales del tributo.
- Asimismo, de los preceptos constitucionales, se colige que es potestad del juez ejercer un control difuso de las normas institucionales, inaplicando la ley o norma con rango de ley que sea contraria a las disposiciones constitucionales. Así pues, en plena ejecución de sus facultades, el TC, al inaplicar el DL N°148 y el DS N°008-82-VI ha actuado como el supremo interprete de la Constitución.
- El TF al expedir la Resolución actuó en sujeción a la Ley, dado que aplicó lo dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente N°04899-2007-PA/TC, el cual declaro la inaplicabilidad del DL N°148 y el DS N°008-82-VI, al encontrarlos contrarios a los principios que inspiran la constitución en materia tributaria, dado que la mencionada delegación deberá de tener una atribución originaria. Pues, cuando no establece los elementos esenciales y los límites de la misma se estaría brindando una delegación incompleta o en blanco que generaría la vulneración al principio de reserva de ley.

En conclusión, la Fiscalía Provincial Civil de Lima, en cumplimiento del artículo 1° del Decreto Legislativo N°052 Ley Orgánica del Ministerio Público (Ministerio de Justicia del Perú, 1981, DL N°052, Artículo 1), es de la opinión que se declare INFUNDADA la demanda.

Mediante la Resolución N°7, (Corte Superior de Justicia de Lima, 2013, p.150), emite su sentencia en donde declara INFUNDADA la demanda por lo siguiente:

- De la resolución en controversia no se evidencia que la administración haya parcializado su decisión a favor del codemandado como erróneamente alega el recurrente, por el contrario, dicha decisión ha sido emitida luego de la revisión exhaustiva de la documentación presentada por las partes, la aplicación de la jurisprudencia constitucional y observando las demás disposiciones legales aplicables al caso.
- El TF ha emitido la resolución en controversia atendiendo los argumentos de defensa de las partes, llegando a la conclusión que el pago y disfrute de agua subterránea que se sustentaban en un DL declarado inaplicable, lo que evidencia que pronunciamiento citado se encuentra debidamente motivado.
- No es materia de controversia las normas relacionadas a la naturaleza jurídica de los recursos hídricos: artículo 66 de la Constitución y artículos 1, 2, 3 y 20 de la Ley N 26821 Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

- Dado que el demandante peticiono como pretensión accesoria restituir los efectos jurídicos de las resoluciones de determinación que generaron la resolución en controversia; dado que, se desestimó la pretensión principal, no corresponde amparar la pretensión accesoria.

En conclusión, el Juzgado señala que ha quedado demostrado que Sedapal ha efectuado el cobro por el uso de agua subterránea a IPSA tomando como sustento las disposiciones legales contenidas en el DL 148 y el DS 008-82-VI, normas que constituyen una clara vulneración de la Constitución pues con ellas el Poder Ejecutivo creo tributos sin tener la autorización formal y expresa del Congreso de la República para crear tributos, vulnerando el principio de reserva de Ley.

### **1.3.SINTESIS DE RECURSO DE APELACIÓN DE SEDAPAL**

Sedapal presenta el Recurso de Apelación en contra de sentencia que declaro INFUNDADA la demanda, la misma que fundamenta con los siguientes argumentos:

- *Se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva previsto en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución y el principio del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución concordante con la Segunda Disposición Final de la Ley N 28301 y con el artículo VI del Título Preliminar de la Ley 28237:*
  - a. La resolución objeto de controversia omite o desconoce la jurisprudencia de obligatorio cumplimiento establecida en el TC en el Expediente N 03741-2004-AA/TC.
  - b. La Judicatura debió tomar en cuenta que para realizar el control difuso en la vía administrativa del DL 148 y del DS 008-82-VI, el TF debió seguir las mismas reglas que observan todos los órganos jurisdiccionales, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley 28237.
  - c. La Judicatura debió tomar en cuenta que para realizar el control difuso el TF debió valorar de todo el bloque de constitucionalidad conformada por el conjunto de dispositivos constitucionales e infraconstitucionales relacionados con el aprovechamiento de las aguas subterráneas y con Sedapal.
- *El bloque constitucional contenido en el artículo 66 y 67 de la Constitución, de la Ley N 26821 Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, de la Ley 29338 de Recursos Hídricos y de la Ley General del Ambiente:*
  - a. De la lectura sistemática del artículo 2, inciso 22 y de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales, en tanto patrimonio de la nación deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general,

- correspondiente al estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto (Corte Superior de Justicia de Lima, 2013) .
- *De la falta de valoración jurídica, la Judicatura omite un adecuado control de la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones administrativas del TF, vulnerando el artículo 148 de la Constitución concordante con el artículo 1 del DS 013-2008-JUS:*
    - a. La Judicatura debido advertir que cuando se dictó el DL 148 estaba vigente la anterior Ley General de Aguas, Decreto Ley 17752, en cuyo artículo 12 se originó la obligación de las personas naturales o jurídicas que usan las aguas subterráneas y que, por lo tanto, están obligadas a realizar el pago de tarifas por la extracción y/o aprovechamiento de este recurso natural.
    - b. Ha debido tomar en cuenta el voto en discordia producido en el Expediente N 04899-2008-PA/TC en donde se sostiene que no es el DL 148 el que crea la obligación del pago de la “Tarifa por uso de agua subterránea”, sino del propio Decreto Ley 17752 a través de su artículo 12; toda vez que, a diferencia del artículo 74 y 139 de la Constitución establece el principio de Reserva de Ley relativa, en virtud de la cual, los Gobiernos Locales y el Poder Ejecutivo pueden ejercer la potestad tributaria.
    - c. De igual modo, no toma en cuenta que las aguas subterráneas son recursos naturales que requieren ser preservados.
    - d. Asimismo, se vulnera el artículo 10 de la Ley 27444 en tanto no realiza un examen sobre la naturaleza de la tarifa del agua subterránea.
    - e. El principio de reserva de ley es absoluto, en tanto que solo el Congreso detenta el poder tributario originario. En su aspecto relativo, los Gobiernos Locales y el Poder Ejecutivo pueden ejercer la potestad tributaria originaria.
  - *La Judicatura vulnera los principios de recuperación de los recursos naturales y de prevalencia de la protección del ambiente y de los recursos naturales sobre otros derechos, derivados de los artículos 66 y 67 de la Constitución.*
    - a. Los artículos 4, 5, 6 y 7, inciso 7.1) de la Ley 28611 General del Ambiente incorporan los principios de *recuperación de los recursos naturales* y de *prevalencia de la protección del medio ambiente y de los recursos naturales sobre otros derechos*; asimismo, consagran su protección y conservación como *causa de necesidad pública* y, siendo que, establecen como *nulos los actos jurídicos contrario a las normas de conservación de los recursos naturales*.
    - b. Sobre la preservación de los recursos naturales el Pleno del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia emitida en el Expediente N°0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional, 2004, p.28) que, la preocupación por la preservación de los recursos naturales en el ámbito de los procesos de inversión debe

considerar factores no monetarios (por ejemplo, las realidades sociales, culturales y ecológicas).

- c. Los artículos 66 y 67 de la Constitución, respecto a la protección del ambiente y los recursos naturales, se desarrollan mediante la Ley 26821 Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; la misma que protege el recurso natural del agua y que, el demandante, considera que está siendo vulnerado en el presente proceso.
  - d. Bajo ninguna condición, el Estado, puede delegar su deber de regular y proteger los recursos naturales del territorio nacional.
- *Cabe precisar que en materia de recursos naturales el TC ha establecido con meridiana claridad que debe priorizarse el interés general por encima de intereses particulares y en el caso concreto del agua subterránea a nivel constitucional es un recurso natural que cumple un rol esencial para el individuo y la sociedad.*

#### **1.4.SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA SUPERIOR**

La Sala CONFIRMA la sentencia emitida mediante Resolución N°07 que declara INFUNDADA la demanda, en base a los siguientes argumentos:

- Establecer si el DL N°148 y el DS N°008-82-VI quebrantan el principio constitucional de reserva de ley contenido en el Artículo 74 de la Constitución.
- El artículo 66 de la Constitución determina que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que es susceptible de ser aprovechado por el ser humano; lo mismo que se encuentra en concordancia con el artículo 2 de la Ley 26821 (Congreso de la República, 1997, Ley 26821, Art. 2).
- De los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural y que en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, los frutos y productos, en tanto no haya sido concedido por algún título a los particulares, dando lugar su aprovechamiento a una retribución pecuniaria determinada por criterios económicos, sociales y ambientales (Congreso de la República, 1997, Ley 26821, Art. 19 y 20)..
- El Tribunal Fiscal motivo oportunamente su resolución, pues se sujetó a lo que el Tribunal Constitucional había ya establecido sobre la inconstitucionalidad de la tarifa de agua subterránea en los expedientes N° 4899-2007-PA/TC, 0042-2004-AI/TC y 1837-2009-PA/TC (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 2013).

Por las consideraciones antes expuestas debe desestimarse los agravios expuestos en el recurso y confirmarse la sentencia recurrida, pues como fluye de lo precedentemente expuesto la resolución expedida por el Tribunal Fiscal no incurrió en vicio que conforme el Inciso 1) del Artículo 10° de la Ley N° 27444 (Congreso de la República del Perú, 2001, Ley 27444, artículo 10) acarrea la declaración de nulidad de un acto administrativo, tanto más si el



fundamento 50° de la STC N° 03741-2004-AA/TC, que el apelante invoca como sustento, reprodujo lo que el Tribunal Constitucional dejó establecido en la jurisprudencia que sirvió de fundamento al Tribunal Fiscal para expedir la decisión objeto de este proceso.

### **1.5.RECURSO DE CASACION**

La Casación N°3325-2016 (Corte Suprema de Justicia, 2017, Casación Civil N°3325-2016, pág. 26) declara FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por Sedapal; en consecuencia, NULA la RTF N°21850-10-2012. En base a los siguientes argumentos:

- a) *De la motivación de la resolución.* No la considera fundada por que cada uno de los argumentos del demandante han sido respondidos y desarrollados tanto por el Juzgado como por la Sala. En consecuencia, la corresponde desestimarla.
- b) *El TF se habría atribuido la facultad para ejercer control difuso de constitucionalidad.* La adopción de una decisión de fondo por parte del TF en casos como el sub-judice no supone, en estricto, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas que se circunscriben en el caso concreto. En consecuencia, esta causal fue desestimada.
- c) *Respecto a las causales de los derechos humanos y medio ambiente – derecho al agua.* El demandante se encuentra constitucional y legalmente facultada para cobrar retribución económica por el uso del agua subterránea por ser un recurso natural de patrimonio y soberanía del Estado (Corte Suprema de Justicia, 2017, Casación Civil N°3325-2016, p. 26).

## **2. IDENTIFICACION DE PROBLEMAS JURIDICOS RELEVANTES**

De la revisión y evaluación del expediente, se advierten las siguientes cuestiones jurídicas:

- i) ¿Ha sido respetado el principio de reserva de ley durante el proceso de promulgación el DL N°148 y el DS N° 008-82-VI?
- ii) ¿La delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo permite la creación de tributos?
- iii) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tarifa y retribución de agua subterránea?

## **3. ANALISIS DE LOS TEMAS JURIDICOS RELEVANTES**

Conforme lo expresado en el presente informe, resulta factible analizar sobre los puntos señalados precedentemente, considerando, además de los hechos suscitado en el proceso, también la doctrina y la jurisprudencia emitida sobre el particular:

- i) Creación de tributos en el ordenamiento jurídico peruano  
Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la definición del tributo es la siguiente:

Lo anteriormente expuesto se sustenta en la propia definición de lo que técnicamente se entiende por tributo, que aun cuando de modo expreso no

haya sido recogida en nuestra legislación, no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina. Así, en la STC 3303-2003-AA/TC (fundamento 4), este Tribunal ha recogido la definición en la que se establece que el tributo es la “obligación jurídica pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley” (Ataliba, 1987, p. 37, como se cita en Tribunal Constitucional, 2009, p. 4). En efecto, la denominada tarifa se configura como un mandato legal impuesto a quienes incurran en el hecho generador del tributo. (Tribunal Constitucional, 2009, Exp. 01837-2009, p.4)

Así podría esbozar una definición de tributo como la obligación de los ciudadanos que no amerita determinada respuesta del Estado, la cual deberá ser contenida en una ley.

Las clases de tributos son el impuesto, contribución y tasa. En primer lugar, el impuesto es una obligación del contribuyente que no amerita una contraprestación del Estado. En segundo lugar, la contribución exige una actividad del estado (obras públicas, entre otros) que beneficie al sujeto activo (impuesto a la renta, IGV, impuesto predial, entre otros). Por último, la tasa requiere de una actividad del Estado mediante un servicio público y pueden ser arbitrios, sostiene la existencia de un servicio público, derechos, requiere una acción del estado mediante un servicio o el aprovechamiento de un bien estatal; finalmente, la licencia, que permite realizar una actividad económica que el Estado haya predeterminado con requisitos para su desarrollo.

El Artículo 74 de la Constitución contiene la obligación constitucional de emitir tributos mediante una ley, es decir, el principio de reserva de ley (Congreso de la República del Perú, 2016, Constitución Política del Perú). Por lo tanto, respecto a la controversia del expediente, los tributos deben ser promulgados por una ley. Así, las normas que fundamentaron el cobro de Sedapal a IPSA vulnera el principio de reserva de ley por que fueron determinados en decreto supremo y no en una ley. La formalidad es un deber constitucional que debe cumplir las autoridades para generar predictibilidad al usuario.

En conclusión, la evidente inconstitucionalidad de las normas que generaron la obligación de pago de Backus, apoyado por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, implica la nulidad de la consecuencia de hecho.

- ii) La delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo  
Dentro de los alcances del Congreso de la República se encuentra la delegación de facultades, establecido en el Artículo 103 de la Constitución del Perú.

Mediante la Ley N°23230 (Congreso de la República del Perú, 1981, Ley 23230, Artículo 1) el Congreso delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre la organización, competencia y funcionamiento de los Ministerios por el término de 90 días; con el objetivo de trabajar en el proyecto de descentralización.

En virtud de la mencionada norma, el Decreto Legislativo N°148 y su Reglamento se promulgaron y superan el principio de reserva de ley, pues no cumplen con la formalidad. La “tarifa por agua subterránea” es clasificada como tasa – derecho, en tanto el derecho generador es la utilización de un bien público, es inconstitucional para el Tribunal Constitucional.

En conclusión, al superar las facultades conferidas por el Poder Legislativo se creó un conflicto jurídico que, a todas luces, ha afectado al administrado por los costos económicos que implica el cobro ilegal y la sustentación del proceso; pero, principalmente, la poca previsión del Estado para salvaguardar el recurso más importante para la preservación de la vida humana: el agua.

iii) Naturaleza jurídica de la tarifa y retribución de agua subterránea.

La naturaleza de la “tarifa de agua subterránea” establecida en el Decreto Legislativo N°148 *es un recurso financiero del Estado que se obtiene por la explotación de bienes del Estado y no por la prestación de servicios públicos y que, en tal sentido, al no ser considerado tributo esta nunca fue derogada por el Decreto Ley N°25988 o por el Decreto Legislativo N°771.* (Tribunal Constitucional, 2009).

Por su parte, la retribución económica es el pago obligatorio que deben realizar todos los usuarios de agua, según el artículo 91 de la Ley de Recursos Hídricos.

En suma, es importante notar la importancia en la precisión de los términos para que sea compatible el objetivo y misión del Estado en la protección del recurso natural del agua; en caso contrario, se vulnera el derecho de todos los ciudadanos de salvaguardar los recursos naturales que mantienen la vida humana.

#### **4. CONCLUSIONES**

La controversia del presente expediente se refiere a la legitimidad del cobro por la tarifa de agua subterránea. Por una parte, el Tribunal Fiscal, el Juzgado y la Sala son de la opinión que el cobro realizado por Sedapal contraviene el principio de reserva de ley y que, por lo tanto, no corresponde el pago de la tarifa por IPSA. Por el contrario, Sedapal y la Corte Suprema son de la opinión que la legitimidad

del cobro se encuentra desde la Ley General de Aguas y, por otro lado, en el deber del Estado en la preservación del recurso natural.

En primer lugar, es de notar que el derecho al debido proceso y a la motivación de las sentencias ha sido protegido en cada una de las instancias, dado que han sido emitidas acorde a derecho y la jurisprudencia pertinente.

Por otro lado, respecto al cobro de la tarifa de aguas subterráneas ha quedado demostrado que las normas de sustento, DL 148 y DS 008-82-VI, fueron emitidas en clara vulneración de la Constitución; el Poder Ejecutivo creó tributos sin tener la autorización plena del Congreso, vulnerando el principio de reserva de ley. Por lo tanto, la demanda de Sedapal fue declarada infundada de manera correcta en el Juzgado y la Sala.

Por su parte, la Corte Suprema incluyó aspectos tales como la protección del recurso natural del agua y el análisis de la legitimidad de Sedapal para realizar el cobro, concluyendo que el deber de Sedapal de cobrar una tarifa por agua subterránea nació en la Ley 17752 General de Aguas. Así pues, la Corte declaró fundada la demanda de Sedapal en base a argumentos que no se encontraban relacionados con la controversia y rechazando el mandato del Tribunal Constitucional.

Es de notar que la Corte Suprema giró la controversia sobre el deber del Estado en el resguardo del recurso natural, a diferencia de las instancias inferiores que siguieron la línea argumentativa del Tribunal Constitucional que planteó la inconstitucionalidad del cobro por vulnerar el principio de reserva de ley.

Me parece importante resaltar que el Tribunal Constitucional es el mayor intérprete de la Constitución y su decisión sobre la inconstitucionalidad del DL 148 y el DS 008-82-VI fue acorde a derecho; por su parte, la Corte Suprema hace referencia a principios y cuestiones no relacionados a una controversia contenciosa administrativa. Por lo tanto, la sentencia de la Corte Suprema no resuelve la legitimidad del cobro, pero sí plantea una cuestión importante que es la legitimidad de Sedapal en cobrar una tarifa por el servicio de agua subterránea.

Sedapal puede cobrar por el agua subterránea, pero no en la modalidad de tarifa generada por el DL 148 y el DS 008-82-VI; dado que, estos vehículos contravienen el principio de reserva de ley y que fue declarado con ese defecto por el Tribunal Constitucional. Asimismo, Sedapal sigue una vía que previamente había utilizado para el requerimiento del pago y no toma en cuenta que tiene la vía civil para el cobro. Por lo tanto, no me encuentro de acuerdo con la decisión de la Corte Suprema por contradecir lo determinado por el Tribunal Constitucional y resolver una controversia con elementos de derecho no adecuados al caso.

## 5. **BIOGRAFIA**

Congreso de la República del Perú (1981) *Ley 23230 de 1981. Por la cual se expide la Ley que permitirá que el Poder Ejecutivo derogará o modificará normas legales.*

Congreso de la República del Perú (1997) *Ley 26821 de 1997. Por la cual se expide Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.*

Congreso de la República del Perú (2001) *Ley 27444 de 2001. Por la cual se expide Ley del Procedimiento Administrativo General.*

Congreso de la República del Perú (2005) *Ley 28611 de 2005. Por la cual se expide Ley General del Ambiente.*

Congreso de la República del Perú (2009) *Ley 29338 de 2009. Por la cual se expide Ley de Recursos Hídricos.*

Congreso de la República del Perú (2016) *Constitución Política del Perú de 1993.*

Consejo de Ministros (1981) *Decreto Legislativo N°052 de 1981*

Corte Superior de Justicia de Lima (2013) *Sedapal vs. Tribunal Fiscal Expediente N° 02534-2013.*

Corte Suprema de Justicia de Lima (2017) *Sedapal vs. Tribunal Fiscal Expediente N°3325-2016.*

Huamani, R. (2010). *Código Tributario Comentado*. Juristas Editores.

Danos, J. (2005) *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general: Ley: N°27444*. ARA Editores.

Gonzales, G. (2010). *Derechos Reales*. Editorial San Marcos

Quispe, D. (2002) *El Nuevo Régimen Familiar Peruano*. Editorial Cultural Cuzco S.A.C.

Robles, C. (2018) *La Sunat y los procedimientos Administrativos Tributarios*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Huapaya Tapia, R. (2019) *El proceso contencioso administrativo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Hakansson Nieto, C. (2014) *El proceso de inconstitucionalidad*. Palestra.

Ministerio de Justicia (1981). *Decreto Legislativo N°052 de 1981. Por la cual se expide Ley Orgánica del Ministerio Público.*

Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (2013) *Resoluciones de*

*Determinación N°240042000010876-2012/ESCE, 553081400010835-2012/ESCE y 603315000010774-2012/ESCE.*

Tribunal Constitucional del Perú (2004). *Sentencia recaída en el expediente 0048-2004-PA/TC*. José Miguel Morales Dasso contra el Congreso de la República 01 de abril. Recuperada de [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>]

Tribunal Constitucional del Perú (2009). *Sentencia recaída en el expediente 1837-2009-PA/TC*. Gloria S.A. y Trupal S.A. contra Sedapal 16 de junio. Recuperada de [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01837-2009-AA.html>]

Tribunal Constitucional del Perú (2009). *Sentencia recaída en el expediente 4899-2009-PA/TC*. Sedapal contra Jockey Club del Perú 16 de mayo. Recuperada de [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04899-2007-AA.pdf>]

Tribunal Fiscal (2012). *Sedapal contra Industrias del Papel S.A. Resolución N°21850-10-2012 del Expediente N° 11034-2012.*

Tribunal Constitucional del Perú (2014). *Proceso de Amparo 2008*. El Cid Editor