



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 5180-2007-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN NACIONAL DE
FONAVISTAS DE LOS PUEBLOS
DEL PERU- TARMA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 7 de enero de 2008.

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú – Base Tarma, contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de Tarma, de fojas 447, su fecha 3 de agosto de 2007 que, declaró improcedente la demanda de amparo de autos;

ATENDIENDO A

1. Que, con fecha 17 de enero de 2007, don Rubén Julio Ramírez Gutiérrez, en su condición de Coordinador de la Base Junín-Tarma de la “Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFP), interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) por la presunta vulneración de sus derechos constitucionales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, a fin que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones: a) Resolución del JNE N° 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006; y b) Resolución del JNE N° 1278-2006-JNE, de fecha 20 de julio de 2006. Asimismo, solicita se disponga la convocatoria a referéndum.
2. Que, el recurrente alega que con fecha 29 de marzo de 2001 se inició el procedimiento de iniciativa legislativa a fin de que el referido proyecto de ley sea dictaminado y votado por el Congreso de la República; que este procedimiento, sin embargo, culminó con la promulgación de la Ley N° 27677 “Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI”, la misma que modificaba de manera sustancial la iniciativa legislativa; y que, en consecuencia, y a tenor de lo establecido por los artículos 16° y 41° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, se solicitó la iniciación del procedimiento de referéndum.
3. Que, no obstante que en el trámite del referido procedimiento se cumplió con todos los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes vigentes para el ejercicio de iniciativas de participación ciudadana, el Jurado Nacional de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Elecciones (JNE) declaró improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, argumentando que autorizarlo resultaría inconstitucional. En efecto, el JNE señaló que el FONAVI tiene naturaleza tributaria y que el artículo 32° de la Constitución prohíbe expresamente que las normas de carácter tributario puedan ser sometidas a este procedimiento. En vista de ello, el recurrente presentó una demanda de amparo por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, la misma que fue declarada improcedente por los mismos argumentos en la instancia judicial.

4. Que conforme a lo señalado por el artículo 32° de la Constitución Política del Perú no pueden someterse a referéndum las normas de carácter tributario. En el caso que nos ocupa, el tema es la denegatoria del referéndum por considerar el JNE que el FONAVI es un tributo. No siendo ésta sobre materia electoral, al Tribunal Constitucional le compete pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las mismas toda vez que el actor sostiene que se han afectado sus derechos fundamentales, tales como a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través del referéndum, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Por tal razón el petitorio contiene una materia de competencia del Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 201° de la Constitución, que es velar por la supremacía constitucional y tutelar los derechos fundamentales.
5. Que el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes N°s 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC ya se ha pronunciado sobre el particular. En efecto, el anterior pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional resolvió, por mayoría, declarar fundadas las demandas interpuestas sosteniendo con absoluta claridad que las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no constituyen tributos desde el 30 de junio de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley N° 26969 de fecha 21 de agosto de 1998; puesto que no se cumplía con el principio de legalidad y reserva de la ley, que establece el artículo 74° de la Constitución para que sea considerado como tal. No habiéndose ordenado la devolución de los aportes del FONAVI.
6. Que en ese sentido, el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre el fondo del asunto que ahora nuevamente se cuestiona a través de esta demanda, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 6° del acotado.
7. Que en consecuencia lo resuelto a través de las sentencias 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC debe ser acatado y ejecutado conforme a lo señalado por el artículo 22° del Código Procesal Constitucional antes citado y a lo establecido en los fundamentos 2), 3) y 4) de la STC N° 1546-2002-AA/TC y fundamentos 14) a 17) y 23) de la STC N° 4080-2004-AC/TC. Quiere decir que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional a las que se ha hecho referencia en el considerando 5), deben ser ejecutadas por el Juez de la demanda,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lo que, sin embargo, no ha ocurrido. En tal sentido lo resuelto por el JNE mediante Resolución N° 260-2007-JNE, de fecha 21 de diciembre de 2007, y el procedimiento del cual emanó resultan nulos de pleno derecho de acuerdo a lo señalado por el inciso 1) del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que se ha desnaturalizado el procedimiento predeterminado por la ley, arrogándose una competencia que no tiene. En consecuencia corresponde al juez executor requerir al JNE para que dicte la respectiva resolución conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y, de ser el caso, este último admita la iniciativa legislativa para su sometimiento a referéndum y, sea luego, el órgano competente el que lo convoque en el tiempo, condición y modo necesarios de acuerdo a lo señalado por el artículo 44° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 27520. Además se debe señalar que el Congreso de la República dictó la Ley N° 27677, Ley de uso de los recursos de la liquidación del FONAVI, la que modificó sustancialmente la iniciativa legislativa propuesta, por lo que da lugar a la solicitud de referéndum, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16° de la Ley N° 26300 antes citada .

8. Que, no obstante lo indicado en los considerandos anteriores, este Colegiado estima oportuno efectuar algunas precisiones que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo podrían tomar en cuenta:
 - a. Señalar quiénes son los presuntos beneficiarios puesto que cabe a este Colegiado señalar que no es inconstitucional que se pueda recurrir a las devoluciones a través de bonos, materiales de construcción, programas sociales de vivienda a favor de los aportantes que no hayan satisfecho su legítima expectativa de vivienda, pudiendo deducirse del monto aportado, los programas ejecutados por el Estado con cargo al Fondo, en procura de la concesión progresiva del derecho a una vivienda digna como se desprende de lo señalado por el artículo 1° de la Constitución.
 - b. Señalar, por otro lado, que el FONAVI no se consideró un aporte a un fondo individual. Es por ello que, de ser el caso, los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo; distinguiéndose además entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del FONAVI, de aquellos otros que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a dicho Fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna. En estos casos, el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos "beneficiarios", o de deducir no sólo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas. De otro lado, el Decreto Ley N° 22591 creó, en su artículo 1°, el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

satisfacer en forma progresiva las necesidades de vivienda de los trabajadores y en ningún caso de sus empleadores, quienes contribuían con dicho fondo en forma obligatoria en virtud de lo dispuesto por el literal c) del artículo 2° del Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM-93, el mismo que fue dejado sin efecto a partir del 1-01-1993, por el artículo 3° del Decreto Ley N° 25981.

- c. Invocar a que el Poder Ejecutivo nombre una Comisión que, entre otras funciones, de acuerdo a lo expuesto, determine el número real de fonavistas, quienes total o parcialmente, se beneficiaron con el FONAVI.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere.

RESUELVE, con el fundamento de voto de los Magistrados Landa Arroyo y Mesía Ramirez y el fundamento de voto del Magistrado Vergara Gotelli, que se agregan

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda .

Publíquese y notifíquese

SS

LANDA ARROYO
MESIA RAMIREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ALVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (R)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 5180-2007-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN NACIONAL DE FONAVISTAS
DE LOS PUEBLOS DEL PERÚ

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y MESÍA RAMÍREZ

Los magistrados abajo firmantes consideramos pertinente motivar el presente fundamento de voto:

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se rigen por el *principio de colegialidad* (artículo 5º de la LOTC), según el cual sus decisiones se adoptan si no por unanimidad por mayoría, lo cual no impide que se incorporen los votos particulares (discrepantes o concurrentes) de otros magistrados. El *principio de colegialidad* si bien es cierto busca otorgar unidad a las decisiones del Tribunal Constitucional, es igualmente cierto que, en sociedades democráticas, dicho principio también comporta un respeto por las minorías al interior de los órganos colegiados jurisdiccionales.
2. En las sentencias 1078-2007-AA/TC y 3283-2007-AA/TC, el Tribunal Constitucional, por mayoría, declaró fundadas las demandas de amparo. Los magistrados abajo firmantes del presente fundamento de voto suscribimos sendos votos particulares, en el sentido de declararlas infundadas. En el presente caso, la demanda es sustancialmente idéntica a las resueltas por este Colegiado a través de las sentencias antes mencionadas; motivo por el cual carece de objeto emitir nuevamente un voto singular por dos razones principalmente: primero, en la medida que existe cosa juzgada constitucional; y, segundo, por respeto a la decisión ya adoptada por la mayoría jurisdiccional de este Tribunal.

Por estos fundamentos, consideramos que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**.

SS.
LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (r.)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 5180-2007-PA-TC

LIMA

ASOCIACIÓN NACIONAL DE
FONAVISTAS DE LOS PUEBLOS
DEL PERÚ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Lima 7 de enero del 2008

Emito el presente voto singular por las consideraciones siguientes:

1. Viene a este Tribunal Constitucional el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rubén Julio Ramírez Gutiérrez, en su calidad de Coordinador de las Bases Junín – Tarma de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP), cuestionando la resolución emitida por la Sala Descentralizada de Tarma, de fecha 3 de agosto de 2007, obrante a fojas 447, que declaró improcedente la demanda de amparo.
2. En las sentencias expedidas por este Tribunal, expedientes 1078-2007-PA/TC y 3823-2007-PA/TC, que siguiera la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (denominados “fonavistas”) contra el Jurado Nacional de Elecciones, se ordenó al emplazado proceder a la convocatoria a un referéndum en el que se establecería el dictado de una ley en la que se determinaría las formas de devolución de los aportes por estos al Estado (Fondo Nacional de Vivienda).
3. En la sentencia recaída en el expediente 007-2007-PI/TC este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley que modificó el inciso 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, estableciendo que en materia de derechos fundamentales de la persona humana, mas allá de lo que se prevé en los artículos 142 y 181 de la Constitución Política del Perú, sancionó la facultad de ingresar al fondo en los procesos en los que se discuten afectaciones por cualquier organismo público o privado en materia de los aludidos derechos fundamentales, razón por la que, en los procesos de amparo señalados en el fundamento anterior, declaró, por mayoría y además con el voto singular del suscrito, fundadas las demandas para lo que precisó que los aludidos aportes al FONAVI no constituyen tributos, impuestos, ni tasas, desde la dación del Decreto Ley 22591 del año 1979 hasta el 31 de agosto de 1,998, fecha en que se expidió la Ley 26969, que transformó estos aportes en el denominado Impuesto Extraordinario de Solidaridad, que seguirían aportando los empleadores, llámese Estado o personas privadas, sin posibilidad de devolución de los aportes anteriores, puesto que la Ley de creación del FONAVI (Decreto Ley 22591) así lo determinó al contemplar que se trató de pago obligatorio en beneficio exclusivo de sus trabajadores. Quiere esto decir entonces que el conflicto actual en cuanto al aspecto patrimonial en juego queda limitado al periodo que se inicia con la creación del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fondo (Decreto Ley 22591) hasta la dación de la Ley 26969 que convirtió a dichos aportes en impuesto.

4. El proyecto de resolución, en mayoría, que se pone a mi consideración señala que al haberse resuelto el tema de fondo respecto de la calificación de los aportes al FONAVI en las sentencias 01078-2007-PA/TC y 03283-2007-PA/TC, que definieron la calidad de aportes con retorno, la demanda en el presente caso es sustancialmente idéntica a las demandas que originaron dichos procesos, resultando por tanto de aplicación lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 6 del acotado, por lo que concluye por la improcedencia, propiamente por sustracción de materia.
5. Siendo así y afirmándose que las conductas de los demandantes han ideado la estrategia de multiplicar la misma pretensión a través de demandas con distintos representantes, lo que no varía la identidad de las partes, pretensión e interés, esta conducta vitando debe ser sancionada por traer trabajo ocioso a este Tribunal, puesto que abusando de esta vía constitucional de amparo personas que forman parte de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú, aduciendo cualquier calidad de representación, acudan al proceso de amparo en abanico y presenten tantas demandas como Cortes Superiores del Perú existan, en evidente acto de temeridad para burlar los pronunciamientos contrarios. Así se advierte de las resoluciones recaídas en los expedientes N.º 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC, en las que se verifica que en tanto la demanda que dio mérito al Exp. N.º 3283-2007-PA/TC se interpuso en la Corte Superior de Lima el 10 de octubre del 2006, la otra Exp. N.º 1078-2007-PA/TC se interpuso en la Corte Superior de Lambayeque el 26 de octubre del 2006, teniendo ambas la misma pretensión y las mismas partes, además de aducir representación nacional de la ANFPP. Asimismo la presente demanda planteada el 17 de enero del 2007, nuevamente en la Corte Superior de Lima, trae igual pretensión aduciendo el demandado tener la representación nacional de la ANFPP. Todo esto significa que el actor abusando del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ha pretendido envolver a la Justicia Constitucional a efectos de burlar pronunciamientos contrarios a sus intereses, buscando en alguna de estas instancias obtener sentencia favorable en clara implicancia con otras, lo que traería como consecuencia caos en la impartición de justicia e inseguridad jurídica por pronunciamientos contradictorios. Existiendo pues manifiesta temeridad del demandante debe condenársele al pago de las costas y costos, en concordancia con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional a favor del demandado. Los Juzgados correspondientes sancionarán a los abogados que se vienen prestando concientemente a este juego en típica conducta impropia con la medida disciplinaria que corresponda.

Esta determinación será tenida en cuenta, a futuro inmediato, en las instancias constitucionales en relación a los demás procesos en trámite o por iniciarse que tengan a las mismas partes, la misma pretensión y el mismo interés.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Siendo todo esto así considero que si bien podemos llegar a la declaración de improcedencia de la demanda que se propone, ésta debe sancionarse en razón de la aplicación del inciso 3 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional por cuanto el agraviado (Asociación Nacional de Fonavistas del Perú) ya ha recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional. La prueba de ello está precisamente en que este Supremo Tribunal ya ha resuelto dos causas entre las mismas partes con idéntica pretensión en los expedientes Nos. 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC, como queda dicho.
7. Sin perjuicio de lo expresado considero pertinente recordar que el deber de ejercer la función jurisdiccional respetando el principio de previsión de consecuencias (artículo 45 de la Constitución Política del Perú) así como en atención a su función pacificadora, la que tiene como base la certeza de que la corrección técnico jurídico de una sentencia no la legitima constitucionalmente si de ella se deriva la inseguridad, este Tribunal ante la incertidumbre y el caos social, debe efectuar algunas precisiones respecto de la ejecución de las sentencias que han de ser tenidas en cuenta en relación a las resoluciones evacuadas por este Tribunal:
 - a) Determinar por el Estado la identidad de los beneficiarios para que puedan estos someterse a los programas por ellos mismos señalados en su pretensión, precisándose el quantum de sus créditos correspondientes, previa deducción en su caso de los montos con los que estos también se han beneficiado en ejecución de programas de saneamiento legal, alumbrado, agua potable, alcantarillado, vías, veredas, etc., así como la cancelación de los adeudos por quienes se han beneficiado con viviendas construidas con el fondo por el Estado en diversos programas; e
 - b) Invocar al Poder Ejecutivo el deber de informar a la ciudadanía, cumplida la exigencia anterior, sobre el resultado de la liquidación a la que se hace referencia precedentemente.
8. Por último a fin de no enervar los efectos de las sentencias evacuadas en los procesos recaídas en los expedientes 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC el Congreso de la República debe limitar su capacidad de modificación o derogación de leyes para que en este caso, dada la Ley pretendida por los demandantes, no pueda ser alterada a futuro sino pasados los dos años de su puesta en vigencia conforme al artículo 43 de la Ley 26300.

En conclusión, mi voto en esta causa es por la improcedencia de la demanda en atención a los fundamentos expuestos, con costas y costos (artículo 56 – primer párrafo, in fine –del Código Procesal Constitucional).

SR.
JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (*)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05180-2007-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN NACIONAL
DE FONAVISTAS DE LOS
PUEBLOS DEL PERU- TARMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito el fundamento de voto por las siguientes razones que paso a exponer:

1. El tema del fonavi ha sido traído al Tribunal Constitucional en cuatro oportunidades:

- 1) La Acción de Inconstitucionalidad STC N° 0001-1999-AI/TC.
- 2) El proceso de amparo STC N° 1078-2007-PA/TC.
- 3) El proceso de amparo STC N° 3283-2007-PA/TC y
- 4) El proceso de amparo STC N° 5180-2007-PA/TC.

2. Las decisiones que se dieron en estas resoluciones fueron:

- 1) Proceso de inconstitucionalidad N° 001-1999-AI/TC en el que, por sentencia de fecha 11 de mayo del 2,001, para denegar la demanda, el Tribunal textualmente manifestó que:

“el FONAVI es un tributo destinado a fines predeterminados”.

- 2) Proceso de amparo N° 1078-2007-PA/TC en el que, por sentencia de fecha 03 de setiembre del 2,007, para amparar la demanda, el Tribunal textualmente manifestó:

“... Al analizar el Decreto Ley 22591, en especial la contribución de los trabajadores, se puede advertir que el fin de la ley fue crear en el Banco de la Vivienda un fondo para que ellos, en forma progresiva, puedan satisfacer su necesidad de vivienda; es decir, no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera tratado de un tributo, tenía que haberse definido expresamente como tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación, antes bien, debe manifestarse explícitamente, lo que no sucede con la norma que se analiza; tampoco puede considerarse como una contribución, pues, como se observa, el FONAVI es administrado por una persona jurídica (el Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales, más bien se trataba de un fondo para viviendas de los trabajadores, actividades y obras de carácter privado; mucho menos puede decirse que se trataba de una tasa, pues, ella supone el pago por una prestación de un servicio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

directo al contribuyente, actividad o prestación que no se realiza en el marco del Decreto Ley 22591. Finalmente, la ley en examen no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo. Conforme se sostiene, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 de junio de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998...”

En esta causa los Magistrados Cesar Landa Arroyo y Carlos Mesia Ramirez declararon infundada la demanda, razon por la que emitieron un voto singular en el que expresaron que: “... En ese sentido, es decisivo para la resolución de la presente demanda determinar la naturaleza jurídica de los aportes al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para estimar o desestimar la demanda. En realidad, dicha determinación no es una cuestión que el Tribunal Constitucional acometa por primera vez en el presente proceso constitucional, pues ya en sentencia anterior ha reconocido la naturaleza tributaria del FONAVI, de modo tal que es pertinente remitirnos a lo ya resuelto en un proceso de inconstitucionalidad anterior.

En efecto, en la STC 001-1999-AI/TC (FJ 4.1.) se señaló:

“[s]iendo el FONAVI un tributo destinado a fines predeterminados, el Estado no sólo debió disponer que las recuperaciones que se deriven de la aplicación de las normas cuestionadas, así como la recaudación de los montos pendientes de pago del mismo, constituirán recursos del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, sino, además, debió establecer que el fondo **del referido tributo**, que ya estaba en poder de la UTE-FONAVI al momento de la vigencia de las normas cuestionadas, también pase a formar parte del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, y no disponer en el inciso 6.2) del artículo 6° de la Ley N.° 26969, que, al concluir el proceso de liquidación del FONAVI, el Ministerio de Economía y Finanzas asuma la totalidad de activos y pasivos resultantes de dicha liquidación. La única posibilidad que tiene la disposición 6.2, antes señalada, para ser constitucional, sería que, al compensarse los activos existentes con los pasivos del FONAVI, estos últimos resulten siendo mayores, o que ambos se encuentren equiparados sin que exista un saldo negativo o positivo. De lo contrario, el Estado, al apropiarse del saldo positivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, ya no tendría la obligación de darle a ese saldo el destino predeterminado, fijado en las normas legales, convirtiéndose en confiscatoria tal acción, puesto que se desconocería la consecuencia jurídica en virtud de la cual el Estado consideró válida su actividad recaudadora tomando una parte de las riquezas de los particulares;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

en otras palabras, se desconocería la finalidad a la que estaba designada la recaudación del FONAVI”(subrayado agregado).”

En este proceso tuve un voto singular en el que exprese: “En el presente caso el recurrente solicita en su demanda la nulidad de las resoluciones por las que el Jurado Nacional de Elecciones ha declarado improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, considerando que con dichas resoluciones de carácter administrativo se le están vulneran sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y a la participación individual o colectiva en la vida política del país. Las instancias precedentes han rechazado liminarmente dicha demanda por considerar que su contenido constituye materia no justiciable, la de primera instancia por falta de legitimidad para obrar activa y de la segunda instancia por constituir las decisiones del JNE temática no recurrible a tenor de lo que estatuye la Constitución Política del Estado en su artículo 181º. El recurrente en su recurso (extraordinario) de agravio constitucional cuestiona el referido auto de rechazo in limine de su demanda para lo que se expresa “que contra las resoluciones del JNE que violan derechos fundamentales proceden las demandas de amparo”, lo que significa que estamos frente a un auto que sin abrir proceso califica la demanda de improcedente. Consecuentemente corresponde a este Tribunal absolver el grado confirmando o revocando el auto cuestionado en este caso sin proceso y sin la participación –obviamente- del demandado”

Por ello concluí por la revocatoria del auto de rechazo liminar disponiendo que el ad quo admita a trámite la demanda para que se dilucide el fondo de la controversia.

Cabe mencionar que en este caso el Procurador Público a cargo de los asuntos Judiciales del Jurado Nacional de Elecciones solicitó la Nulidad de la Sentencia de fecha 03 de setiembre de 2007 manifestando que la sentencia había sido emitida con una serie de irregularidades. La resolución en mayoría que resolvió la referida solicitud de nulidad expresó que: “... dado el carácter inimpugnable de las sentencias emitidas por este Tribunal Constitucional, no resulta procedente el pedido formulado por el recurrente...”.

Respecto a lo señalado manifesté:

“... Es evidente que la expresión “no cabe impugnación alguna” está referida a cuestionamientos de fondo asumiéndose que quien quisiera impugnar la sentencia del Tribunal no tendría posibilidad ni siquiera de proponer el cuestionamiento desde que tratándose de una versión fondal implicaría recurrir en revisión ante un órgano superior en grado, que como bien sabemos no existe por constituir el Tribunal Constitucional la máxima instancia o grado en la materia que le concierne.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin embargo podríamos advertir que por razones seguramente de necesidad se ha venido expresando que este dispositivo admite pedidos de aclaración cuando también ésta está prohibida por la disposición legal que analizamos, ya que la aclaración está diseñada para los casos de sentencias evacuadas exclusivamente en los procesos de inconstitucionalidad, significa entonces que en atención a que, ante la misma razón, el mismo derecho, igualmente un pedido de nulidad obliga a su determinación.

Empero considero que no es este el razonamiento para entrar a la posibilidad de atender el pedido que ha formulado el Jurado Nacional de Elecciones puesto que no impugna propiamente la sentencia dictada en cuanto a sus alcances en lo decidido sobre el fondo, sino a la invalidación de actos írritos que constituyen al interior del Tribunal vicios insalvables atentatorios del debido proceso constitucionalmente garantizado por el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Carta Magna que señala la necesidad de la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, en este caso tutela constitucional. Creo yo que escudarse en el frío texto de este dispositivo de nuestra Constitución podría entrañar una posición recusable hacia el exterior, propia de una soberbia irreflexiva con la que estaríamos diciendo que el Tribunal Constitucional conformado por siete seres humanos que como tales son limitados y finitos, jamás pueden fallar, negando con esto lo que resultaría grave pedantería para cubrir realidades ostensibles.

En los fundamentos 3 y siguientes he señalado una sucesión de vicios procesales graves que incluso de oficio podrían haber llevado al Tribunal a la sanción de nulidad propuesta hoy por el Jurado Nacional de Elecciones en atención a los otros vicios que es factible agregar. Se trata en consecuencia de una incidencia que no puede caer dentro de la limitación prevista en la norma legal que comentamos porque, como queda dicho, el JNE no recurre a un estamento superior que no existe para someter a revisión las bondades de la decisión en la sentencia de marras, sino que alega vicios invalidantes atribuibles a la conducta procesal de este colegiado. Por ello mi posición singular apunta hacia la decisión respecto de este pedido formulado de manera incidental, como lo admite la doctrina general del proceso y se puede inferir de determinaciones que este propio Tribunal ha venido evacuando. Insisto por ello en la necesidad de un pronunciamiento en la temática traída a esta nueva decisión por persona que se considera perjudicada cuya posición responde al principio del proceso francés que también ha sido recogido por el vigente Código Procesal Civil en el artículo 174°. ”

En razón a ello y verificándose la existencias de vicios graves e insubsanables consideré declarar Fundado el pedido de nulidad propuesto por el Jurado Nacional de Elecciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 3) Proceso de amparo N° 3283-2007-PA/TC en el que, por sentencia de fecha 03 de setiembre del 2,007, para amparar la demanda, el Tribunal nuevamente manifestó que:

“... Al analizar el Decreto Ley 22591, en especial la contribución de los trabajadores, se puede advertir que el fin de la ley fue crear en el Banco de la Vivienda un fondo para que ellos, en forma progresiva, puedan satisfacer su necesidad de vivienda; es decir, no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera tratado de un tributo, tenía que haberse definido expresamente como tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación, antes bien, debe manifestarse explícitamente, lo que no sucede con la norma que se analiza; tampoco puede considerarse como una contribución, pues, como se observa, el FONAVI es administrado por una persona jurídica (el Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales, más bien se trataba de un fondo para viviendas de los trabajadores, actividades y obras de carácter privado; mucho menos puede decirse que se trataba de una tasa, pues, ella supone el pago por una prestación de un servicio directo al contribuyente, actividad o prestación que no se realiza en el marco del Decreto Ley 22591. Finalmente, la ley en examen no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo. Conforme se sostiene, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998...”

En este caso los Magistrados Cesar Landa Arroyo y Carlos Mesia Ramirez reprodujeron el voto en la causa N° 01078-2007-PA/TC, en consecuencia declararon infundada la demanda de amparo.

En este caso también tuve un voto señalando lo mismo que expresé en la causa 1078-2007-PA/TC, concluyendo por la revocatoria del auto de rechazo liminar y disponiendo que el ad quo admita a tramite la demanda.

- 4) Proceso de amparo N° 5180-2007-PA/TC en el que, por resolución de fecha 07 de enero del 2,008, el Tribunal textualmente manifestó que:

“... en las sentencias recaídas en los expedientes N°s 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC ya se ha pronunciado sobre el particular. En efecto, el anterior pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional resolvió, por mayoría, declarar fundadas las demandas interpuestas sosteniendo con absoluta claridad que las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no constituyen tributos...”, lo que equivale a decir que se trató de un caso de substracción en atención a que el mismo tema ya constituía cosa juzgada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este caso los Magistrados Cesar Landa Arroyo y Carlos Mesía Ramírez emitieron un fundamento de voto en el que declararon improcedente la demanda expresando que “En las sentencias 1078-2007-AA/TC y 3283-2007-AA/TC, el Tribunal Constitucional, por mayoría, declaró fundadas las demandas de amparo. Los magistrados abajo firmantes del presente fundamento de voto suscribimos sendos votos particulares, en el sentido de declararlas infundadas. En el presente caso, la demanda es sustancialmente idéntica a las resueltas por este Colegiado a través de las sentencias antes mencionadas; motivo por el cual carece de objeto emitir nuevamente un voto singular por dos razones principalmente: primero, en la medida que existe cosa juzgada constitucional; y, segundo, por respeto a la decisión ya adoptada por la mayoría jurisdiccional de este Tribunal.”

3. En la resolución a la que hemos hecho referencia precedentemente, expediente N° 5180-2007-PA/TC, expresó el Tribunal que ya se había pronunciado sobre el fondo del asunto que nuevamente se traía a su decisión, por lo que el inciso 6) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 6° del mismo cuerpo legal, determinó que la demanda era improcedente porque existiendo resoluciones firmes ya había cosa juzgada.
4. En dicha oportunidad tuve un voto singular en el que afirmé: “Sin perjuicio de lo expresado considero pertinente recordar que el deber de ejercer la función jurisdiccional respetando el principio de previsión de consecuencias (artículo 45 de la Constitución Política del Perú) así como en atención a su función pacificadora, la que tiene como base la certeza de que la corrección técnico jurídico de una sentencia no la legitima constitucionalmente si de ella se deriva la inseguridad, este Tribunal ante la incertidumbre y el caos social, debe efectuar algunas precisiones respecto de la ejecución de las sentencias que han de ser tenidas en cuenta en relación a las resoluciones evacuadas por este Tribunal:
 - a) Determinar por el Estado la identidad de los beneficiarios para que puedan estos someterse a los programas por ellos mismos señalados en su pretensión, precisándose el quantum de sus créditos correspondientes, previa deducción en su caso de los montos con los que estos también se han beneficiado en ejecución de programas de saneamiento legal, alumbrado, agua potable, alcantarillado, vías, veredas, etc., así como la cancelación de los adeudos por quienes se han beneficiado con viviendas construidas con el fondo por el Estado en diversos programas; e
 - b) Invocar al Poder Ejecutivo el deber de informar a la ciudadanía, cumplida la exigencia anterior, sobre el resultado de la liquidación a la que se hace referencia precedentemente.”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas formula en el citado proceso N° 5180-2007-PA/TC, el presente pedido de aclaración que llega a mi Despacho con el proyecto de resolución que concluye declarando improcedente la solicitud referida reafirmando la cosa juzgada constitucional consecuenta a las sentencias N.ºs 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC.
6. Es por ello que considero de mi deber hacer las precisiones correspondientes, las que expreso de la siguiente forma:
 - a) Como he manifestado en el punto 1 del presente fundamento de voto, han existido 4 procesos en los que nos hemos referido al fonavi. El proceso más antiguo es la acción de inconstitucionalidad N° 0001-1999-AI/TC, en la que el Tribunal manifestó que los aportes realizados por los accionantes fueron siempre tributos. Es en base a esta rotunda precisión que la acción de inconstitucionalidad aludida fue rechazada.
 - b) Por tal razón es que expresé en artículo remitido al Consejo Nacional de la Magistratura para su revista que el gran problema de tener resoluciones que se contradicen entre sí, se iba a evidenciar en la etapa de ejecución, ya que el juez executor se encontraría en una disyuntiva, puesto que tendría una acción de inconstitucionalidad del año 1999 que establece que el fonavi es tributo, y dos resoluciones emitidas en el proceso de amparo del 2007 en donde se afirma lo contrario.
 - c) El fundamento 2 del proyecto de resolución que se pone a mi consideración expresa que “este colegiado ha declarado improcedente la demanda sustentándose en la existencia de la cosa juzgada constitucional en las sentencias 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC emitidas por el tribunal constitucional en las que hubo pronunciamiento respecto de la misma materia que la demandada en el presente proceso, en este sentido, ante el presente recurso no cabe pronunciamiento sobre la materia aludida.”
 - d) Teniendo en cuenta lo que se sostiene en este proyecto de resolución aclaratoria considero pertinente afirmar que la cosa juzgada constitucional a la que se hace referencia crea la duda para la ejecución en razón de la imprecisión en torno a la cosa juzgada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

puesto que la resolución emitida en la acción de inconstitucionalidad citada líneas arriba es la mas antigua (1999) y fue expedida en decisión erga omnes (contra todos los hombres) por unanimidad, por un Tribunal conformado en ese caso por seis magistrados; en cambio los procesos de amparo fueron expedidas por 4 votos a favor y tres en contra, debiéndose también considerar que los procesos de amparo sólo vinculan a las partes.

En consecuencia el pedido de aclaración lleva a señalar como lo expreso en comentario con formato de artículo que he remitido en contribución a la Revista del Consejo Nacional de la Magistratura, que para mi la cosa juzgada en este conflicto, traído a múltiples procesos de forma constitucional, es la determinación de este tribunal en el proceso constitucional N° 001-1999-AI/TC sobre declaración de inconstitucionalidad de una ley en el que considero que las aportaciones al fonavi constituyen tributos. Claro está que lo que se determinó en las decisiones posteriores en los referidos procesos de amparo llevadas en la forma poco ortodoxa como explico en mis respectivos votos singulares, multiplicados con finalidad dolosa de comprometer al Poder Judicial de todo el Perú, ha venido a constituir una posición implicate que 3 magistrados hemos fijado con nuestros votos opuestos, al amparar estas repetidas pretensiones sobre los mismos hechos, situación que me llevó a determinar en el artículo en referencia las dificultades con las que se encontrará el juez de la ejecución puesto que en el proceso de inconstitucionalidad que tiene connotación de generalidad y en el que la votación fue unánime (los 6votos del pleno) el tribunal consideró una cosa y en los otros procesos de amparo determinó otra, procesos éstos que por su naturaleza singular solo constituyen cosa juzgada para las personas que intervinieron como partes o para quienes las sucedieran en su caso.

Sin embargo al haber considerado como mis demás colegas que la convocatoria a referéndum para poder determinar el quantum del haber de los denominados fonavistas y las correspondientes deducciones por los beneficios por ellos percibidos, creo yo que el referéndum ha quedado condicionado a estas indispensables especificaciones que corresponden al Poder Legislativo en la forma y oportunidad referidas en la decisión a la que hago referencia.

Sr.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:


Dra. Nadia Iriarte Famo
Secretaria Relatora (e)