



PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRE DE DIOS
SALA SUPERIOR MIXTA y DE APELACIONES NCPP

EXPEDIENTE N° **004-2008-0-2701-SP-CI-01**
DEMANDANTE ASOCIACION DE TRANSPORTISTAS Y AGREGADOS PARA LA
CONSTRUCCION - "ATEAC"
DEMANDADO MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TAMBOPATA
MATERIA ACCION POPULAR

SENTENCIA

RESOLUCION NÚMERO DIECIOCHO

Puerto Maldonado, catorce de mayo
del año dos mil diez./

VISTOS: Puesto en despacho para resolver, sin informe oral, interviniendo como Ponente el Señor Magistrado **JIMENEZ JARA**; en aplicación de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 45° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **RESULTA DE AUTOS:**

I. DEMANDA

Petitorio: Por escrito de folios veintiséis a treintitrés, la Asociación de Transportistas y Extractores de Agregados para la Construcción – "ATEAC" – representada por Roberto Fernando Barra Pérez, interpone demanda de Acción Popular contra la Municipalidad Provincial de Tambopata con la finalidad de que se declare la ilegalidad de la Ordenanza Municipal N° 014-2006-A-MPT-SG por vulnerar lo dispuesto en el artículo 03° de la Ley N° 28221 – "Ley que regula el Derecho por Extracción de Materiales de los Álveos o Cauces de los Ríos por las Municipalidades".

Fundamentos de Hecho: Expone la parte accionante como fundamentos de su pretensión lo siguiente:

- Que, la entidad demandante es una asociación sin fines de lucro conformada por empresarios dedicados a la extracción, transporte y comercialización de agregados para la construcción, basando su actividad laboral en el aprovechamiento de materiales para la construcción existentes en el cauce del Río Madre de Dios
- Con fecha once de mayo del dos mil cuatro se publicó la Ley N° 28221 “ Ley que Regula el Derecho por Extracción de Materiales de los Álveos o Cauces de los Ríos por las Municipalidades” en la que clara y taxativamente se estableció a través de su artículo 03° que “ el derecho a que se refiere el inciso 09) del artículo 69° de la Ley N° 27972, no podrá ser superior al derecho de vigencia que pagan los concesionarios mineros no metálicos”
- Resulta que luego de la dación de la Ley referida en el punto precedente, la Municipalidad Provincial de Tambopata agregó a su Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA – aprobado por Ordenanza N° 019-2004-A-MPT-SG, un ítem referido al procedimiento de Autorización de Extracción de materiales de los Álveos o Cauces de los Ríos del distrito de Tambopata en el que adecuaba la Ley N° 28221 a su ordenamiento normativo pero con la ilegal precisión de que el derecho de extracción a que se refiere el artículo 03° de la Ley N° 28221 debería pagarse por metros cúbicos en una cantidad equivalente a 0.1120% de la Unidad impositiva Tributaria, desconociendo de manera directa el mandato de la Ley N° 28221, que establece que el derecho de extracción podrá ser superior al derecho de vigencia que pagan los concesionarios mineros no metálicos.
- El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobada por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece en su artículo 39° que el derecho de vigencia a que están obligados los concesionarios mineros (metálicos y no metálicos) es de \$3.00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada, lo que aplicado al mandato del artículo 03° de la Ley N° 28221 significaría que el cobro que las municipalidades deben realizar por concepto de derecho de extracción debe realizarse por hectárea/año y no por metro cúbico como ilegalmente lo plantea la Municipalidad demandada.
- Posteriormente en fecha veintinueve de diciembre del año dos mil seis, la Municipalidad de Tambopata expide la Ordenanza N° 014-2006-A-MPT-SG en la que contrariamente a lo esperado, vuelve a incorporar la ilegal disposición de cobrar por metro cúbico en lugar de hectárea/año como lo dispone la Ley N° 28221, motivo por el cual los miembros de la asociación, con fecha veinte de julio del dos mil siete presentaron un recurso exigiendo a

la autoridad edil la corrección de su ilegal Ordenanza, sin obtener resultado alguno, viéndose obligados a tener que aceptar las ilegales condiciones que esta institución les ordenó para poder seguir realizando sus actividades laborales

- Con fecha veintidós de mayo del dos mil ocho, nuestros asociados volvieron a presentar una solicitud de modificación de la Ordenanza N° 014-2006-A-MPT-SG, sin obtener el resultado que se ajuste al mandato de la Ley N° 28221 por el contrario mediante Informe legal N° 235-2008-GAJ-MPT-MDD, la Municipalidad Provincial se aferra a un procedimiento absolutamente ilegal, alegando que el antecedente contenido en la Ley N° 26737 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 013-97-AG, por cierto derogadas expresamente por la Cuarta Disposición Complementaria y Derogatoria de la Ley N° 28221, sería argumento suficiente para contradecir el mandato expreso de la Ley N° 28221.
- Ante la total necedad del Municipio respecto de acatar los mandato de una Ley de rango nacional se han visto en la necesidad de tener que recurrir ante esta instancia con la finalidad de que la Sala declare la ilegalidad de la referida Ordenanza Municipal por contradecir el texto expreso de la Ley N° 28221, además que dicha ordenanza ha obviado el requisito de publicación contenido en el artículo 44° de la Ley Orgánica de Municipalidades constituyendo otra causal para la declaratoria de ilegalidad de la referida norma municipal.

Fundamentos de Derecho: Ampara su pretensión en lo previsto en el artículo 51° y 200° de la Constitución Política del Perú. En los artículos 75° y 76°, 84° a 97° del Código Procesal Constitucional. En la Ley N° 28221 artículo 03° y Cuarta Disposiciones Complementaria y Derogatorias. En el Decreto Supremo N° 014-92-EM TUOP de la Ley General de Minería artículo 39°. En la Ley N° 27972 Ley Orgánica de Municipalidades, artículo 44° y 69°.

II. ADMISION DE LA DEMANDA y EMPLAZAMIENTO

Que, mediante resolución número dos, de fecha diez de julio del dos mil ocho, obrante de folios treinta y cinco a treintiséis, se admite a trámite la demanda confiriéndose traslado a la parte demandada, con emplazamiento del Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Tambopata, quienes fueron debidamente notificados.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por parte el Procurador Público Municipal de la Municipalidad Provincial de Tambopata se apersona instancia por escrito de folios cuarenta y cinco a cincuenta, absolviendo el traslado de la demanda en forma negativa absoluta, en los términos siguientes

- La Ley Orgánica de Municipalidades señala que los Gobiernos Locales gozan de autonomía política económica y administrativa, emiten Resoluciones de gerencia, de Alcaldía, respetando el orden jurídico y normativo que benefician específicamente a la población en su conjunto.
- La Ley N° 26737 por la que se estableció que la explotación de los materiales de acarreo debe ser controlada y vigilada por la autoridad de aguas, la que se encarga de otorgar permisos para su extracción, luego por Decreto Supremo N° 013-97-AG se aprobó el Reglamento de la Ley antes citada señalando en su artículo 14° que los derechos a abonarse por concepto de extracción de material de acarreo será de 0.0833% de la Unidad Impositiva Tributaria por metro cúbico, en relación al volumen solicitado, cabe recalcar que el antecedente enunciado siempre se ha realizado por metro cúbico y nunca por hectárea, pues el ámbito del terreno materia de extracción es de 4 000 - 5000, 6000 m², como se establecería el cobro, por lo que el artículo 03° de la Ley N° 28221 quedó obsoleto tanto en el campo de su interpretación como en el de su aplicación y pero aún en el ámbito de su vigencia.
- Haciendo un análisis prognositivo del Texto Único de la Ley General de Minería – Decreto Supremo 014-92 de fecha veintiocho de junio de mil novecientos noventidós, estableció que las concesiones mineras se dividan en concesiones mineras metálicas y no metálicas a partir del quince de diciembre de mil novecientos noventa y uno, desde esa fecha se otorgaron a través del Ministerio de Energía y Minas Concesiones Mineras No Metálicas, para la explotación de materiales de construcción y otro agregados; por esos años la competencia del sector minero resultaba clara en tanto que el ministerio de Agricultura había perdido toda competencia sobre el tema al haber sido derogado con anterioridad la Ley General de Aguas Decreto Ley N° 17752, que amparaba a dicho ministerio para el otorgamiento de permisos de extracción de materiales no metálico. Es entonces que a través del Decreto Supremo N° 037-96-EM de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis y R.M.M° 188-97-EM/VMM del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y siete, se dispuso que el Ministerio de Energía y Minas resultaba competente para establecer las condiciones de explotación de canteras de materiales de construcción mientras que el Ministerio de Agricultura controlaba y supervigilaba la explotación de materiales de construcción que acarrear las aguas de los ríos y que depositan en los alveos o cauces, destacando claramente la porcentualización de cancelatoria, optándose por la modalidad del pago por metro cúbico, estaba claro entonces que la normatividad de ambos sectores distinguía entre canteras no renovables

y depósitos naturales renovables, ya que el material de acarreo de mineral no metálico arena, cascajo y otro por el río es permanente y conforme lo establece la Ley N° 28221 en su artículo 01° ratifica la autonomía administrativa de las Municipalidades Provinciales y Distritales, las mismas que son competentes para autorizar la extracción de materiales que acarrean y depositan las aguas de los alveos o cauces de los ríos y para el cobro de los derechos que correspondan y que están localizados en su jurisdicción y conforme a ley, en concordancia con el artículo 02° y 03° de la referida norma.

- Igualmente la Ley N° 26737 se estableció que la explotación de los materiales de acarreo debe ser controlada y vigilada por la autoridad de aguas, quien otorgará para su extracción; posteriormente mediante Decreto Supremo N° 013-97-AG se aprueba el Reglamento de la Ley N° 26737 señalando en su artículo 14° los derechos a abonarse por concepto de extracción de material de acarreo será de 0.0833% de la Unidad Impositiva Tributaria por metro cúbico, en relación al volumen solicitado, antecedente que permite establecer que dicha extracción de material de acarreo siempre se ha realizado por metro cúbico y jamás por hectárea; por lo que en líneas específicas corresponde al Gobierno Municipal otorgar las autorizaciones y establecer el valor económico del derecho de extracción de los materiales que acarrean y depositan las aguas en los alveos o cauces de los ríos o canteras localizadas en su jurisdicción y para la aclaración correspondiente y para el derecho de extracción se usa el marco legal basado en el Reglamento de la Ley N° 26737 aprobado por D.S. N° 013-97-AG la misma que es pertinente al caso, en dicho reglamento en el Capítulo V artículo 14° se cancelará el 0.0833 % de la UIT por metro cúbico y en soles, de conformidad con el artículo 03° de la Ley N° 28221 no podrá ser superior al valor económico del derecho de vigencia que pagan los concesionarios mineros no metálicos y conforme se aclara según la ley N° 27651 – que aprueba la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Empresa Artesanal en su artículo 07°.
- En el mes de febrero del dos mil cinco se aprobó la ordenanza N° 003-2005-MPT-SG se aprueba el decreto por extracción de materiales que acarrean o depositan las aguas en sus alveos y cauces de los ríos y canteras localizadas en la jurisdicción de Tambopata, la misma que ha considerado de manera proporcional a la extracción de material en referencia, diferenciando claramente lo que es más ventajoso para las concesiones mineras no metálicas, las mismas que se diferencian claramente al ser consideradas por metro cúbico, como las más aplicables y favorables, a los concesionarios así como a la municipalidad pues no existe desproporcionalidad en el pago así como en el cobro

correspondiente, debiendo considerarse una ordenanza de la autoridad competente y no como afirma el demandante que es anticonstitucional.

- Por la jerarquía que contiene, cautela los derechos constitucionales, contra normas que afectan el contenido de los mismos pero en el caso de autos se trata de normas de carácter sectorial y local y sobre todo de carácter administrativo, que no pretende afectar normas constitucionales de carácter nacional sino habría una confrontación diaria con todas las ordenanzas de todas las Municipalidades del Perú que bajo ese principio de autonomía dispositiva emiten las ordenanzas que favorecen a las respectivas regiones, que por la disparidad de la demarcación geográfica del país, se tiene que priorizar lo que es mas conveniente para determinada población por lo tanto las ordenanzas emitidas por la Municipalidad de Tambopata, se han dado sin afectar el espíritu de ninguna norma Constitucional

Por parte el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tambopata se apersona instancia por escrito de folios sesenta a sesentitrés, absolviendo el traslado de la demanda pidiendo sea declarada improcedente, en los términos siguientes:

- La ley sobre material de acarreo Ley N° 28221 hace mención que el derecho de extracción no podrá ser superior al derecho de vigencia que pagan los concesionarios mineros no metálicos, entonces no se habla de concesiones metálicas, donde se considera en hectárea cúbica.
- La Ordenanzas municipales tiene rango de ley además que la ordenanza N° 014-2006-Q-MRT-SG ha sido modificada por Decreto de Alcaldía N° 09-2007-MPT-A-SG de fecha veintiocho de diciembre del dos mil siete, publicada en el Diario Don Jaque en fecha treinta y uno de diciembre del dos mil siete,.
- La acción idónea es la inconstitucionalidad, conforme lo señalado en el artículo 77° del Código Procesal Constitucional, siendo expresa que se interpone esta para ordenanzas ya que en jerarquía está a la misma de una ley consecuentemente la demanda no reúne los requisitos exigidos por esta además el plazo para accionar es de cinco años pero estando a que cada dos años es la modificatoria, por lo que el plazo desde la publicación de la ordenanza en diciembre del dos mil seis ha transcurrido largamente.
- A pesar de lo señalado precisa que no es inconstitucional, ya que se ha considerado como concesión no metálica la extracción del material de acarreo, esto es que según la ley de minería a la que hace referencia el demandante, hay concesiones metálicas (se considera en Hás. cúbicas) y las no metálicas (se considera en metros cúbicos) debido que estas son renovables y todo el material extraído es aprovechado en el 100% no con

las concesiones metálicas, donde el material que finalmente se extrae es poco, además que la demanda no es expresa ni precisa en su pretensión ya que solo se cuestiona un ítem de todo el TUPA.

No resultando necesario la actuación de ninguna otra diligencia, habiéndose tramitada la causa conforme a su estado y naturaleza, realizándose las publicaciones de ley, el estado de la causa es el de expedir sentencia; y, **CONSIDERANDO:**

ASPECTOS PRELIMINARES

01.- El artículo 200° numeral 5) de la Constitución Política del Perú incluye dentro de las garantías constitucionales a la Acción Popular, la cual procede *contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, por infracción de la Constitución y de la ley*. En el ámbito doctrinario, César Landa señala que “La Acción Popular está estrechamente ligada a la acción de inconstitucionalidad de las leyes, en la medida que su objeto también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero examinando las normas inferiores a la ley”. El proceso de Acción Popular constituye un mecanismo de control concentrado de las normas reglamentarias, que es ventilado exclusivamente al interior del Poder Judicial, y que presenta como objetivos el de velar por la defensa del artículo 51° de la Carta Magna (el cual prescribe que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de menor jerarquía, y así sucesivamente”), y el artículo 118° inciso 8) del mismo texto normativo (que considera dentro de las atribuciones del Presidente de la República la de “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”).

02.- La Acción Popular busca defender la constitucionalidad y legalidad frente a las normas administrativas que la contradicen; es decir, es un medio de control constitucional y legal de tipo jurisdiccional sobre normas inferiores como son las de nivel administrativo. La controversia en una Acción Popular constituye una discusión de puro derecho, en el que debe determinarse si la norma de inferior jerarquía contraviene la Constitución o la ley. Los efectos de la sentencia no son particulares, sino generales, es decir, su ámbito de vigencia es para un colectivo y no una determinada persona.

ANALISIS

03.- De lo actuado en el presente procesos y lo expuesto por las partes se advierte lo siguiente:

3.1.- La parte demandante solicita se declare la ilegalidad de la Ordenanza Municipal N° 014-2006-A-MPT-SG por vulnerar lo dispuesto en el artículo 03° de la Ley N° 28221 – “Ley que regula el Derecho por Extracción de Materiales de los Álveos o Cauces de los Ríos por las Municipalidades”; es decir, se ejerza un control constitucional entre una norma de menor rango frente a otra de mayor nivel constitucional.

3.2.- Los demandados han señalado que no es la acción popular la vía adecuada además que lo contenido en dicha ordenanza no vulnera lo plasmado en la Constitución Política sino está acorde con lo dispuesto en otras normas del mismo nivel o leyes complementarias que regulan la misma situación de hecho que ahora se cuestiona a través de esta demanda de acción popular.

04.- Cabe indicarse respecto de la demanda de Acción Popular contenida en nuestro Código Procesal Constitucional, lo siguiente:

4.1.- El artículo 76° del Código Procesal Constitucional estipula que “La demanda de acción popular **procede** contra los **reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general**, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

4.2.- Si bien dicho artículo se refiere a los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, como si se tratase de normas distintas, Morón Urbina acertadamente apunta que en realidad estamos ante un único fenómeno: el Reglamento, ya que no existe ninguna norma administrativa de carácter general que no sea reglamentaria. Partiendo de esta premisa, Roberto Dromi dispone que “El Reglamento Administrativo es toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función

4.3.- Serán normas reglamentarias de carácter general aquellas donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios a ella adscritos (reglamentos institucionales o autoorganizativos); las normas de carácter general que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley (reglamentos ejecutivos o subordinados); y las normas de carácter general que no se fundan directamente en una ley, pero coadyuvan al cumplimiento de las atribuciones encomendadas a la Administración (reglamentos autónomos o *praeter legem*) .

4.4.- En el ámbito de los Gobiernos Locales, la Ley N° 27972- Ley Orgánica de Municipalidades prescribe en su artículo 40° que “Las Ordenanzas de las Municipalidades

Provinciales y Distritales, en la materia de su competencia, son normas de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales (...) se crean, modifican, suprimen o exoneran los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos en la ley". En tanto, el artículo 42° de la misma norma estipula que "Los Decretos de Alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las Ordenanzas". Por consiguiente, es procedente resulta procedente la Acción Popular en caso que un Decreto de Alcaldía vulnere lo consignado en una Ordenanza Municipal (que cuenta con rango legal).

4.5.- En el proceso de Acción Popular se impugnan las normas reglamentarias que vulneran lo dispuesto en las leyes. Las normas con rango de ley que existen en nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar, encontramos la fuente normativa denominada "ley" en sentido estricto, cuya expedición corresponde al Congreso de la República, acorde al artículo 102° inciso 1) de la Constitución, y cuya legitimidad reposa en el principio de soberanía política, contemplada en el artículo 45° de la misma Carta Magna.

4.6.- Dentro de este tipo de "leyes" en sentido estricto, expedidas por el Congreso de la República, nos encontramos con: **a) Ley de Reforma Constitucional, b) Ley Orgánica.**

4.7.- Dentro de las fuentes normativas que sin ser aprobadas por el Congreso, tienen fuerza de ley, encontramos: **a) Tratados, b) Decretos Legislativos, c) Decretos de Urgencia, d) Ordenanzas Municipales:** Expresión legislativa de las Municipalidades Provinciales y Locales. A pesar de no provenir del Congreso, su carácter de ley es otorgado por el artículo 200° inciso 4) de la Carta Magna. Así, la Resolución de la Corte Suprema recaída en el proceso de Acción Popular N° 437-2006-A.P. Chíncha ha señalado que la Ordenanza Municipal N° 003-2005-MPP, que creó el SAT de Pisco, no es una norma pasible de ser impugnada a través de un proceso de acción popular, al haberle otorgado rango de ley el artículo 200° de la Constitución. **e) Decretos Leyes.**

4.8.- En ese sentido, teniendo en cuenta que la pretensión del actor está referido a cuestionar la validez o ilegalidad de una Ordenanza Municipal la cual tiene rango de ley, la misma no se encontraría dentro de los supuestos contenidos en el artículo 76° del Código Procesal Constitucional; por lo que la acción empleada no resulta pertinente para dilucidar lo que es materia de autos existiendo un error en el procedimiento empleado, no pudiendo ser adecuada a este nivel además que este despacho no resulta competente para conocer la misma aunado al hecho que la referida ordenanza cuestionada ha sido modificada por el Decreto de Alcaldía N° 09-2007-MPT-A-SG de fecha veintiocho de diciembre del dos mil siete; por lo que es menester declarase improcedente la demanda interpuesta.

DECISIÓN

Por tales fundamentos, los señores miembros de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones del Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios,

RESOLVIERON:

05.- DECLARAR: IMPROCEDENTE la demanda de Acción Popular interpuesta por la Asociación de Transportistas y Extractores de Agregados para la Construcción – “ATEAC” – representada por Roberto Fernando Barra Pérez, contra la Municipalidad Provincial de Tambopata.

06.- MANDARON: Que, consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se archive en la forma y modo de ley donde corresponda; **dejando a salvo su derecho a fin de que lo haga valer de acuerdo a ley. Notifíquese.**

ESCOBAL SALINAS

BECERRA URBINA

JIMENEZ JARA