

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 930-2001-AA/TC
LIMA
GAMING AND SERVICES S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de agosto del 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por la empresa Gaming and Services S.A. contra la sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 566, su fecha 15 de febrero de 2001, que declaró infundada la acción de amparo de autos, contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 24 de julio de 1998, interpone demanda de acción de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), con el objeto que se declaren inaplicables los incisos a) y b) del artículo 11º del Decreto Supremo N.º 095-96-EF, de fecha 28 de setiembre de 1996, que fija en 15% de la Unidad Impositiva Tributaria como monto mensual del Impuesto Selectivo al Consumo por cada máquina tragamonedas y otros aparatos electrónicos, y se deje sin efecto la Orden de Pago N.º 023-1-89944; así como la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 023-06-42217 ambos de fecha 7 de mayo de 1998 y el Requerimiento N.º 013-5-98-A de fecha 25 de junio de 1998, mediante el que se le exige el pago previo de la deuda acotada para poder admitir a trámite el recurso de reclamación y así agotar la vía administrativa.

La demandante señala que el Decreto Supremo N.º 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo, ha establecido la cuantía de este tributo respecto a las máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos, contraviniendo lo dispuesto en el Código Tributario y en el artículo 74º de la Constitución vigente, que establecen que "los tributos se crean, modifican o derogan exclusivamente por ley. Refiere además que es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

inconstitucional e ilegal que mediante el mencionado reglamento se determine la alícuota del tributo. El Impuesto Selectivo al Consumo, en el caso de máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos, grava la propiedad y no el uso, rentabilidad o producción de las máquinas. El referido impuesto tiene carácter confiscatorio porque afecta el patrimonio de las empresas.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) contesta la demanda señalando que la demandante no ha cumplido con el requisito de agotar la vía administrativa.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas propone las excepciones de caducidad, de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa. De otro lado, señala que el Decreto Legislativo N.º 821 fue el que determinó que la cuantía del impuesto selectivo al consumo aplicable a las máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos sea un porcentaje de la UIT, por lo que el cuestionado decreto supremo se limitó a fijar dicho porcentaje dentro del marco que la ley establece.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas 459, con fecha 31 de marzo de 2000, declaró infundadas las excepciones propuestas e infundada la demanda por no haberse acreditado la violación de derecho constitucional alguno.

La recurrida confirmó la apelada en todos sus extremos, por considerar que el amparo no constituye la vía idónea para ventilar la pretensión de la empresa demandante.

FUNDAMENTOS

1. La excepción de incompetencia debe desestimarse, toda vez que la presente demanda ha sido interpuesta ante el juez competente, de acuerdo con el artículo 29º de la Ley N.º 23506, modificado por el Decreto Legislativo N.º 900, que a la fecha de inicio de este proceso se encontraba vigente.
2. La excepción de caducidad también debe desestimarse porque, de acuerdo con el Requerimiento N.º 013-5-98-A. Que en copia legalizada corre a fojas 34, éste fue notificado el 7 de julio de 1998, y la demanda fue presentada el 24 de julio del mismo año, es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 37º de la Ley N.º 23506, de Hábeas Corpus.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. El numeral 3) del artículo 28° de la Ley N.º 23506 establece que no será exigible el agotamiento de la vía administrativa previa si ésta no se encuentra regulada. Y, en el presente caso, no se encuentra normado en la ley recurso administrativo alguno que revierta los efectos de un decreto supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74° de la Constitución, afectando a la empresa demandante al ser requerida para el pago mediante valores presentados en autos, sin tener que demostrar su incapacidad para el cumplimiento de la referida obligación tributaria. En consecuencia, la demandante se encuentra exceptuada de cumplir con el requisito de agotar la vía administrativa.

4. El artículo 74° de la Constitución establece que los tributos se crean, modifican o derogan exclusivamente por ley o decreto legislativo; que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y que no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece dicho artículo. Asimismo, la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario señala que sólo por ley o decreto legislativo se puede crear, modificar y suprimir tributos; determinar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota. Por lo tanto, el establecimiento de la alícuota del impuesto selectivo al consumo respecto a las máquinas tragamonedas mediante el Decreto Supremo N.º 095-96-EF vulnera el principio de legalidad o de reserva de la ley, contemplado en el precitado artículo de la Constitución, tal como se estableció en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaído sobre el Expediente N.º 022-2000-AA/TC.

5. En la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley N.º 27153, publicada el 9 de julio de 1999, modificada por la Ley N.º 27796, que regulan la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, se estableció eliminar toda referencia de aplicación del Impuesto Selectivo al Consumo a casinos de juego, máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos, sin embargo, los efectos del decreto supremo cuestionado en autos se mantienen, en el presente caso, al existir la Orden de Pago N.º 023-1-89944 y la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 023-06-42217, lo que debe corregirse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

CONFIRMANDO en parte la recurrida, en el extremo que, confirmando la apelada, declaró **INFUNDADAS** las excepciones de incompetencia, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa; y la **REVOCA** en el extremo que declaró infundada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la demanda; y, reformándola, declara la sustracción de la materia en cuanto a la aplicación del artículo 11°, incisos a) y b), del D.S. 095-96-EF y **FUNDADA** la demanda respecto a la nulidad de la orden de pago y en consecuencia, que se deje sin efecto la Orden de Pago N.º 023-1-89944 y la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 023-06-42217. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARFI RIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

9/17
[Handwritten signatures in blue and black ink]

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR